

WYROK
z dnia 14 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu 12 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **IMPEXRUR S.A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., 01-224 Warszawa, ul. M. Kasprzaka 25** protestu z dnia 23 listopada 2009 r.

przy udziale **BOWM S.A., ul. Niwecka 1e, 41-200 Sosnowiec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **IMPEXRUR S.A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **IMPEXRUR S.A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty .00.zł 00. gr (słownie: xxx.) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **IMPEXRUR S.A., 38-500 Sanok, ul. Lipińskiego 109.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa rur okładzinowych i wydobywczych dla otworów wiertniczych przewidzianych do realizacji w 2010 r. – Oddział w Sanoku.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2009 r., pod nr 2009/S 182-262337.

W dniu 23 listopada 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części III zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 90 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, a ponadto naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej uznk, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący się wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wezwania i ustalenia w trybie art. 90 ustawy Pzp, czy oferta Bowim S.A. (dalej Bowim lub Przystępujący) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odrzucenie oferty Przystępującego, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę

w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego się.

Odwołujący się wskazał, iż od wielu lat funkcjonuje na rynku rur okładzinowych i wydobywczych, stąd powziął uzasadnione przypuszczenie, iż Przystępujący zamierza sprzedać przedmiot zamówienia poniżej kosztów zakupu. Zwraca uwagę, iż cena zakupu rur HCP 1 jest na rynku polskim przewidywalna.

2

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosili: Bowim, żądając oddalenia protestu oraz Gazstal S.A. wnosząc o uwzględnienie protestu. Przystępujący wskazał, iż fakt zaoferowania ceny najniższej nie oznacza, iż cena ta jest rażąco niska. Podniósł również, iż Odwołujący się nie wskazał żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Zaś, Gazstal wskazała, iż zachodzi uzasadnione przypuszczenie, iż Bowim dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

W dniu 2 grudnia 2009 r. Zamawiający oddalił protest. Wskazując na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 109/09) stwierdził, iż ceny zaoferowanej przez Bowim nie sposób odczytywać z pominięciem pozostałych cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców w ramach części III zamówienia. Analiza dokonana w tym zakresie pozwala na ustalenie, iż oferta Bowim w spornej części zamówienia stanowi ok. 48% wartości szacunkowej, zaś oferta Odwołującego się stanowi ok. 59% wskazanej wartości. Zatem, różnica pomiędzy tymi ofertami nie jest znaczna.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż w zakresie części IV zamówienia oferta Odwołującego się stanowi zaledwie 32% wartości szacunkowej, zaś w części V ok. 26 % tej wartości.

Zamawiający podnosi również, iż cena (ceny jednostkowe) zaoferowana przez Odwołującego się, jako jedyne wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znak ZP/2008/102/OS/EEU (rozstrzygniętym w marcu 2009 r.) jest znacznie wyższa w stosunku do zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wyjaśnia, iż fakt ten może mieć związek z okolicznością, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu zmienił warunki udziału w postępowaniu, co zwiększyło dostęp wykonawców do zamówienia (rezygnacja z referencji, wydłużenie terminu realizacji zamówienia). Tym samym w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 6 ofert, a oferta Odwołującego się zawiera znacznie niższe ceny w stosunku do wcześniejszego postępowania. Zaś, Zamawiający dokonując wyceny wartości szacunkowej zamówienia, nie mógł przewidzieć wpływu wskazanych okoliczności na zaoferowane ceny, stąd też przyjął jako podstawę dla określenia tej wartości, ceny oferowane we wcześniejszych postępowaniach dotyczących tego samego asortymentu towarów, w których oferty składał jedynie Odwołujący się.

W dniu 11 grudnia 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Odwołujący się wskazuje, iż dla ustalenia, czy cena zaproponowana w ofercie przez spółkę Bowim, może być uznana za rażąco niską, należy odnieść tę cenę do wartości części III przedmiotu zamówienia, nie zaś do wartości całego zamówienia.

