

Sygn. akt: KIO 2081/10

WYROK
z dnia 7 października 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 24 września 2010 r. wniesionego przez „RYŚ” S.C., Robert Ryś, Jerzy Ryś, 44-337 Jastrzębie-Zdrój, ul. Wyzwolenia 105B w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, al. Armii Krajowej 56

przy udziale wykonawcy Stanisław Bielaszka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe "Bielaszka" Stanisław Bielaszka, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Pszczyńska 8 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, al. Armii Krajowej 56

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **„RYŚ” S.C., Robert Ryś, Jerzy Ryś, 44-337 Jastrzębie-Zdrój, ul. Wyzwolenia 105B**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 zł 600 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, al. Armii Krajowej 56** na rzecz **„RYŚ” S.C., Robert Ryś, Jerzy Ryś, 44-337 Jastrzębie-Zdrój, ul. Wyzwolenia 105B** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest *Kompleksową eksploatację stacji przeładunkowych odpadów górniczych z wagonów kolejowych wraz z obsługą placu budowy obiektu budowlano-ziemnego do rzędnej +320 m n.p.m. na terenie składowiska „Kościelniok” JSW S.A. KWK „Pniówek”.*

Pismem z dnia 14 września 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Stanisława Bielaszki prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo Handlowo Usługowe „Bielaszka” Stanisław Bielaszka z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), (dalej ustawa p.z.p.) odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jerzy Ryś i Robert Ryś prowadzących działalność w formie spółki cywilnej „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju.

W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał, iż zaofferowana przez tego wykonawcę cena za realizację całego przedmiotu zamówienia różni się od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i od cen zaofferowanych przez wykonawców PPUH Transkok Sp. z o. o. i Konsorcjum: Infra Silesia S.A. (lider) i DB Schenker Rail Zabrze S.A. średnio o 42 %. Zamawiający wskazał, iż po dokonaniu oceny złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny stwierdził, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Od takiej czynności odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Jerzy Ryś i Robert Ryś prowadzących działalność w formie spółki cywilnej „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju zarzucając zamawiającemu:

- 1) Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przeczący zachowaniu uczciwej konkurencji oraz traktowaniu wykonawców w nierówny sposób;
- 2) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. poprzez nieuzasadnione potraktowanie oferty odwołującego, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) Naruszenie art. 14 ustawy p.z.p. w związku z art. 6 Kodeksu cywilnego oraz w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie wykazania, iż oferta

odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz niesporządzenie de facto uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) Uchylenia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) Uchylenie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 3) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 4) Dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, w rozumieniu przepisów ustawy p.z.p. oferty odwołującego.

Odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia oferty, odwołujący wskazał, iż przy wyliczaniu różnicy procentowej pomiędzy ceną jego oferty a pozostałymi ofertami oraz kwotą, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, zamawiający pominął ofertę Stanisława Bielaszki wybraną, jako najkorzystniejszą. Uwzględnienie w porównaniach oferty najkorzystniejszej powoduje zmniejszenie stosunku procentowego pomiędzy ofertą odrzuconą a pozostałymi ofertami i kwotą zabezpieczoną przez zamawiającego. W ocenie odwołującego pominięcie oferty wykonawcy Stanisława Bielaszki zaburza rzetelność dokonanych wyliczeń oraz prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. Odwołujący wskazał również, iż rozbieżność pomiędzy ceną jego oferty a pozostałymi wynika również z zastosowanej przez niego 7% stawki VAT. Zarówno zamawiający jak i pozostali wykonawcy, z wyjątkiem wykonawcy, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą, zastosowali w swoich wyliczeniach stawkę podstawową w wysokości 22%. Odwołujący podniósł, iż dokonując porównania wszystkich ofert w wysokościach netto stosunek procentowy pomiędzy ofertą odrzuconą a pozostałymi ofertami i kwotą zabezpieczoną przez zamawiającego ulegnie zmniejszeniu do około 31%. Ponadto odwołujący wskazał, iż w sposób dokładny i rzetelny wyjaśnił w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego podstawy, które posłużyły mu do wyliczenia zaoferowanej ceny. Podniósł, iż zamawiający nie odniósł się w najmniejszym stopniu do złożonych wyjaśnień. Uniemożliwiło to odwołującemu przywołanie argumentów na poparcie jego stanowiska wyrażonego w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ustawy p.z.p. W ocenie odwołującego rozpiętość czasowa przedmiotu zamówienia, jego duży stopień złożoności uzasadnia rozpiętość cenową poszczególnych ofert jak też oszacowania dokonane przez zamawiającego. Ponadto zdaniem odwołującego zamawiający nie uzasadnił decyzji o odrzuceniu jego oferty ograniczając się do jednego zdania, a tym samym nie wykazał i nie udowodnił, że cena oferty odwołującego jest nierealna i nieadekwatna do przedmiotu zamówienia.

