

**WYROK**  
**z dnia 13 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę FAMUR S.A. w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu-Zdroju

przy udziale wykonawcy JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ocenę wyjaśnień, złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez JOY Maszyny Górnicze spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach,**

**2. kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu-Zdroju, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FAMUR S.A. w Katowicach, tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w Jastrzębiu-Zdroju, na rzecz wykonawcy FAMUR S.A. w Katowicach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Skład orzekający:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest *„Najem fabrycznie nowego kombajnu ścianowego z elektrycznym napędem posuwu w systemie Eicotrak wraz z niezbędnym osprzętem dla JSW. S.A. KWK „Krupiński”*.

II. W dniu 3 sierpnia 2013 r. Odwołujący złożył odwołanie, wobec:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Tychach,
2. zaniechania wezwania wykonawcy Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Tychach do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
3. zaniechania odrzucenia oferty Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Tychach jako zawierającej rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie

1. art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Tychach do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pomimo, że analiza okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wskazuje, że cena zaproponowana przez wykonawcę Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu powinna budzić wątpliwości Zamawiającego z punktu widzenia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Tychach pomimo zawierania przez ww. ofertę rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. z w Tychach do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do oferty złożonej w niniejszym postępowaniu,

5. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w Tychach jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż okoliczności sprawy wskazują, że oferta Joy Maszyny Górnicze Sp. z o. o, powinna budzić wątpliwości Zamawiającego z punktu widzenia zaoferowania przez ww. wykonawcę rażąco niskiej ceny. W sprawie, kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 3.411.799,00 zł netto; wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza zaoferował dobową stawkę netto z tytułu najmu kombajnu w wysokości 3.950,00 zł, co przy uwzględnieniu czasu trwania najmu 420 dni daje cenę netto za realizację zamówienia w wysokości 1.659.000,00 zł netto. Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu zaoferował dobową stawkę netto z tytułu najmu kombajnu w wysokości 6.940 zł, co daje cenę netto za realizację zamówienia w wysokości 2.914.800,00 zł. Oferta wykonawcy Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o., która została sklasyfikowana na trzecim miejscu obejmowała dobową stawkę netto z tytułu najmu kombajnu w wysokości 7.700 zł, co daje cenę netto za realizację zamówienia w wysokości 3.234.000,00 zł. Zatem cena zaoferowana przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza jest niższa o 51,4 % od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz o 46,1 % od średniej pozostałych dwóch ofert, które zostały złożone w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, już na podstawie ww. informacji Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do ceny zaoferowanej w ofercie ocenionej jako najkorzystniejsza z punktu widzenia rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie, powinien wszcząć procedurę, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego, za rażąco niską ceną oferty wykonawcy Joy Maszyny Górnicze Sp. a o.o. przemawia; analiza ofert składanych przez tego wykonawcę w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na najem kombajnów ścianowych organizowanych przez Zamawiającego na przestrzeni okresu od stycznia 2012 r. do lipca 2013 r. Odwołujący przesłał przykładowe zestawienie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na najem kombajnów ścianowych nowych i poremontowych przeprowadzonych przez spółki węglowe w okresie od stycznia 2012 r. do lipca 2013 r. Zdaniem Odwołującego, na uwagę zasługuje porównanie przetargów nr 116/X1/ZZ/11 na najem kombajnu ścianowego nowego na JSW KWK „Krupiński” z przetargiem będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Przedmiotem postępowania nr 116/XI/ZZ/I 1 był analogicznie jak