Odwołujący się podnosi, iż badanie, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, co do zasady, następuje dwuetapowo. W pierwszym etapie Zamawiający oceny tej dokonuje w oparciu o relację wartości danej oferty do wartość zamówienia (w przedmiotowej

3

sytuacji, w relacji do wartości części III zamówienia), na co bezpośrednio wskazuje treść art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp in fine (rażąco niska cena w stosunku do przedmiotu zamówienia). Jeżeli wyniki osiągnięte wskutek porównania wartości oferty i wartości części zamówienia nie są wiarygodne, jedynie posiłkowo można odwołać się do cen zaoferowanych przez innych wykonawców w postępowaniu. W drugim etapie zastosowanie znajduje procedura określona w art. 90 ustawy Pzp (w efekcie jej przeprowadzenia może znaleźć zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ab initio, czyli odrzucenie zbadanej oferty). Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r.

Odwołujący się podnosi, iż ani przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ani przepis art.

90 ustawy Pzp nie daje żadnych podstaw do rezygnacji z żądania od wykonawców wyjaśnień i dowodów, w sytuacji, kiedy większa liczba ofert zawiera ceny poniżej szacunkowej wartości zamówienia. Zaś, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 109/09), wskazywany jako uzasadnienie stanowiska, Zamawiający poddał zbyt daleko idącej wykładni, co jest niewłaściwe z następujących powodów: wyrok zapadł w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia na usługi, których ceny mogą być elastycznie kształtowane przez wykonawców, albowiem w większym stopniu niż ma to miejsce w przypadku dostaw, są efektem przyjętego poziomu marży wykonawcy, ceny usług są składową wielu cen jednostkowych (czynności składających się na daną usługę), natomiast w przypadku przedmiotowej dostawy cen jednostkowych było bardzo niewiele (cena jednostkowa dla mb. każdego rodzaju rur), zatem cena oferty Bowim ściśle odzwierciedla cenę nabycia oferowanych dostaw przez tego wykonawcę, ponadto Izba w przedmiotowym wyroku wyraziła aprobatę dla działań zamawiających polegających na żądaniu od wykonawców wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, także wtedy, kiedy kilka ofert zawiera ceny poniżej wartości szacunkowej zamówienia.

Odwołujący się podkreśla również, iż w doktrynie wskazuje się (w oparciu o analizę orzecznictwa), że zamawiający powinni stosować art. 90 ustawy Pzp, kiedy wartość oferty jest niższa od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia o 10% - 40%. Zatem, biorąc pod uwagę, że cena zawarta w ofercie Bowim, stanowiła jedynie 48% wartości szacunkowej części III zamówienia, Zamawiający winien był zastosować art. 90 ustawy Pzp do spółki Bowim. Ponadto, jeżeli zdaniem Zamawiającego więcej ofert zawierało ceny znacznie niższe niż szacunkowa wartość zamówienia, to Zamawiający powinien był zastosować art. 90 ustawy Pzp do wszystkich tych wykonawców, nie wykluczając Odwołującego się.

Zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia z należytą starannością, czy oferta złożona przez Bowim zawiera cenę rażąco niską może nieść bardzo negatywne konsekwencje dla niego samego. Zdaniem Odwołującego się, przede wszystkim może istnieć ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia przez Bowim, gdyż

4

wobec przedmiotu zamówienia jakim są rury okładzinowe i wydobywcze o ściśle określonych parametrach i jakości, Spółka ta nie będzie miała czym zbilansować faktycznych kosztów realizacji części III zamówienia.

Odwołujący się wskazuje, iż wartość szacunkowa części III przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 11.672.500,00 zł. Oferta złożona przez Bowim opiewała na kwotę 5.601.420,00 zł netto, zaś oferta złożona przez Odwołującego się opiewała na kwotę 6.914.747,00 zł netto. W tej sytuacji nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, co podkreśla Odwołujący się, iż 11% różnica pomiędzy relacją ceny oferty Bowim do wartości części III zamówienia a ceną oferty Odwołującego się do wartości części III zamówienia nie jest znaczna i stanowi argument przemawiający za brakiem potrzeby zbadania ofert w trybie art. 90 ustawy Pzp. Wystarczy bowiem porównać wartość obydwu ofert, aby zauważyć, iż oferta Bowim stanowi jedynie 81% wartości oferty Odwołującego się, a zatem jest od niej znacząco tańsza. W opinii Odwołującego się, zarówno dysproporcja pomiędzy ceną oferty Bowim a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia (48% wartości), a także dysproporcja pomiędzy ceną oferty Bowim a ceną oferty Odwołującego się (81% wartości) stanowi wystarczającą przesłankę do zbadania oferty Bowim w trybie art. 90 ustawy Pzp.

