

WYROK
z dnia 07.05.2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07.05.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: PPHU CARBUD S.A., GPHU PIAST S.A. 43-155 Bieruń ul. Granitowa 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A. 40-039 Katowice ul. Powstańców 30** protestu z dnia 09.04.08

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: PPHU CARBUD S.A., GPHU PIAST S.A. 43-155 Bieruń ul. Granitowa 8**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr
(słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)
z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: PPHU CARBUD S.A., GPHU PIAST S.A. 43-155 Bieruń ul. Granitowa 8**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:.....)
przez na rzecz
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
.....
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 963 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: PPHU CARBUD S.A., GPHU PIAST S.A. 43-155 Bieruń ul. Granitowa 8**

Uzasadnienie

Zamawiający- Kompania Węglowa S.A. w Katowicach, ul. Powstańców 30 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w przedmiocie „Świadczenia usług sprzętem ciężkim na zwalach i drobnicowej sprzedaży węgla dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Piast.”

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

oferty najkorzystniejszej.

Protest był następstwem powiadomienia Odwołującego w dniu 3 kwietnia 2008 roku o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wielozakładowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich i Remontowych „ENERGOPOL- WSK” S.A., zwanego dalej „ENERGOPOL- WSK” S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia „ENERGOPOL - WSK” S.A., który posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami wchodzącymi w skład struktury organizacyjnej Zamawiającego. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że do dokumentacji ofertowej „ENERGOPOL - WSK” S.A. dołączono rekomendację przedstawicieli Zmawiającego, tj. pełnomocnika Kompanii Węglowej S.A. - Dyrektora Oddziału Kompanii Węglowej S.A. - Kopalni Węgla Kamiennego „Bobrek - Centrum” - mgr inż. Włodzimierza Mostek oraz pełnomocnika zarządu Kompanii Węglowej S.A. i dyrektora Kopalni Węgla Kamiennego „Ziemowit” - mgr inż. Grzegorza Łagodzińskiego. W ocenie Odwołującego posługiwanie się dokumentacją ofertową sporządzoną z pomocą osób wchodzących w skład struktury organizacyjnej Zmawiającego wzbudza wątpliwości, co do dochowania w procedurze zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji.
2. naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie zwrócenia się do „ENERGOPOL - WSK” S.A. o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że oferta „ENERGOPOL - WSK” S.A. zawiera propozycję wykonania przedmiotu zamówienia za cenę, która nie pokrywa kosztów wykonania zamawianej usługi. Zaoferowanie ceny odbiegającej w znaczny sposób od cen przyjętych za wykonanie danego typu usługi i nie mieszczącej się w kalkulacji kosztów wskazuje, iż zamiarem wykonawcy było wyeliminowanie z postępowania innych Wykonawców. W ocenie Odwołującego takie postępowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaproponowana przez „ENERGOPOL - WSK” S.A. cena jest rażąco niska w porównaniu z faktycznymi kosztami wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia. Okoliczność ta winna wzbudzić wątpliwości

3

Zamawiającego co do jej prawidłowości i zgodności z przepisami ustawy oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i skłonić Zamawiającego do podjęcia czynności przewidzianych w art. 90 ustawy, których Zamawiający zaniechał. Zdaniem Odwołującego racjonalna tj. zgodna z zasadami uczciwej konkurencji kalkulacja ceny roboczogodziny winna uwzględniać szereg czynników cenotwórczych takich jak:

- koszty osobowe, obejmujące wynagrodzenie za pracę pracowników realizujących zamówienie wraz ze wszelkimi składkami, podatkami oraz świadczeniami socjalnymi zgodne z postanowieniami obowiązujących przepisów prawa pracy.
- koszty sprzętu używanego do wykonania zamówienia obejmujące koszty paliwa, materiałów eksploatacyjnych oraz kosztów serwisu i napraw.