w niniejszym postępowaniu najem nowego kombajnu ścianowego a okres najmu, analogicznie jak w niniejszej sprawie wynosił 420 dni. Otwarcie ofert miało miejsce w styczniu 2012 r. Wówczas Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. zaoferował stawkę najmu netto za dobę w wysokości 6.800,00 zł (w stosunku do stawki 3.950,00 zł netto w niniejszym postępowaniu) a więc o 2.850,00 zł netto więcej niż w niniejszym postępowaniu, co sumarycznie dało różnicę 1.197.000,00 zł netto w zakresie całkowitej ceny za realizację zamówienia. Procentowo zatem, w niniejszym postępowaniu Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. zaoferował cenę o 42% niższą w stosunku do ceny zaoferowanej w identycznym przetargu, który miał miejsce 1,5 roku wcześniej. Dla porównania - różnica w ofercie, która zarówno w niniejszym postępowaniu, jak i w postępowaniu nr I 16/XI/ZZ/I 1 została sklasyfikowana na drugim miejscu wyniosła ok. 10% (7.680 zł netto w przetargu nr 116/XI/ZZ/11 do stawki 6.940 zł netto w niniejszym postępowaniu). Na potwierdzenie Odwołujący złożył Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w przetargu nr 116/XI/ZZ/11 na JSW KWK „Krupiński”, oferty złożone w przetargu nr 116/XI/ZZ/I 1. Analogicznie, w ocenie Odwołującego, przedstawia się porównanie ofert złożonych w przetargu na najem nowego kombajnu ścianowego na JSW KWK „Krupiński”, nr przetargu 34/III/ZZ/12 w stosunku do ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. W postępowaniu nr 34/III/ZZ/12 Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. zaoferował dobową stawkę czynszu dzierżawnego w wysokości 6.150 zł netto, co w stosunku do stawki zaoferowanej w niniejszym postępowaniu (3.950 zł netto) daje różnicę na poziomie 36%, podczas, gdy różnica w ofertach wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu wyniosła ok. 10% (6.180 zł netto w przetargu 34/III/ZZ/12 w stosunku do stawki 6.940 zł netto w niniejszym postępowaniu). Na potwierdzenie Odwołujący złożył Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu na JSW KWK „Krupiński” nr 34/III/ZZ/12, oferty złożone w postępowaniu nr 34/1 II/ZZ/12. Porównania, zdaniem Odwołującego, wymagają także oferty złożone w postępowaniu na JSW KWK „Pniówek”, nr przetargu 15/ZZ/13 które zostało przeprowadzone w lipcu 2013 r. z ofertami złożonymi w niniejszym postępowaniu. Przedmiotem, postępowania nr 15/ZZ/13 był najem kombajnu poremontowego, a nie jak w niniejszej sprawie, najem kombajnu nowego. Ma to decydujące znaczenie dla zaoferowanej stawki czynszu najmu. W postępowaniu nr 15/ZZ/J3 Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o., za najem kombajnu poremontowego zaproponował stawkę 3.816 zł netto (w stosunku do stawki 3.950 zł netto za najem kombajnu nowego w niniejszym postępowaniu). Nie bez znaczenia pozostaje tutaj także fakt, że najem kombajnu poremontowego w postępowaniu 15/ZZ/13 był najmem na okres, dłuższy w stosunku do najmu w niniejszym postępowaniu (570 do 420 dni). Zatem Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. zaoferował kombajn poremontowy na okres dłuższy (przetarg 15/ZZ/13) za stawkę zbliżoną jak kombajn nowy na okres 420 dni w niniejszym postępowaniu. Dla porównania, oferty,