W odniesieniu do twierdzeń zawartych w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, Odwołujący się zauważa, iż nie jest prawdą, że zna "obowiązujące ceny" rynkowe, gdyż pojęcie takie zawierałoby wewnętrzną sprzeczność (cena "obowiązująca" byłaby ceną oficjalną, podczas gdy cena rynkowa jest wynikiem gry sił popytu i podaży). Jednakże, wobec wieloletniej działalności na rynku rur okładzinowych oraz wydobywczych, a także wobec współpracy z wieloma dostawcami tego asortymentu, Odwołujący się ma bardzo dobrą orientację w poziomie cen transakcyjnych na tym rynku (uksztalowanych aktualnym poziomem popytu i podaży). Biorąc pod uwagę tę wiedzę, Odwołujący się posiada wystarczające podstawy by stwierdzić, iż ceny zaproponowane przez Bowim dla części III zamówienia, z całą pewnością są cenami poniżej średnich cen rynkowych. To z kolei rodzi bardzo poważne podejrzenie, iż konkretna cena transakcyjna w tym przypadku może być ceną niższą od ceny zaoferowanej dla części III zamówienia, a

zatem ceną dumpingową.

Odwołujący się podkreśla, iż złożenie przez Bowim oferty z rażąco niską ceną wiąże się z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk). Odwołujący się podkreśla, iż obydwie te przepisy powinny być interpretowane łącznie, gdyż jak wskazuje się w literaturze: "wykładnia przepisów rozdziału 2 ustawy, (...) (do którego należy także art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk - przyp.) powinna się wspierać na istocie czynu nieuczciwej konkurencji, która w sposób ogólny jest wyrażona w art. 3 ust. 1 uznk." Dokonując wykładni art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk w świetle ogólnej definicji czynu nieuczciwej

5

konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk) należy podkreślić, iż utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez odsprzedaż towarów poniżej kosztów zakupu, winno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji również wtedy, kiedy zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Co w przedmiotowej sytuacji przejawia się nie wybraniem oferty Odwołującego się dla części III zamówienia.

Podkreślenia wymaga, zdaniem Odwołującego się, iż Bowim złożyła ofertę tylko na jedną z części zamówienia (część III), będącą przy tym częścią o największej wartości szacunkowej - 11.672.500,00 zł netto. Zaś, Bowim jest spółką nie działającą dotychczas na rynku rur okładzinowych i wydobywczych. Wskazuje to na próbę wejścia na ten rynek przy zastosowaniu nieuczciwych praktyk. Działanie spółki Bowim polegające na zaoferowaniu w przetargu nieograniczonym ceny za dostawy niższej niż potencjalny koszt zakupu tych dostaw przez Bowim (stosowanie cen dumpingowych), zagraża interesom: Zamawiającego poprzez narażenie go na ryzyko wyboru Wykonawcy potencjalnie niezdolnego do należytego wykonania zamówienia oraz Odwołującego się poprzez utrudnianie dostępu do rynku zbytu rur wydobywczych i okładzinowych, w szczególności poprzez zakłócanie uczciwej konkurencji cenowej, będącej podstawą gospodarki rynkowej. Stąd też odrzucenie oferty Bowim na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest jak najbardziej konieczne i pożądane, ze względu na potrzebę wyeliminowania mogących powstać, wskutek stosowania nierzetelnych cen dumpingowych, barier w dostępie do rynku, polegających choćby na narzucaniu przez Bowim cen klientom (w tym Zamawiającemu) po wyeliminowaniu z rynku Odwołującego się.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił Bowim. Przystępujący wskazał, iż zarzut naruszenia przepisu art. 90 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowy, gdyż pozostaje w sprzeczności z zarzutem dalej idącym (zaniechanie odrzucenia oferty). Zarzut naruszenia przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk jest bezzasadny, gdyż wobec innych ofert, z których każda mieściła się poniżej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, a różnice pomiędzy kolejnymi ofertami, co do ceny nie były rażące, cena oferty Bowim nie uzasadnia przyjęcia, iż zawiera cenę sprzedaży niższą niż cena zakupu.