Biorąc pod uwagę powołane składniki kalkulacji ceny nie sposób uzyskać cen zaproponowanych w ofercie przez „ENERGOPOL - WSK” S.A.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przedstawił kalkulację roboczogodziny dla ładowarki kołowej o poj. 3,0 - 3,5 m³, z której wynika, iż cena oparta o racjonalną kalkulację jest znacząco wyższa od zaproponowanej przez wybranego wykonawcę, mimo iż kalkulacja przedstawiona przez Odwołującego obejmuje wyłącznie koszty bezpośrednie, nie obejmuje zysku lub innych kosztów tzw. „ogólnozakładowych”.

Ponadto Odwołujący podniósł, że dla oceny czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską przydatne byłoby jej porównanie z wartością szacunkową zamówienia, którą Zamawiający w postępowaniu określił niezgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający przy ustalaniu tej wartości winien wziąć pod uwagę okoliczności wpływające na wzrost kosztów świadczenia tego typu usług w tym wzrost kosztów pracy (wysokości wynagrodzeń, płacy minimalnej), wzrost kosztów zakupu paliw.

W ocenie Odwołującego wskazane okoliczności świadczą o zaproponowaniu ceny rażąco

niskiej i winny skłonić Zamawiającego do zastosowania procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy.

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „ENERGOPOL - WSK” S.A. mimo, że oferta ta jest niezgodna z treścią pkt XIX pkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie Zamawiający wymagał, aby wadium w formie innej niż pieniężna zawierało bezwzględne i nieodwołalne zobowiązanie podmiotu udzielającego gwarancji do wypłaty kwoty wadium w przypadkach wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy. Wystawione przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie Oddział w Częstochowie zabezpieczenie w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty

4

wadium, wbrew przytoczonym wymogom pkt XIX. ust. 6 SIWZ, ma charakter terminowy. Gwarancja zastrzega, iż obowiązuje od dnia 4 marca 2008r. do dnia 4 maja 2008r. Niezależnie od zastrzeżenia terminu końcowego utraty mocy gwarancji, gwarant w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 18 lutego 2008 r. zastrzegł, iż zabezpieczenie wygasa automatycznie i całkowicie także w innych opisanych przez niego 6 przypadkach. I tak zabezpieczenie w formie gwarancji ubezpieczeniowej uzależnia wypłatę wadium od spełnienia warunku doręczenia, nie później niż w zastrzeżonym terminie ważności gwarancji, żądania przez beneficjenta gwarancji - Zamawiającego zapłaty wraz z dokumentarni uzasadniającymi roszczenie (pkt a dokumentu gwarancji). Okoliczności przewidziane w art. 46 ust. 5 ustawy, które pociągają za sobą konieczność uiszczenia kwoty wadium, a tym bardziej doręczenie oświadczeń o ich nastąpieniu i doręczenie dokumentacji uzasadniającej roszczenie, może nastąpić zarówno przed upływem terminu 4 maja 2008r. jak i po tej dacie. Ponadto Odwołujący wskazał, że w pkt e) dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej gwarant wskazuje, iż gwarancja ubezpieczeniowa ulega całkowitemu i automatycznemu wygaśnięciu w wypadku, gdy postępowanie przetargowe zostanie przez Zamawiającego unieważnione, a protesty zostaną ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynie termin do ich składania.

Zastrzeżenie to, abstrahując od faktu, iż nie jest czytelne, gdyż posługuje się pojęciem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu bądź upływu terminu do jego złożenia, bez uściślenia przedmiotu oprotestowanej czynności bądź zaniechania, również sprawia, iż gwarancja ubezpieczeniowa przybiera charakter względny i uzależniony od spełnienia dodatkowych, nieprzewidzianych w SIWZ przesłanek bądź niewystąpienia określonych w nich okoliczności. W ocenie Odwołującego wskazane wady gwarancji ubezpieczeniowej winny skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W konsekwencji Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego:

4. art. 22 ustawy poprzez dopuszczenie do ubiegania się o zamówienie wykonawcy, który podlegał wyłączeniu, wobec zaniechania zbadania przez Zamawiającego, czy zachodzą przesłanki określone w art. 24 ustawy;
5. art. 7 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