które zostały sklasyfikowane w obydwu przetargach na drugim miejscu zaoferowały stawkę 4.680 zł netto w przetargu 15/ZZ/13 w stosunku do stawki 6.940 zł netto w niniejszym przetargu. Na powyższą okoliczność Odwołujący złożył Specyfikację Istotnych: Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na JSW KWK „Pniówek”, nr 15/ZZ/I 3 i oferty złożone w postępowaniu nr 15/ZZ/I 3. Porównania wymagają oferty złożone w przetargu na najem kombajnu nowego na JSW KWK „Krupiński” nr 36/ZZ/13 z lipca 2013 r. (a zatem z dokładnie tego samego okresu co przetarg będący przedmiotem niniejszego postępowania). W postępowaniu tym, przy okresie najmu na 600 dni Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. zaoferował stawkę 4.950 zł netto za dobę. Uwzględniając fakt, że okres najmu w ww. przetargu jest dłuższy niż okres najmu w niniejszym postępowaniu (420 dni), przy identycznej wartości wyposażenia dodatkowego, stawka czynszu najmu powinna zostać ustalona na poziomie niższym w przetargu, w którym okres najmu trwa dłużej w stosunku do postępowania, w którym okres najmu trwa krócej. Taka zasada została zachowana w przypadku ofert składanych w tym postępowaniu przez Odwołującego. Odwołujący w przetargu nr 36/ZZ/13 (okres najmu 600 dni) zaoferowała stawkę 5.780 zł netto za dobę, natomiast w niniejszym postępowaniu (okres najmu 420 dni) zaoferowała stawkę wyższą tj. 6.940 zł netto za dobę. Powyższe zgodne jest z zasadą kalkulowania stawek dzierżawnych zgodnie, z którą im dłuższy okres dzierżawy, tym stawka dzierżawna za dobę niższa. Wynika to z faktu, że istotna jest cena netto uzyskana w toku wykonywania całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która musi być wyższa niż koszt wytworzenia nowego kombajnu. Zasada ta została całkowicie zachwiana w przypadku Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. w odniesieniu do przetargu nr 36/ZZ/13 oraz przetargu w niniejszej sprawie, gdyż w postępowaniu, w którym okres najmu jest krótszy została zaoferowana niższa stawka czynszu, co sumarycznie spowodowało, że łączna cena netto z wykonania całego zamówienia w postępowaniu 36/ZZ/13 wyniosła 2.970.000,00 zł w stosunku do kwoty 1.659.000 zł w niniejszym postępowaniu. Na potwierdzenie Odwołujący złożył Specyfikację Istotnych i Warunków Zamówienia w postępowaniu na JSW KWK „Krupiński” nr 36/ZZ/13 i oferty złożone w postępowaniu nr 36/ZZ/I 3. Za rażąco niską ceną oferty Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. przemawia także analiza przetargów z udziałem ww. wykonawcy przeprowadzonych w ostatnim czasie w innych spółkach węglowych. Tytułem, przykładu Odwołujący wskazał przetarg nr ZP/946/2013 oraz ZP/947/2013 prowadzone przez Katowicki Holding Węglowy S.A., których przedmiotem był najem kombajnów ścianowych nowych lub poremontowych na okres 548 i 546 dni, w których Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. zaoferował odpowiednio stawkę 7.800,00 i 6.873,00 zł netto za dobę czynszu najmu. Zaznaczenia wymaga fakt, że w tych postępowaniach zamawiający przewidział aukcję elektroniczną, zatem Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. miał możliwość kontynuowania licytacji poprzez zaoferowanie niższej stawki czynszu dzierżawnego, w celu

doprowadzenia do tego, aby jego oferta była ofertą najkorzystniejszą. Mimo takiej możliwości Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. zaprzestał licytacji na ww. stawkach nie decydując się na zaoferowanie stawek niższych – na powyższą okoliczność Odwołujący złożył Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Katowicki Holding Węglowy S.A. nr ZP/946/2013 oraz ZP/947/2013 oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w przetargu nr ZP/946/2013 oraz ZP/947/2013. Z przedłożonego zestawienia porównania ofert złożonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na najem nowych kombajnów ścianowych wynika, że stawka dobowo netto zaoferowana przez Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. na przestrzeni okresu ostatniego 1,5 roku nigdy nie osiągnęła poziomu poniżej 6.000 zł netto. Dotyczy to także postępowań, w których zamawiający przewidział aukcję elektroniczną, a więc gdzie wykonawca Joy Maszyny Górnicze Sp. z o.o. miał możliwość licytowania stawki znacznie poniżej 6.000 zł netto. W takich okolicznościach zaoferowanie stawki czynszu najmu netto w przetargu będącym przedmiotem niniejszego postępowania nasuwa podejrzenia o zaoferowanie stawki zawierającej rażąco niską cenę, co powinno spowodować obligatoryjne uruchomienie przez Zamawiającego procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający zaniechał. Na uwagę zasługuje, że większość przedstawionych powyżej postępowań to postępowania prowadzone przez Zamawiającego, a więc należy przyjąć, że Zamawiający miał wiedzę na temat stawek czynszu najmu oferowanych przez wykonawców w innych analogicznych postępowaniach.

**III.** Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca JOY Maszyny Górnicze spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

**IV.** Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

### **Odwołanie podlega uwzględnieniu.**

Na wstępie zaakcentowania wymaga, kilka podstawowych regulacji, które mają znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii, wyznaczonych zakresem złożonego przez Famur SA w Katowicach, odwołania.

Po pierwsze, dla uwzględnienia odwołania konieczne jest zaistnienie naruszenia przepisów, które ma, albo może mieć, wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Po drugie, dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Orzeczenie winno zatem rozstrzygać o zarzutach i żądaniach kierowanych wobec kwestionowanych czynności, uwzględniając zarazem wszystkie okoliczności, także te które nastąpiły po wniesieniu odwołania, a wpływają na ocenę zarzutów stawianych w odwołaniu.