Przystępujący wskazuje, iż skoro niemalże wszystkie oferty (poza jedną) odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia oznacza to, że wskaźnik ten pozbawiony jest cech rynkowości. Przyczyny „przeszacowania” wartości szacunkowej zamówienia wskazał Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu. Sam Odwołujący się w części IV i V zamówienia zaoferował ceny w sposób znaczny odbiegające od wartości szacunkowej zamówienia. Powyższe świadczy, zdaniem Przystępującego, o istotnej zmianie na rynku tego typu dostaw, spowodowanej dokonany przez Zamawiającego zmianami w zakresie stawianych warunków udziału w postępowaniu. Powyższe na niebagatelne znaczenie również przy

6

uwzględnieniu okoliczności, że Zamawiający jest głównym odbiorcą tego typu rur na rynku krajowym. W tej sytuacji jedynym miarodajnym kryterium oceny ofert pozostaje porównanie ich cen.

Ponadto Przystępujący, na podstawie cech technicznych rur wnioskuje, iż rury oferowane przez niego, jak i Odwołującego się, pochodzą z tego samego źródła. Przedstawia ofertę sprzedaży ISD TRADE sp. z o.o. sp. k. (dealera producenta towaru). Z zestawienia cen zawartych w tej ofercie i ofercie Przystępującego wynika, iż zarzuty Odwołującego się są nieuzasadnione. Przyczyną konkurencyjności Przystępującego jest

znacznie niższy poziom marży naliczanej od ceny zakupu. Dodatkowo Przystępujący wskazuje, iż na podstawie dostępnych danych finansowych Odwołującego się za lata 2007 i 2008, którego głównym kontrahentem jest Zamawiający można dostrzec niezwykle jak na tę branżę wysoki poziom zysku netto w porównaniu z przychodami. W roku 2008 r. obrót w porównaniu do roku 2007 wzrósł o 30%, zaś zysk o ok. 30%.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację postępowania oraz stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na sześć części i dopuścił składanie ofert częściowych (pkt 3 ppkt 3.1 SIWZ). Jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP-1) wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 32.946.030,00 zł. Zaś, wartość szacunkową zamówienia dla poszczególnych części Zamawiający skalkulował na następującym poziomie: część I – 5.415.500,00 zł, część II – 5.552.000,00 zł, część III – 11.672.500,00 zł, część IV – 5.378.380,00 zł, część V – 1.250.000,00 zł, część VI – 3.677.650,00 zł.

W niniejszym postępowaniu wpłynęło sześć ofert i jedynie Odwołujący się złożył ofertę na wszystkie części zamówienia. Zbiorcze zestawienie ofert (według DRUKU ZP-12) przedstawia się w sposób następujący:

1. Gazstal S.A.: część II – 5.122.870,00 zł, część III – 8.279.866,00 zł.
2. Altrex International Ltd: część I – 3.925.200,00 zł, część II – 4.460.120,00 zł, część V – 368.600,00 zł.
3. Mitsui & Co. Deutschland GmbH sp. z o.o.: część II – 5.624.100,00 zł, część III – 10.004.757,00 zł, część IV – 2.984.013,69 zł, część V – 642.600,00 zł, część VI – 3.109.031,64 zł.
4. Bowim S.A.: część III – 5.601.420,00 zł
5. Eurotech Sp. z o.o.: część II – 3.662.430,00 zł, część III – 6.145.308,00 zł, część V – 426.600,00 zł