5

Zamawiający pismem z dnia 16 kwietnia 2008 roku (doręczonym Odwołującemu w dniu 17 kwietnia b.r.) protest w całości oddalił. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów zawartych w treści protestu wskazał, że aby zaistniała przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 22 ust 2 pkt 1 ustawy uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni. W ocenie Zamawiającego podpisanie referencji przez osoby wchodzące w skład organów zarządzających Zamawiającego nie ma takiego charakteru i stanowi ono jedynie potwierdzenie należytej realizacji usług. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego zawiera także referencje podpisane przez osoby wchodzące w skład struktury organizacyjnej

Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu zaofierowania przez „ENERGOPOL - WSK” S.A. rażąco niskiej ceny, Zamawiający uznał, że nie miał potrzeby dokonywania wyjaśnień, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, ponieważ analizując jednostkowe ceny sprzętu na rynku lokalnym miał wiedzę, że ceny te są na poziomie cen oferowanych, zaś wartość oferty jest tylko o 6,39 % niższa od wartości szacowanej przez Zamawiającego zgodnie z art. 34 ustawy. Zamawiający przy szacowaniu wartości zamówienia wziął pod uwagę ceny z innych Oddziałów KW SA oraz analizę kosztów z ostatnich trzech lat w KWK „Piast”. W treści rozstrzygnięcia protestu przedstawił porównanie cen, z którego wynika, że ceny jednostkowe sprzętu w przedmiotowym postępowaniu w ofercie „ENERGOPOL WSK” S.A. są dużo wyższe aniżeli ceny sprzętu z ofert w postępowaniu prowadzonym aktualnie w KWK „Ziemowit”, czy też w aktualnie obowiązującej umowie w KWK „Ziemowit”.

W odniesieniu do zarzutu, że gwarancja ubezpieczeniowa wniesiona jako zabezpieczenie wpłaty wadium nie zawiera, zgodnie z pkt XIX ppkt 6 SIWZ, bezwzględne i nieodwołalne zobowiązanie podmiotu udzielającego gwarancji do wypłaty kwoty wadium w przypadkach wymienionych w art. 46 ust 5 ustawy, Zamawiający wskazał, że na stronie nr 6 załączono gwarancję ubezpieczeniową obowiązującą od dnia 04.03.2008 r. do 04.05.2008 r., czyli oferta w okresie związania jest zabezpieczona wadium. Przedmiotowa gwarancja zawiera zapis: „zobowiązujemy się solidarnie ze Zleceniodawcą i gwarantujemy zapłatę powyższej kwoty wadium, w przypadku gdyby Zleceniodawca - o ile jego oferta zostanie wybrana, o czym zostanie powiadomiony w okresie związania ofertą:

- a) odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy
- c) spowodował, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie.”

Zapis ten w ocenie Zamawiającego jest zgodny z zapisem art. 46 ust. 5 ustawy, jak również z zapisami pkt XIX ppkt 6 SWZ, zatem Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia

6

wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 jak również odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 22.04.2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty zawarte w proteście i wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wielozakładowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL - WSK” S.A., ewentualnie nakazanie odrzucenia jego oferty,
2. nakazanie dokonania ponownego badania i wyboru najkorzystniejszej oferty, spełniającej wymogi prawa zamówień publicznych i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na nieprecyzyjne kryterium oceniania ofert określone w pkt XXI SIWZ, które w jego ocenie nie pozwala w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określić dokonać oceny ofert.

W dniu 6 maja 2008 roku (pismo z dnia 5 maja 2008 roku) Odwołujący przesłał do Urzędu Zamówień Publicznych wniosek dowodowy w sprawie przedmiotowego odwołania.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenia dowodu z dokumentu – oryginału zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego poprzez zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą lub Prezesa Urzędu Zamówień na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 9 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym o przedłożenie informacji z Krajowej Rejestru Sądowego o osobach wchodzących w skład zarządu Wielozakładowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL - WSK” S.A

Odwołujący wskazał, że dopiero po wniesieniu odwołania powziął informację, że prezes Zarządu ENERGOPOL – WSK S.A jest prawdopodobnie osobą prawomocnie skazaną, Odwołujący podważa wiarygodność dołączonego do oferty zaświadczenia dotyczącego informacji o niekaralności i wnosi o wykluczenie Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy.

