

Sygn. akt: KIO/UZP 671/08

WYROK
z dnia 16 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Conbelts Bytom S.A., ul. Szyby Rycerskie, 41-909 Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**, protestu z dnia 20 czerwca 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Conbelts Bytom S.A., ul. Szyby Rycerskie, 41-909 Bytom** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Conbelts Bytom S.A., ul. Szyby Rycerskie, 41-909 Bytom**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 987 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Conbelts Bytom S.A., ul. Szyby Rycerskie, 41-909 Bytom** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**, stanowiącej

- uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Conbelts Bytom S.A., ul. Szyby Rycerskie, 41-909 Bytom.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę taśm przenośnikowych do kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez firmę Conbelts Bytom S.A z siedzibą w Bytomiu, zwanej dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 20 marca 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 56-075825). Postępowanie to prowadzi Katowicki Holding Węglowy S.A., zwany dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „*ustawą*”. Przedmiotowe postępowanie zostało podzielone przez Zamawiającego na cztery części.

Zamawiający w piśmie z dnia 11 czerwca 2008 r., z doręczeniem Odwołującemu w dniu 13 czerwca 2008 r., przekazał informację o wynikach postępowania, w tym powiadamiając o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 3, tj. oferty Fabryki Taśm Transporterowych Stomil Wolbrom S.A. Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 20 czerwca 2008 r. (w tej samej dacie wpływ do Zamawiającego) złożył protest, podnosząc zarzuty naruszenia przepisów: art. 90 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Odwołujący w złożonym proteście wskazał, że oferta wybrana przez Zamawiającego w części nr 3 zamówienia powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, wskazując jednocześnie, że Zamawiający zaniechał obowiązku nałożonego na niego przepisem art. 90 ust. 1 ustawy, tj. nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przy zaoferowanej cenie ofertowej przez tego wykonawcę. Odwołujący wskazał na ceny ofertowe złożone przez wykonawców w ramach kwestionowanej części nr 3 zamówienia:

- oferta Fabryki Taśm Transporterowych Stomil Wolbrom S.A. – 11 861 460,00 zł netto;
- oferta Zakładów Gumowych Bytom S.A. (aktualnie Conbelts Bytom S.A.) – 14 249 600, 00 zł netto;
- oferta Sempertrans Bełchatów S.A. – 15 398 500,00 zł netto;
- oferta Handlex Sp. z o.o. – 17 154 050,00 zł netto.

Odwołujący wskazując na znaczną różnicę cenową pomiędzy ofertą wybraną przez Zamawiającego, a pozostałymi ofertami podniósł, iż Zamawiający powinien być w takiej sytuacji skorzysta ć z procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust. 1 ustawy.

Dodatkowo podkreślił, że ceny jednostkowe, jakie zaoferowano w ofercie najkorzystniejszej, w sposób rażąco odbiegają od cen za jakie Zamawiający nabył przedmiot zamówienia w roku 2007, co przy fakcie ogólnego wzrostu cen od zeszłego roku budzi uzasadnione wątpliwości, co do cen zawartych w ofercie Wolbrom S.A.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący w proteście wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 3 zamówienia;
- 2) ustalenie, czy oferta złożona przez Fabrykę Taśm Transporterowych Stomil Wolbrom S.A. w części nr 3 zamówienia, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w przypadku potwierdzenia tej okoliczności – odrzucenie tej oferty;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert w części nr 3 zamówienia, w tym oferty Odwołującego, zgodnie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców;
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego w części nr 3 zamówienia jako najkorzystniejszej i zaproszenie Odwołującego do podpisania umowy.

Do tego postępowania, toczącego się w wyniku wniesienia protestu, swoje przystąpienie, w opozycji do podniesionych zarzutów, w dniu 25 czerwca 2008 r., na skutek wezwania Zamawiającego, zawartego w piśmie z dnia 23 czerwca 2008 r. (doręczenie wykonawcy w tej samej dacie) złożyła Fabryka Taśm Transporterowych Stomil Wolbrom S.A., zwana dalej: „*Stomil Wolbrom*”. W przystąpieniu tym wskazano po pierwsze na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego do korzystania ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że wykonawca ten dąży do unieważnienia postępowania, gdyż jego oferta nie mieści się w kwocie, którą Zamawiający wskazał na otwarciu ofert jako przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, a ponadto, że w związku z upływem 60-dniowego terminu związania ofertą ważność oświadczenia woli Odwołującego już upłynęła. Po drugie Stomil