7

-
6. IMPEXPUR S.A.: część I – 3.701.800,00 zł, część II – 4.421.466,00 zł, część III – 6.914.747,00 zł, część IV – 1.739.442,00 zł, część V – 320.000,00 zł, część VI – 1.481.511,00 zł.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z powodów, o których mowa w pkt 1 odpowiedzi na odwołanie, konieczne jest w pierwszej kolejności odniesienie się do przedmiotowego wniosku. Po pierwsze, należy zauważyć, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący się wniósł protest wobec zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Brak wyartykułowania takiego stwierdzenia wprost nie czyni zarzutu Odwołującego się bezskutecznym. Nie można bowiem pominąć okoliczności, iż Odwołujący się wskazał podstawę prawną swojego zarzutu (art. 90 ustawy Pzp), a także przytoczył okoliczności faktyczne, które w opinii Odwołującego się, uzasadniają stawiany zarzut. Tożsamą argumentację należy powołać w odniesieniu do wniosku Zamawiającego, związanego z brakiem sformułowania ze strony Odwołującego się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z przyczyn, o których mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Po drugie, nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, iż obecność przedstawicieli Odwołującego się podczas otwarcia ofert, jak i okoliczność, iż w dniu 2 listopada 2009 r. udostępniono Odwołującemu się do wglądu oferty, powoduje, że od wskazanej daty zaczyna biec termin na wniesienie środków ochrony prawnej. Zarzucić zaniechanie określonej czynności można od dnia, w którym upłynął termin do jej dokonania. Skoro, Zamawiający po zakończeniu procedury oceny ofert, jednocześnie powiadamia o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertach odrzuconych i wykluczonych wykonawcach (art. 92 ust. 1 ustawy Pzp), to powzięcie wcześniej informacji przez wykonawcę o treści oferty, pozostaje bez wpływu na termin wnoszenia środków ochrony prawnej. Do momentu bowiem przekazania wskazanej informacji, Zamawiający ma czas na podjęcie decyzji co do statusu w postępowaniu zarówno wszystkich ofert, jak i wszystkich wykonawców.

Wobec powyższego pozostaje do rozważenia, czy w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był do wezwania Przystępującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W opinii Izby, na Zamawiającym taki obowiązek nie ciążył. Wynika to z następujących okoliczności.

Stwierdzenie obowiązku wdrożenia wskazanej procedury byłoby możliwe, gdyby okoliczności niniejszej sprawy wskazywały, iż Zamawiający powinien był nabrać wątpliwości, co do realności zaoferowanej ceny. W literaturze przedmiotu, jak i w orzecznictwie panuje pogląd, iż punktem odniesienia dla zamawiającego może być po pierwsze, relacja wartości netto oferty do wartości szacunkowej zamówienia, po drugie, porównanie cen ofert. Zastosowanie pierwszego kryterium w niniejszym stanie faktycznym (przy czym dla porównania przyjęto wartość szacunkową w zakresie części III do wartości netto oferty w odniesieniu do tego

8

samego zadania, bowiem odniesienie ceny oferty do wartości szacunkowej byłoby niecelowe, w sytuacji, w której tylko Odwołujący się złożył ofertę na wszystkie części) pozwala na stwierdzenie, że ceny niemalże wszystkich ofert stanowią ok. 50% wartości szacunkowej zamówienia (oferta Przystępującego ok. 48%, oferta Eurotech Sp. z o.o. ok. 52%, oferta Odwołującego się ok. 59%). Powyższe pokazuje, iż ceny ofert w istotny sposób odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia, jednakże korelują między sobą. Zauważyć należy, że różnice w cenach ofert nie przekraczają ok. 11% (cena oferty najtańszej jest niższa od kolejnej o ok. 4%, zaś druga oferta jest tańsza od trzeciej o ok. 7%). W związku z powyższym nasuwa się pytanie, czy wartość szacunkowa, w okolicznościach niniejszej sprawy, stanowi wymierny wskaźnik dla powzięcia podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tym bardziej, iż różnice na tym poziomie dotyczą nie tylko części III, ale również innych części (w części IV zamówienia oferta Odwołującego się stanowi 32% wartości szacunkowej zamówienia, zaś w części V ok. 26% tej wartości).