W dniu 29 września 2010 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Stanisław Bielaszka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo Handlowo Usługowe „Bielaszka”,

Stanisław Bielaszka z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest *Kompleksową eksploatację stacji przeładunkowych odpadów górniczych z wagonów kolejowych wraz z obsługą placu budowy obiektu budowlano-ziemnego do rzędnej +320 m n.p.m. na terenie składowiska „Kościelniok” JSW S.A. KWK „Pniówek”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 100-152571 w dniu 26 maja 2010 r.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły 4 oferty. Ranking ofert przedstawiał się następująco:

- 1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „TRANSKOK” Sp. z o. o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju na kwotę 31.863.406,00 zł;
- 2) Konsorcjum: Infra Silesia S.A. z siedzibą w Rybniku i DB Schenker Rail Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrzu na kwotę 37.486.360,00 zł;
- 3) S.C. „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju na kwotę 20.286.736,00 zł;
- 4) Przedsiębiorstwo Transportowo Handlowo Usługowe „Bielaszka” Stanisław Bielaszka z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju na kwotę 24.696.896,00 zł.

Izba ustaliła również, iż zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 30.384.740, 25 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 37.069.383,11 zł brutto.

Pismem z dnia 28 lipca 2010 r. zamawiający wezwał wykonawców:

- S.C. „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju;

- Przedsiębiorstwo Transportowo Handlowo Usługowe Stanisław Bielaszka z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju

do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W złożonych wyjaśnieniach odwołujący wskazał sposób kalkulacji zaoferowanej ceny, strukturę budowy kosztów (m.in. koszty osobowe, koszty zakupu paliwa, amortyzację sprzętu, koszty ogólne) wykazując przy tym planowany zysk.

Izba ustaliła również, iż zamawiający zlecił wybranemu przez siebie biegłemu opracowanie pisemnej opinii w zakresie oceny poziomu przyjętych cen na realizację całego zadania z uwzględnieniem poniesienia strat przez oferentów oraz nierealnego – rażąco niskiego poziomu cen. W pierwszej opinii z dnia 12 sierpnia 2010 r. biegły stwierdził, że

„(...)oferta numer 3 [odwołującego] nie gwarantuje w przyjętym poziomie cen, że wykonawca nie poniesie strat. W ofercie numer 3 S.C. „Ryś” przy przyjętej stawce za jednostkowe wykonanie zadania i po analizie dokumentów stwierdzam, że przyjęte założenia i kalkulacje są na poziomie cen, które nie gwarantują wykonania zadania w sposób właściwy, a poziom ceny 1,84 zł biorąc pod uwagę powyższe jest rażąco niski”.

W opinii biegły wskazał, że wykonawca S.C. „RYŚ” przyjął zbyt małą ilość pracowników, brak rezerwy i operatora dźwigu, wskazane wartości maksymalnego przerobu dobowego, które wykazano w piśmie wyjaśniającym z dnia 2 sierpnia 2010 r. nie gwarantują tego przerobu na wymaganym poziomie, założenia sprzętowe wskazują brak realności w realizacji zamówienia, przyjęte zużycie paliwa nie umożliwia właściwej pracy sprzętu, a przyjęta cena paliwa jest nierealna do obowiązującej na rynku ceny.

Wobec uwag zgłoszonych do opinii przez zamawiającego biegły w dniu 8 września 2010 r. wydał opinię uzupełniającą, w której „(...) Ponieważ w ofercie nr 3 – S.C. „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju nie założono pracy dźwigu, jednakże w opisie technicznym (strona 5) w pkt. III.ppkt. 2 założono *bieżące utrzymanie torów rozładunkowych w pełnej sprawności* usunięto z opinii stwierdzenie: *Przyjęta kadra – 38 pracowników jest zbyt niska do założenia przerobu – brak rezerwy oraz operatora dźwigu. Brak Dźwigu w zestawieniu sprzętu i opisie technicznym*”.