Po trzecie, zakres rozpoznania przez Krajową Izbą Odwoławczą wyznacza treść złożonego odwołania – w myśl art. 192 ust. 5 ustawy – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a w myśl § 34 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48 poz. 280 ze zm.)*, orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zawiera w przypadku wyroku m.in. rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego.

W analizowanej sprawie, Odwołujący postawił zarzuty nakierowane na wykazanie, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do poprawności kalkulacji ceny w ofercie JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach i wezwać tego wykonawcę do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Istotne jest, że po wniesieniu odwołania w analizowanej sprawie, Zamawiający, po części, uczynił zadość żądaniom odwołania, w związku z czym, pismem z dnia 5 sierpnia 2013 r. wezwał JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując, na różnicę ceny oferty tego wykonawcy w stosunku do cen złożonych w postępowaniu ofert oraz w stosunku do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający podał, że: „(...) zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, w celu ustalenia, czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wzywa Państwa do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących elementów, mających wpływ na wysokość zaoferowanej w Państwa



*ofercie ceny ze realizację całego przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia powinny zawierać kalkulację ceny oferty z podaniem składników cenotwórczych, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez państwa ceny za przedmiot zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 2 pzp w wyjaśnieniach mogą Państwo uwzględnić m.in. następujące czynniki wyjaśniające:*

- oszczędność metody wykonania zamówienia,*
- wybrane rozwiązania techniczne,*
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy,*
- oryginalność projektu wykonawcy,*
- wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”*

Zamawiający, mimo dokonania powyższej czynności, nie unieważnił wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 lipca 2013 r.

Wykonawca JOY Maszyny Górnicze spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach odpowiedział na powyższe wezwanie w wyznaczonym do dnia 9 sierpnia 2013 r. terminie, składając wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Biorąc pod uwagę powyższe, należało oceniać kwestionowane przez Odwołującego czynności i zaniechania Zamawiającego z uwzględnieniem czynności podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania i stanu istniejącego na moment zamknięcia rozprawy. Czynność wezwania JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podjęta po złożeniu odwołania nie może być uznana za neutralną dla dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia – jej skutek musi być rozpatrywany w płaszczyźnie zarówno wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy) jak i obowiązku wyrokowania przez Krajową Izbę Odwoławczą według stanu istniejącego w postępowaniu na dzień zamknięcia rozprawy (art. 191 ust. 2 ustawy), wreszcie z uwzględnieniem stawianych w odwołaniu zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy). Rozważenia także wymagało, czy takie podjęcie czynności nie czyni zadość żądaniu odwołania i nie konsumuje postawionych w nim zarzutów, stanowiąc uwzględnienie odwołania, o którym stanowi art. 186 ust. 2 i 3 ustawy.

Biorąc pod uwagę wyżej wskazane okoliczności, w sposób formalny rzutujące na ocenę zarzutów oraz dokonane rozstrzygnięcie, uznano, że:

**[1]** Wbrew stanowisku Zamawiającego, nie sposób uznać czynności wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, za czynność podjętą poza postępowaniem, już po jego rozstrzygnięciu wyrażającym się wyborem najkorzystniejszej oferty z 24 lipca 2013 r. Zamawiający argumentował, że owe wystąpienie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy miało

charakter jedynie informacyjny, podjęte zostało po złożeniu odwołania „z ostrożności”, w celu upewnienia się, że cena została skalkulowana prawidłowo. Przeczy jednak tej tezie zarówno formalny charakter tego wezwania – zarówno z zakresie podstawy prawnej, jak i jego uzasadnienia wskazuje ono, w sposób nie budzący wątpliwości, że chodziło nie o uzyskanie stanowiska wykonawcy – dysponenta oferty na potrzeby przyszłego postępowania odwoławczego, to bowiem Zamawiający mógł uzyskać kierując do wykonawcy „zwykłe” pismo z prośbą o ustosunkowanie się do odwołania, albo liczyć na własną inicjatywę tego wykonawcy, wyrażającą się przystąpieniem do postępowania odwoławczego i obroną swojej oferty. Przeczy takiej ocenie wskazanego pisma również treść notatki z posiedzenia Komisji Przetargowej z 5 sierpnia 2013 r., gdzie wyraźnie dostrzeżono różnice w cenach złożonych ofert oraz różnicę między ceną oferty JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach a kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Komisja uznała, że *„W związku z tym, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena za realizację całego przedmiotu różni się od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia o około 106% i średnio o 85% od cen zaoferowanych przez Wykonawców: FAMUR SA i Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne – Maszyny Górnicze Sp. z o.o. Zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, w celu ustalenia czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwie Wykonawcę do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej w jego ofercie ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia (art. 24 ust. 4 pzp.) wyjaśnienia powinny zawierać kalkulację ceny oferty z podaniem składników cenotwórczych, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za przedmiot zamówienia. zgodnie z art. 90 ust. 2 pzp w wyjaśnieniach można uwzględnić m.in. następujące czynniki wyjaśniające:*