Krajowa Izba Odwoławcza stoi bowiem na stanowisku, iż trzymanie się sztywno przedmiotowych wskaźników prowadzi do pewnego automatyzmu, który może prowadzić do fałszywych wniosków. W żadnym razie przy dokonywaniu tego rodzaju porównań nie można pomijać warunków zamówienia, dla przykładu istotne znaczenie może mieć przedmiot zamówienia i jego specyfika, warunki rynkowe. Oznacza to, że skalkulowanie ceny oferty na poziomie ok. 50% wartości szacunkowej zamówienia nie rodzi po stronie Zamawiającego obowiązku wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może bowiem wskazać na obiektywne okoliczności, które uzasadniają różnice w cenach i jednocześnie zaprzeczają potrzebie wdrożenia takiego postępowania. W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający przytoczył takie okoliczności, a Odwołujący się im nie zaprzeczył. Po pierwsze, Zamawiający dokonał wyceny wartości zamówienia na podstawie cen oferowanych we wcześniejszych postępowaniach. Istotny jest jednakże fakt, że w rzeczonych postępowaniach ofertę składał jedynie Odwołujący. Po drugie, niniejsze postępowanie prowadzone jest w innych warunkach rynkowych. I mowa tu nie tylko o warunkach makroekonomicznych, ale również o fakcie zwiększenia dostępu do niniejszego postępowania, a co za tym idzie, zwiększenia również konkurencyjności. Zmiana warunków udziału postępowania w odniesieniu do poprzednich postępowań spowodowała, iż wykonawcy musieli wziąć pod uwagę, w tym w szczególności Odwołujący się, tak istotny element. Odwołujący się z pewnością uświadamiał sobie, jako podmiot działający na tym rynku i doskonale znający swoją ewentualną konkurencję, iż warunki niniejszego postępowania są nieporównywalne z tymi, które obowiązywały w niniejszym postępowaniu. Zamawiający zdawał sobie sprawę z tych okoliczności, jednakże nie był w stanie ocenić, w jaki sposób wpłynie to na cenę ofert, a tym samym nie miał możliwości uwzględnienia powyższej okoliczności przy dokonywaniu wyceny wartości szacunkowej zamówienia.

9

Jednakże, w żadnym razie nie oznacza to, iż czynnik ten można pominąć, wręcz przeciwnie, powyższe uzasadnia stanowisko, iż porównanie wartości szacunkowej zamówienia z ceną netto oferty (w zakresie części III) nie może mieć rozstrzygającego znaczenia w przedmiocie podjęcia decyzji o przeprowadzeniu postępowania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Na marginesie można jedynie dodać, że cena oferty Odwołującego, biorąc pod uwagę wartość wszystkich części w odniesieniu do całkowitej wartości szacunkowej zamówienia, stanowi 56% tej wartości.

W tej sytuacji pozostaje odwołanie się do cen ofert w zakresie części III i ich wzajemnej relacji. Jak zostało wyżej wskazane, różnica między ceną oferty Przystępującego

a ceną oferty Odwołującego się nie przekracza 11%, a w odniesieniu do drugiej oferty w rankingu ofert jest niższa o ok. 4%. Są to niewielkie różnice, nawet gdyby przyjąć jak chce Odwołujący się, że cena oferty Przystępującego, biorąc pod uwagę część III zamówienia, stanowi ok. 81% ceny oferty Odwołującego się. Bezsprzecznie różnice cen kształtujące się na wskazanym poziomie, zdaniem Izby, nie mogły wzbudzić podejrzeń Zamawiającego i zrodzić wątpliwości w przedmiocie realności ceny. O tego rodzaju różnicach z pewnością mogą stanowić różnego rodzaju elementy cenotwórcze, które u różnych wykonawców kształtować się będą na różnym poziomie i wpływają na odchylenia w cenach. Zatem, uznać należy, iż zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie znalazł uzasadnienia.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, iż zawiera rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), stwierdzić należy, iż wyżej wskazane okoliczności, skoro nie stanowią dostatecznej podstawy do wdrożenia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny, to tym bardziej, nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do uznania, iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę. Dowody przedstawione przez Odwołującego się, w opinii Izby, również tej okoliczności nie potwierdzają.

Wskazać należy, iż bezsporne między stronami jest, że wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia przedmiotu zamówienia do Bazy Rurowej w Libuszy (§ 2 ust. 1 wzoru umowy) oraz, że do każdej partii rur należy dołączyć, co wynika z § 2 ust. 3 wzoru umowy, m.in. następujące dokumenty: atesty materiałowe, ciśnieniowe, świadectwa badań nieniszczących oraz świadectwo odbioru zewnętrznego (3.2 wg normy PN-EN 10204). Nie budzi wątpliwości, iż realizacja wskazanych obowiązków łączy się z poniesieniem określonych kosztów i wymaga ich uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty. Oferta ISD Trade, (obowiązująca na dzień składania ofert, termin jej obowiązywania zakreślono na dzień 15 listopada 2009 r. i ważna, Odwołujący się nie wykazał bowiem dowodu przeciwnego), na którą powołuje się Przystępujący i na podstawie której, jak wynika z przystąpienia do postępowania odwoławczego, skalkulował cenę własnej oferty, nie obejmuje transportu