Ponadto biegły uwzględnił w opinii uzupełniającej fakt, iż zamawiający przyjął wartość wymaganego przerobu dobowego w SIWZ na poziomie 13600 Mg/dobę i tym samym przyjęta przez S.C. „RYŚ” wartość 14000 Mg/dobę mieści się w założeniach zamawiającego. Dodatkowo biegły zweryfikował swoje ustalenia w zakresie przyjętej przez S.C. „RYŚ” ceny zakupu paliwa tym samym wykreślono zapis, iż cena paliwa jest nierealna do dzisiejszych stawek. Reasumując biegły nie podtrzymał wniosku z pkt. 3 opinii z dnia 12 sierpnia 2010 r. iż „(...)Oferta nr 3 [odwołującego] nie gwarantuje w przyjętym poziomie cen, że wykonawca nie poniesie strat.”.

Pismem z dnia 14 września 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Stanisława Bielaszki prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo Handlowo Usługowe „Bielaszka” Stanisław Bielaszka z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), (dalej ustawa p.z.p.) odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jerzy Ryś i Robert Ryś prowadzących działalność w formie spółki cywilnej „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju. Czynność ta leży u podstaw postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść oferty odwołującego, złożone wyjaśnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. jak też art. 14 ustawy p.z.p. w związku z art. 6 Kodeksu cywilnego oraz w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., Izba podzieliła argumentację odwołującego. Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający zobowiązany jest szczegółowo ocenić wyjaśnienia, dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny i dać im wyraz w uzasadnieniu, jeżeli uznaje, że oferta wykonawcy winna zostać odrzucona, uwzględniając wszelkie dowody i okoliczności. Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „(...) Zaoferowana przez Spółkę Cywilną „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś cena za realizację całego przedmiotu zamówienia różni się od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i od cen zaoferowanych przez wykonawców PPUH Transkok Sp. z o. o. i Konsorcjum: Infra Silesia S.A. (lider) i DB Schenker Rail Zabrze S.A. średnio o 42 %. Izba wskazuje, iż zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. informując o ofertach odrzuconych zobowiązany jest do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego. Ograniczenie się przez zamawiającego do podania, że „(...) Zamawiający w wyniku oceny wyjaśnień udzielonych przez ww. wykonawcę stwierdził, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia” nie wyczerpuje dyspozycji powyższego przepisu. Izba wskazuje również, iż zamawiający nie odnosząc się w najmniejszym stopniu do złożonych przez odwołującego wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, nie wykazał, że odwołujący zrealizuje przedmiot zamówienia za cenę poniżej kosztów. Okoliczność, iż zaoferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena jest rażąco niska, a tym bardziej nie dowodzi, że została ona skalkulowana poniżej kosztów uzyskania. Za wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) Izba wskazuje, iż o cenie rażąco niskiej można mówić

wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. W niniejszej sprawie w ocenie Izby odwołujący składając wyjaśnienia, przedstawiając szczegółowe wyliczenia i strukturę kosztów wykazał, iż osiągnie założony zysk. Zamawiający pomijając złożone wyjaśnienia, czego potwierdzeniem jest brak jakiegokolwiek odniesienia się w uzasadnieniu odrzucenia nie udowodnił, że zamówienie nie może zostać zrealizowane za cenę przedstawioną w ofercie odwołującego. Izba wskazuje, iż to na zamawiającym spoczywał ciężar udowodnienia prawidłowości oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. Izba zwraca uwagę na doniosłość tych ustaleń gdyż ocena wyjaśnień stanowić będzie zawsze podstawę do uznania, bądź nie zaoferowanej ceny za rażąco niską. Brak najmniejszego odniesienia się przez zamawiającego do złożonych wyjaśnień, stwierdzenia, którym twierdzeniom odwołującego nie daje on wiary i dlaczego, przesądza zdaniem Izby o nieprawidłowości czynności zamawiającego. Zamawiający nie wykazał a nawet nie uprawdopodobnił że cena oferty odwołującego jest nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia i za zaproponowaną cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia. W ocenie Izby odwołujący w sposób wystarczający uzasadnił i wskazał elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, i w konsekwencji należy przyjąć, iż wysokość ceny oferty odwołującego wynika z mechanizmu wolnej konkurencji – tj. konkurowania ceną, co stanowi jeden z istotniejszych elementów dozwolonej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. Izba uznała, że zarzut powyższy jest zasadny w świetle ustalonych okoliczności sprawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....