- oszczędność metody wykonania zamówienia,
- wybrane rozwiązania techniczne,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy,
- oryginalność projektu wykonawcy,
- wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów”.

Komisja na tym posiedzeniu dała także wyraz intencji, jakim miało służyć to wezwanie – w pkt 3 notatki wskazano, że po złożeniu wyjaśnień przez wykonawcę, Komisja Przetargowa przystąpi do dalszych prac, czyli do badania i oceny otrzymanych dokumentów.

Oznacza to zatem tyle, że mimo nie unieważnienia przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty z 24 lipca 2013 r., Zamawiający w rzeczywistości dokonał rewizji decyzji w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty, podejmując czynność, która jest właściwa dla etapu poprzedzającego ten wybór – badania i oceny ofert, oraz że Jego

intencją było poddanie ceny zaoferowanej przez JOY Maszyny Górnicze spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach analizie przez pryzmat dyspozycji art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Fakt podjęcia tej czynności, mimo zaniechania unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nie pozwala uznać jej za niebyłą i pozostającą poza postępowaniem. Także wykonawca JOY Maszyny Górnicze spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach nie traktował tego wezwania jako wystosowanego jedynie w celu informacyjnym, pozbawionego rygorów wynikających z przepisów i nie zobowiązującego do odpowiedzi, skoro odpowiedział na to wezwanie w wyznaczonym terminie.

Czynność ta musi zostać zatem dostrzeżona, jako mająca wpływ dla dokonywanego w postępowaniu odwoławczym rozstrzygnięcia. Biorąc przy tym pod uwagę, że konsumuje ona zarzuty stawiane w odwołaniu, należy uznać, że Zamawiający – po otrzymaniu odwołania podzielił argumentację w nim prezentowaną i powziął wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny w ofercie JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, czemu dał wyraz, wzywając tego wykonawcę do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. To wezwanie wyczerpuje także część żądań odwołania – to jest wezwania JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Nie sposób jednak uznać, że Zamawiający, mimo podzielenia w ten sposób wszystkich zarzutów odwołania, wykonał jego żądania – zaniechanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty pozbawia wykonawcę rzeczywistej kontroli oceny przez Zamawiającego tych wyjaśnień, skoro nie przekłada się ona na następującą po otrzymaniu wyjaśnień ich ocenę, znajdującą wyraz w wyborze najkorzystniejszej oferty.

**[2]** Brak było podstaw do uznania, że tak potwierdzona przez czynności Zamawiającego (wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny) zasadność postawionych zarzutów, stanowi uwzględnienie odwołania, o którym traktuje art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dla uwzględnienia odwołania konieczna jest bowiem czynność o charakterze formalnym, procesowa, kierowana do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Czynności Zamawiającego, wskazujące na uznanie zasadności stawianych w odwołaniu zarzutów, jeśli nie znalazły wyrazu formalnego, nie zostały w żaden sposób zasygnalizowane wobec Prezesa Krajowej Izby odwoławczej, nie mogły być traktowane jako uwzględnienie odwołania.

**[3]** Fakt podjęcia przez Zamawiającego czynności wezwania wykonawcy JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie może być uznany za potwierdzający zarzuty odwołania, które jednak pozostawałyby bez wpływu na

wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy. Zamawiający bowiem nie unieważnił wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 lipca 2013 r., zaś odwołanie skierowane jest wobec tej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro zatem wybór najkorzystniejszej oferty nie został przez Zamawiającego unieważniony, nie sposób przyjąć, że zarzucane naruszenia przepisów – które zostały przez Zamawiającego potwierdzone wezwaniem do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – nie mają wpływu na wynik postępowania. Brak takiego wpływu miałyby dopiero czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, poprzedzona unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W sprawie mamy bowiem nadal, pozostającą niewzruszoną czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z 24 lipca 2013 r., w ramach której nie uwidoczniło takiej lub innej (zarówno pozytywnej dla wykonawcy, jak i uznającej cenę złożonej oferty za rażąco niską) oceny złożonych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Złożone wyjaśnienia muszą zostać ocenione a jedyną płaszczyzną, w której może się wyrazić ta ocena, jest rozstrzygnięcie o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonane po złożeniu wyjaśnień i ich ocenie według kryteriów wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy.