7

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego do wniesienia odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy. Jak wynika z oświadczeń stron złożonych w trakcie rozprawy termin zabezpieczenia oferty Odwołującego wadium upłynął w dniu 4 maja 2008 roku a Odwołujący nie doręczył Zamawiającemu dokumentu o przedłużeniu terminu ważności wadium. W ocenie składu orzekającego brak przedłużenia terminu ważności wadium powoduje utratę statusu uczestnika postępowania, umożliwiającego uzyskanie zamówienia, a zatem Odwołujący traci również prawo do składania środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu.

Niemniej jednak skład orzekający rozpatrzył poszczególne zarzuty zawarte w proteście, ustalił i zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca - Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL - WSK” S.A. celem potwierdzenia spełniania wymagań stawianych przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia zawodowego przedstawił na stronie 26 oferty referencję z dnia 24 kwietnia 2006 roku podpisaną przez Pełnomocnika Zarządu Kompanii Węglowej, Dyrektora Kopalni Węgla Kamiennego „Ziemowit” – mgr inż. Grzegorza Łagodzińskiego oraz Pełnomocnika Zarządu Kompanii Węglowej, Z-cę Dyrektora Kopalni Węgla Kamiennego „Ziemowit” – mgr inż. Jana Bożek.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego, że przedstawienie w ofercie referencji wystawionych przez osoby upoważnione do reprezentowania Zamawiającego stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Celem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy było wyeliminowanie z udziału w postępowaniu osób - podmiotów, które wykonywały pewne czynności związane z przygotowaniem postępowania oraz podmiotów, które posługiwały się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w wykonywaniu tych czynności, tak aby zachowana została zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji a wszyscy Wykonawcy posiadali taką samą wiedzę na temat zamówienia publicznego.

8

W ocenie składu orzekającego, aby zatem została spełniona przesłanka przewidziana w art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy musi zaistnieć bezpośredni związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy czynnościami związanymi z przygotowaniem postępowania o zamówienie publiczne a czynnością sporządzenia samej oferty. W zaistniałym stanie faktycznym, nie można mówić o bezpośrednim związku pomiędzy wystawieniem referencji potwierdzających należyłą realizację zamówienia publicznego a przygotowaniem samej oferty. Samo podpisanie referencji nie stanowi dowodu na to, że osoby wystawiające ją brały bezpośredni udział w sporządzeniu oferty.

Nie można odmówić wykonawcom prawa do posługiwania się referencjami, potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień, nawet jeśli referencje te zostały wystawione przez samego Zamawiającego na rzecz, którego wykonawca wcześniej świadczył już tego typu usługi.

Przedstawienie w ofercie referencji wystawionych przez osoby reprezentujące Zamawiającego nie stawia w lepszej, uprzywilejowanej sytuacji wykonawcy, posługującego się nimi, w szczególności nie wpływa na zakres posiadanej przez niego wiedzy o zamówieniu, dostępnej wszystkim wykonawcom na równych prawach.

Zatem w ocenie składu orzekającego zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 1 oraz art. 7 ustawy nie potwierdził się.

Za nieuzasadniony należy także uznać zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy. Skład orzekający ustalił, że cena oferty uznanej za najkorzystniejszą tj. Wielozakładowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL - WSK” S.A. wyniosła

4 961 270 zł netto, co stanowi 6 052 749, 40 zł brutto, wartość szacunkowa zamówienia ujawniona w treści druku ZP-1 wyniosła 5 300 000 zł netto, Odwołujący zaproponował realizację zamówienia za cenę 7 109 367 zł. brutto.