Wolbrom wskazał, że termin na złożenie protestu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie został dotrzymany przez Odwołującego, bowiem rozpoczął on swój bieg od dnia 11 czerwca 2008 r., kiedy to zawieszono wyniki postępowania na stronie internetowej Zamawiającego. Po trzecie Stomil Wolbrom, odnosząc się do podniesionych w proteście zarzutów wskazał, że porównywanie jego ceny ofertowej do cen z ubiegłego roku zamiast do szacunku Zamawiającego i aktualnych cen rynkowych jest wadliwe. Stomil Wolbrom wskazał również, że cena ofertowa Odwołującego jest tylko o ok. 16% wyższa od ceny Przystępującego, co przy niniejszym przedmiocie zamówienia, w sytuacji gdy Stomil Wolbrom jest producentem, nie może stanowić o rażąco niskiej cenie. Podniósł on jednocześnie, że Odwołujący w innym postępowaniu (dla Kopalni Budryk) złożył jeszcze niższą cenę od ceny zaoferowanej przez Stomil Wolbrom w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowy protest w piśmie z dnia 24 czerwca 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) poprzez jego odrzucenie, uznając, iż został wniesiony po terminie.

Od rozstrzygnięcia protestu w piśmie z dnia 27 czerwca 2008 r., poprzez złożenie w dniu 30 czerwca 2008 r. przesyłki w placówce pocztowej operatora publicznego, Odwołujący złożył odwołanie, w którym podtrzymał podniesione w proteście zarzuty wnioski i argumentację.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i protokołu z postępowania, treść ofert złożonych w postępowaniu oraz oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy. Dokonano również ustalenia, że brak było podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o odrzucenie na posiedzeniu Izby złożonego odwołania. Bez znaczenia dla rozpoczęcia biegu terminu na złożenie protestu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jest data udostępnienia informacji o wynikach postępowania na stronie internetowej Zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że obowiązujące przepisy ustawy nie przewidują dla Zamawiającego terminu na zamieszczenie informacji o wynikach postępowania na stronie internetowej, dlatego też uznać należy, że wykonawcy nie są zobligowani do nieustającego śledzenia strony internetowej Zamawiającego pod kątem uzyskania z tej strony informacji o wynikach postępowania. Wniosek taki można również

wywieść z przepisu art. 92 ust. 1 ustawy, który statuuje szczególny obowiązek dla Zamawiającego poinformowania wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o wynikach tego postępowania, niezależnie od obowiązku zamieszczenia w trybie art. 92 ust. 2 informacji na stronie internetowej Zamawiającego. Ponadto należy wskazać, że na podstawie przepisu art. 92 ust. 2 ustawy, Zamawiający ma obowiązek zamieścić na stronie internetowej i tablicy ogłoszeń informacje o wynikach postępowania w ograniczonym zakresie. Zamieszcza tam bowiem wyłącznie informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej (czyli te, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy). Pełna informacja o wynikach postępowania, tj. o ewentualnych odrzuceniach ofert, czy wykluczeniach wykonawców z udziału w postępowaniu jest przesyłana wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu – stosownie do dyspozycji ust. 1 art. 92 ustawy. Od tego momentu (doręczenia pełnej informacji o wynikach postępowania) – na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy – rozpoczyna swój bieg termin na złożenie protestu. Uwzględniając powyższe złożenie protestu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20 czerwca 2008 r., w sytuacji gdy informacja o tej czynności dotarła do Odwołującego w dniu 13 czerwca 2008 r., należy uznać za spełniające wymogi formalne co do złożenia protestu w terminie 7 dni (art. 180 ust. 2 ustawy).

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie posiadał interesu prawnego w złożeniu niniejszego odwołania, jak również protestu. Jak stwierdził skład orzekający, stosownie do treści rozdz. I pkt 9 SIWZ, termin związania ofertą w niniejszym postępowaniu został ustalony na 60 dni kalendarzowych, przyjmując za pierwszy dzień związania ofertą, dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Termin składania ofert, zgodnie z treścią protokołu postępowania, upływał z dniem 18 kwietnia 2008 r. Uwzględniając powyższe oraz okoliczność, iż po otwarciu ofert, w czasie biegu terminu związania ofertą, wykonawcy nie składali żadnych protestów, co skutkowałoby ewentualnym zawieszeniem biegu terminu związania ofertą, termin związania ofertą w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 16 czerwca 2008 r. Zatem już w momencie składania w dniu 20 czerwca 2008 r. protestu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący utracił interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Interes prawny w rozumieniu przywołanego przepisu wskazuje na konieczność wykazania się przez podmiot wnoszący protest i odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia. W tym przypadku chodzi bowiem o uzyskanie zamówienia przez tego konkretnego wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia publicznego, a nie interes w uzyskaniu zamówienia przez innego wykonawcę, czy też uzyskanie zamówienia w innym postępowaniu. Faktycznie bowiem w niniejszym postępowaniu Zamawiający po upływie terminu składania ofert, działając na