**[4]** Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest wynikający art. 192 ust. 7 ustawy zakaz wykraczania przez Krajową Izbę Odwoławczą poza postawione w odwołaniu zarzuty. Stoi on na przeszkodzie ocenie w ramach tego postępowania odwoławczego wyjaśnień złożonych przez JOY Maszyny Górnicze spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, skoro złożono je po terminie wniesienia odwołania a tym samym, skoro nie są one objęte jego zarzutami.

Na konieczność rozróżnienia zarzutów wskazujących na zaniechanie przez zamawiającego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz zarzutów ukierunkowanych na niewłaściwą ocenę tych wyjaśnień, zwrócił Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12, uznając, że wykraczającym poza podniesione zarzuty, wskazujące na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy było uznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że cena w ofercie wykonawcy jest rażąco niska na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, co do których odwołujący w danym postępowaniu nie postawił zarzutów, a wręcz przyznał, że nie było mu wiadomym, że takie wyjaśnienia złożono. Sąd wyraźnie podał, że: *„Najistotniejszym, zdaniem Sądu Okręgowego jest fakt, że odwołanie Infostrategii wobec złożenia przez Konsorcjum Itmed wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. winno sprowadzać się już nie do wykazania, że cena oferty Konsorcjum Itmed jest rażąco niska, a do wykazania jedynie nieprawidłowej oceny przez zamawiającego złożenia wyjaśnień. Na tym etapie postępowania przedmiotem zainteresowania może być jedynie dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych*

*wyjaśnień dotyczących ceny – czy te wyjaśnienia rozwiewają wątpliwości w odniesieniu do ceny, czy ich treść pozwala na kategoryczne stwierdzenie, że cena została skalkulowana poprawnie uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia. Odwołanie złożone przez Infostrategię nie zawiera żadnego odniesienia się do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Itmed. Podniesione w nim ogólnikowe zarzuty dotyczą rażąco niskiej ceny w kontekście braku wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p.”*

Stąd w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego, dotyczącego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 lipca 2013 r. nie mogły być oceniane złożone na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnienia JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ich ocena – najpierw przez Zamawiającego – winna znaleźć wyraz w następującym po ich uzyskaniu rozstrzygnięciu postępowania. To rozstrzygnięcie dopiero może być przedmiotem kontroli Krajowej Izby Odwoławczej w ramach środka ochrony prawnej, jeśli taki zostanie złożony.

Skoro zatem Zamawiający swoimi czynnościami dał wyraz, że w Jego ocenie oferta JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach wywołuje wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny (vide: notatka z posiedzenia komisji Przetargowej z 5 sierpnia 2013 r. oraz wezwanie JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny), a w istocie uczynił zadość argumentacji Odwołującego, należało uznać stawiane zarzuty za potwierdzone.

Wskazywane w odwołaniu naruszenia przepisów, potwierdzone w powyższy sposób przez Zamawiającego, mają – wobec zaniechania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 24 lipca 2013 r. - wpływ na wynik postępowania. Brak jest bowiem w świetle tych czynności takiej płaszczyzny, w której Zamawiający da wyraz oceny tych wyjaśnień, pozwalając na kontrolę, w ramach środków ochrony prawnej, podjętej czynności.