Z takiego zestawienia cen i wartości wynika, że zaoferowana przez Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL - WSK” S.A. cena jest wyższa od wartości szacunkowej zamówienia.

Skład orzekający uznał, że przy ocenie kosztów robocizny należy mieć na uwadze, że wykonawca może realizować zamówienie nie tylko za pomocą osób zatrudnionych w ramach umowy o pracę, ale również umowy cywilnoprawnej. Odwołujący wskazał, że dla realizacji zamówienia konieczne byłoby zatrudnienie pracowników na umowę o pracę, co tym samym zdaniem Odwołującego przemawia za tym, że cena zaproponowana przez Wykonawcę w ramach realizacji przedmiotowej usługi nie byłaby wystarczająca dla zapewnienia realizacji przedmiotu zamówienia w odpowiedni sposób. Jednakże taki dowód nie może być przyjęty w niniejszej sprawie, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wymagał, aby zamówienie

9

realizowane było przez osoby zatrudnione u Wykonawcy na podstawie stosunku pracy. Z uwagi na powyższe, należało zatem przyjąć, że Wykonawca mógł realizować zamówienie za pomocą osób zatrudnionych w ramach umowy cywilnoprawnej, co tym samym przyczyniłoby się do pomniejszenia kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia (podobnie Wyrok SO w Warszawie z 9.08.2006 r., V Ca 568/06).

Dlatego w ocenie składu orzekającego przy ocenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, czy jak twierdzi Odwołujący cenę poniżej kosztów świadczenia usług nie można powoływać się na takie czynniki, jak płaca minimalna oraz wskaźnik jej wzrostu. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07.

Skład orzekający uznał, że cena zaproponowana w ofercie „ENERGOPOL - WSK” S.A. jest co prawda ceną niższą od ceny zaproponowanej przez Odwołującego, ale nie można mówić w tej sytuacji o cenie rażąco niskiej.

Zgodnie z ustalonym już orzecznictwem za cenę rażąco niską należy rozumieć cenę niewiarygodną, oderwaną całkowicie od realiów rynkowych, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów na poparcie tezy, że Wykonawca – „ENERGOPOL - WSK” S.A. zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, do czego zobowiązany był na mocy art. 6 kodeksu cywilnego zgodnie, z którym „Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne”.

W szczególności przedstawiona do odwołania kalkulacja roboczogodziny dla ładowarki kołowej o poj. łyżki 3,0 – 3,5 m³ nie może stanowić dowodu na cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż dotyczy ona jednego z elementów kalkulacyjnych, wchodzących w skład całego przedmiotu zamówienia. Na cenę oferty składały się również inne elementy, takie jak np. roboczogodzina pracy spycharki o mocy 200 KW- 250 KW, spycharki o mocy 100 KW- 150 KW, ładowarki kołowej o poj. łyżki 1,5 – 2,0 m³ czy koparko- ładowarki.

Zdaniem składu orzekającego ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny

10

zaproponowanej przez wykonawcę a nie jednego z elementów kalkulacyjnych tej ceny. Stanowisko to znajduje poparcie również w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.03.2005 r., II Ca 425/04.

Zatem w ocenie składu orzekającego Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że cena

zaoferowana przez Wykonawcę „ENERGOPOL - WSK” S.A” jest ceną rażąco niską a zatem nie naruszył przepisu art. 90 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4.

Skład orzekający Izby ustalił, że w pkt XIX. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający postawił wymóg, aby wadium wnoszone w innej formie niż pieniężna zawierało bezwzględne i nieodwołalne zobowiązania podmiotu udzielającego gwarancji do wypłaty kwoty wadium w przypadkach wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy.