podstawie art. 94 ust. 1 a ustawy w aktualnym brzmieniu, będzie mógł podpisać umowę w sprawie zamówienia publicznego z wybranym w postępowaniu Stomil Wolbrom po uzyskaniu od tego wykonawcy zgody w tym przedmiocie. Z Odwołującym nawet w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie mogła być podpisana z uwagi na to, że przywołany przepis art. 94 ust. 1a ustawy, jako wyjątek od zasady, wedle której umowa w sprawie zamówienia publicznego musi być podpisana w terminie związania ofertą, wskazuje, że podpisanie umowy po upływie terminu związania ofertą możliwe jest tylko wówczas, gdy wybór oferty (danej oferty najkorzystniejszej) nastąpił w terminie związania ofertą. Ewentualna ponowna czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i wybór oferty Odwołującego nastąpiłby po terminie związania ofertą, zatem podpisanie umowy, nawet w wyjątkowym trybie art. 94 ust. 1a ustawy, nie byłoby możliwe.

Niemniej jednak skład orzekający odnosząc się do podniesionych przez Odwołującego zarzutów stwierdził, że Zamawiający w przedstawionych okolicznościach sprawy nie miał obowiązku wszczynania procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy. Stosowanie tego przepisu nie jest obowiązkiem Zamawiającego w każdym przypadku w i każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jedynie w sytuacji, w której istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że w postępowaniu złożono ofertę z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający ma obowiązek wystąpić do tego wykonawcy z pisemnym wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wystąpienie o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy jest zatem konieczne w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi, że cena ofertowa w sposób znaczny odbiega od wartości innych cen ofertowych w postępowaniu oraz w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, dokonanej z należytą starannością, uwzględniając przy tym specyfikę przedmiotu zamówienia i jego charakter.

Obowiązujące przepisy ustawy oraz inne przepisy polskiego prawa, jak też prawa europejskiego oraz orzecznictwa w zakresie zamówień publicznych (zespołów arbitrow, Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych, ETS) nie definiują w sposób jednoznaczny, kiedy mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Nie określają też, np. poprzez wzór matematyczny, sposobu obliczenia ceny rażąco niskiej, bowiem każdorazowo należy tę cenę odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju usług dostaw, czy robót budowlanych., jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należytą starannością. W jednym bowiem przypadku różnica cenowa kilkunastoprocentowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może już świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś wprost przeciwnie.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie kwestionował, że wartość szacunkowa została przez Zamawiającego ustalona w nienależyty sposób, zatem skoro w cenie tej mieści się oferta kwestionowana, uznać należy, że Zamawiający nie musi wszczynać procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy, a tym samym cena nie jest rażąco niska. Co do rozbieżności ceny oferty najkorzystniejszej z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu Odwołujący nie kwestionował twierdzeń Zamawiającego, że na rynku tego typu dostaw (taśmy przenośnikowe) funkcjonują ceny na poziomie wskazanym w ofercie Stomil Wolbrom, jak również niższe. Odwołujący wskazał tutaj wyłącznie, że ceny te kształtują się w różny sposób, a oferowanie cen na niższym poziomie wynika z faktu chęci uzyskania zamówienia przez wykonawców, w tym Odwołującego, choć na granicy opłacalności. Skoro sam Odwołujący jest w stanie złożyć ofertę w innych postępowaniach, na ten sam przedmiot zamówienia, niższą od oferty Stomil Wolbrom i mieści się ona jeszcze „w granicach opłacalności” – choć są to jej granice – nie może świadczyć o podejrzeniu złożenia oferty rażąco niskiej, czyli niewiarygodnej, nierealnej, poniżej kosztów wytworzenia w niniejszym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, w tym przede wszystkim kwestię braku interesu prawnego do wniesienia w niniejszym postępowaniu środków ochrony prawnej, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), skład orzekający Izby uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku, ograniczając je do kwoty, o której mowa we wskazanym przepisie oraz koszty dojazdu wyłącznie na posiedzenie Izby z uwagi na brak przedłożenia na posiedzeniu wymaganego rachunku, choćby odrębnego, potwierdzającego poniesienie kosztów dojazdu z posiedzenia Izby.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*