Zaakceptowanie stanu, w którym Zamawiający uzyskiwałyby wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny a następnie dokonywałyby ich oceny nie dokonując rewizji uprzednio dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, sprzyjałoby sytuacjom, w których Zamawiający pozbawiałby wykonawców możliwości zakwestionowania swojej decyzji: z jednej strony taka pozytywna ocena wyjaśnień nie byłaby w żaden sposób zaprezentowana – skoro miałyby mieścić się w ramach wcześniej dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, z drugiej zaś – odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, który miałby następować wcześniej niż uzyskanie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, byłoby zawsze odwołaniem

złożonym z uchybieniem terminu na kwestionowanie tego wyboru. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy znajduje zastosowanie w fazie badania i oceny ofert i uzyskanie na jego podstawie wyjaśnień powinno nastąpić przed rozstrzygnięciem postępowania. W analizowanej sprawie Zamawiający dokonał czynności z zakłóceniem tej naturalnej kolejności, czyniąc iluzoryczną ocenę uzyskanych wyjaśnień, pozbawiając zarazem wykonawców możliwości kwestionowania ewentualnego rezultatu wyjaśnień JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Powyższe determinowało nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ocenę wyjaśnień, złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez JOY Maszyny Górnicze spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach. Ocena złożonych wyjaśnień powinna znaleźć wyraz w odpowiednim rozstrzygnięciu postępowania, wobec którego zainteresowani wykonawcy będą mogli podnosić ewentualne zastrzeżenia.

Nie nakazywano wezwania JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, mimo takiego żądania zawartego w odwołaniu. Wykonawca do tych wyjaśnień został jednak wezwany, stąd nakazywanie o powyższym należało uznać za bezprzedmiotowe. Przed Zamawiającym pozostaje ocena tych wyjaśnień oraz wyartykułowanie jej rezultatu w rozstrzygnięciu postępowania.

Reasumując, potwierdził się, stawiany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś to naruszenie – z podanych wyżej względów – może mieć wpływ na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że bez znaczenia pozostają zastrzeżenia formułowane przez Zamawiającego, zgodnie z którymi Odwołujący w odwołaniu postawił także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach. Istotnie, przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy powinien mieć zastosowanie jako następstwo ewentualnej, negatywnej oceny wyjaśnień wykonawcy. Postawienie jednak zarzutu naruszenia tego przepisu (a także żądania odrzucenia oferty JOY Maszyny Górnicze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach) – przedwcześnie – skoro ocena wyjaśnień nie została wyartykułowana przez Zamawiającego, nie czyni całego odwołania bezpodstawnym, jeśli w odwołaniu postawiono inne zarzuty, które znalazły potwierdzenie. Postawienie zarzutu a także odpowiadającego mu żądania nadmiernie, sięgającego dalszych etapów

postępowania, nakazuje uznać je za przedwczesne, a tym samym na obecnym etapie nieuzasadnione, co nie wpływa jednak na ocenę odwołania jako całości, skoro znalazły potwierdzenie inne stawiane w nim zarzuty.

Z powyższych względów, mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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. Nr 41 poz. 238). Uwzględniono uzasadnione koszty Odwołującego, który wygrał postępowanie, uwzględniając poniesione koszty niezbędne dla celowego dochodzenia praw, jak wpis w wysokości 15 000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika, który reprezentował Odwołującego, w wysokości zgodnej z przedłożonym rachunkiem, to jest 3 600 zł (§ 3 pkt 2 ppkt b) rozporządzenia). Nie uwzględniono wniosku o zasądzenie kosztów postępowania, w części obejmującej koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na posiedzenie i rozprawę (bilety) w wysokości 127 zł. Uwzględniono w powyższym zakresie okoliczność, że przepisy *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*, w § 3 pkt 2 wymieniają uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (a także przystępującego, który złożył sprzeciw w razie uwzględnienia odwołania), wśród których, w sposób przykładowy, wyszczególniono jako koszty strony (ewentualnie przystępującego): koszty związane z dojazdem na rozprawę, względnie posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz wynagrodzenie pełnomocników, nie wyższe niż kwota 3 600 zł. Powyższe oznacza, że ustawodawca nie przewidział, by kosztem postępowania miał być koszt ponoszony przez pełnomocnika w związku ze sprawowaniem przez niego zastępstwa prawnego, jak przykładowo koszt jego noclegu lub dojazdu na posiedzenie lub rozprawę, przyjmując że wyłącznie wynagrodzenie tego pełnomocnika ponoszone przez stronę w związku z jej zastępstwem stanowi koszt strony lub odpowiednio przystępującego, który złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania (tak też: uzasadnienia wyroków, w części stanowiącej postanowienia o kosztach postępowania, z dnia 6 września 2012 r. w spr. KIO 1801/12, 13 września 2012 r. w spr. KIO 1840/12, z dnia 27 grudnia 2012 r. w spr. KIO 2664/12).

**Skład orzekający:**