Oceniając treść załączonej do oferty „ENERGOPOL - WSK” S.A gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 18 lutego 2008 roku, wystawionej przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. , należy stwierdzić, że spełnia ono cytowany wyżej wymóg specyfikacji.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest umową między ubezpieczycielem (gwarantem) a beneficjentem gwarancji (zamawiającym), w której ubezpieczyciel zobowiązuje się do uiszczenia kwoty na wypadek niewypełnienia przez podmiot trzeci (wykonawcę) zobowiązania. Instytucja gwarancji ubezpieczeniowej nie ma odrębnej regulacji prawnej, jedynie Załącznik nr 2 do ustawy o działalności ubezpieczeniowej w ramach podziału ryzyk w dziale II pkt 15 przewiduje gwarancję ubezpieczeniową, wyróżniając gwarancję bezpośrednią i pośrednią.

Gwarancja bezwarunkowa oznacza zobowiązanie do wykonania określonego świadczenia w razie braku świadczenia dłużnika, w tej sytuacji zobowiązanie ubezpieczyciela w sytuacjach ściśle określonych przepisami ustawy prawo zamówień publicznych.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że uzależnienie wypłaty wadium od przedstawienia ubezpieczycielowi żądania zapłaty wraz z dokumentami uzasadniającymi roszczenie czyni to wadium warunkowym. Gwarancja ma bowiem charakter abstrakcyjny, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji .

Gwarancja nieodwołalna nie oznacza, jak to wywodzi Odwołujący, konieczności udzielenia jej na okres dłuższy niż okres związania ofertą. Istotą bowiem gwarancji jest zabezpieczenie

11

interesów Zamawiającego w okresie związania ofertą, co jest zgodne z przepisem art. 85 ust. 4 i 5 ustawy.

Zatem należy uznać, że gwarancja nieodwołalna to gwarancja, która nie może być odwołana ale wyłącznie w okresie na jaki obowiązuje to jest w okresie związania ofertą.

Skład orzekający ustalił, że przedłużony termin zabezpieczenia wadium oferty wybranej upływa dnia 5 czerwca 2008 roku. Zamawiający przedstawił na rozprawie aneks do gwarancji ubezpieczeniowej nr F 08 120 044 z dnia 21 kwietnia 2008 roku, przedłużający termin ważności wadium oferty wybranej.

Dokument gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 18 lutego 2008 roku, zamieszczony w ofercie wyraźnie wskazuje warunki, odpowiadające treścią art. 46 ust. 5 pzp, po których ziszczeniu zamawiający (beneficjent) uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta.

W świetle powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby wadium przedstawione w ofercie ENERGOPOL - WSK S.A zostało skutecznie wniesione, spełnia wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego w specyfikacji, zatem nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania wnioski dowodowy Odwołującego złożony w dniu 6 maja 2008 roku o zwrócenie się do Krajowego Rejestru Karnego o udzielenie informacji o niekaralności Prezesa Zarządu wybranego Wykonawcy. Zgodnie z treścią art. 188 ustawy Odwołujący może przedstawiać wnioski dowodowe do czasu zamknięcia rozprawy, należy jednak zaznaczyć, że wnioski te mogą dotyczyć wyłącznie zarzutów zawartych w proteście i odwołaniu. Odwołujący nie uprawdopodobnił w żaden sposób złożonego przez siebie wniosku dowodowego.

Ponadto zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 8 ustawy, przedstawiony w piśmie z dnia 5 maja nie może być przez Izbę rozpoznany, gdyż zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Izba rozpoznając odwołanie nie może wykraczać poza zarzuty zawarte w proteście i odwołaniu. W ocenie składu orzekającego okoliczność przedstawiona we wniosku dowodowym nie

stanowi podstawy do unieważnienia postępowania z urzędu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy. Podważenie wiarygodności dokumentu zamieszczonego w ofercie winno być przedmiotem odrębnego postępowania karnego, przeprowadzonego przez powołane do organy.

12

Skład orzekający Izby pozostawił również bez rozpoznania zarzut dotyczący nieprecyzyjnego kryterium oceniania ofert określonego w pkt XXI SIWZ, gdyż zarzut ten nie był przedmiotem protestu, Wskazać również należy, że zarzut ten, jako dotyczący zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy uznać za spóźniony.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art.191 ust.1 pkt 5 i6 ustawy.

13

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*

14