10

towaru (na co wskazuje zapis „odbior: FCA Częstochowa Inc. 2000) i co jest między stronami bezsporne. Nie można się jednak zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego się, że koszt transportu stanowi kwotę 42.383,50 zł. Sam Odwołujący się bowiem wskazuje, iż przyjął do kalkulacji transport zewnętrzny oraz że kalkulacji dokonał w oparciu o najtańszą ofertę, którą posiada. Powyższe jednak nie dowodzi, iż Przystępujący będzie korzystał z transportu zewnętrznego, a nie wykona go siłami własnymi. Co więcej, jak oświadcza Przystępujący, dysponuje własnym taborem samochodowym i usługę tę może wykonać samodzielnie, czemu Odwołujący się nie zaprzeczył. Ponadto, fakt, iż Odwołujący się dysponuje ofertą na usługi transportowe na wskazaną kwotę nie oznacza, iż jest to oferta najtańsza spośród możliwych do uzyskania na rynku, a znaczy jedynie tyle, że jest to oferta najtańsza, która znajduje się w posiadaniu Odwołującego się.

Co zaś się tyczy kosztów wykonania odbiorów zewnętrznych (3.2), wyciąg z cennika Huty Stali Częstochowa Sp. z o.o., przedstawiony przez Odwołującego się, nie może mieć rozstrzygającego znaczenia dla ustalenia wysokości kosztów związanych z tym odbiorem. Po pierwsze, nie wiadomo, czy jest to oferta skalkulowana na potrzeby konkretnego wykonawcy, czy też skierowana do wszystkich odbiorców towaru tego producenta. Ponadto, co istotne, nie ma pewności, że dopłaty cennikowe są aktualne. Wątpliwości są tym bardziej uzasadnione, iż ofertę sporządził podmiot inny od tego, który przedstawił ofertę Przystępującemu. Zmiany właścicielskie, o których wspomniał Odwołujący się, zazwyczaj mają istotne znaczenie na politykę finansową i organizacyjną firmy. Stąd, też w żadnym razie cennik ten nie może być przyjęty jako podstawa kalkulacji kosztów odbiorów zewnętrznych. Po drugie, nie ma pewności, jaki podmiot będzie dokonywał odbiorów. Jak wskazuje Przystępujący, nie będzie to dostawca towaru. Natomiast, oferty audytora zewnętrznego, przedstawione przez Odwołującego się, nie mogą być brane przez Izbę pod uwagę, gdyż nie spełniają wymogu, o którym mowa w § 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 187, poz. 1327 ze zm.). Przepis ten przewiduje bowiem obowiązek przedstawienia tłumaczenia na język polski, poświadczonego przez tłumacza przysięgłego, dokumentów sporządzonych w języku obcym. Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba

Odwoławcza stoi na stanowisku, iż Odwołujący się nie wykazał naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Przechodząc do ostatniego aspektu niniejszego sporu, wskazać należy, iż rozpoznaniu podlega zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, z pominięciem zarzutu naruszenia przepisu art. 3 ust. 1 uznk, który nie został podniesiony w proteście (art. 191 ust. 3 ustawy Pzp). Na kanwie tego zarzutu wskazać należy, iż Odwołujący się nie wykazał, że Przystępujący zaoferował sprzedaż przedmiotu zamówienia poniżej kosztów własnych, a tym bardziej, iż transakcja miała na celu eliminację

11

innych przedsiębiorców z rynku. Sama chęć wejścia na rynek, na co wskazuje Odwołujący się, nie oznacza konieczności stosowania metod sprzecznych z tymi, które stanowią metody walki konkurencyjnej. Odwołujący się nie udowodnił również, o czym była mowa wyżej, iż cena sprzedaży przedmiotu zamówienia jest niższa od ceny zakupu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 ze zm.). Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego w przedmiocie przyznania kosztów wynagrodzenia jego pełnomocnika, z uwagi na brak przedłożenia do akt sprawy rachunku określającego ich wysokość (§ 4 ust. 1 pkt 2 lit. b przedmiotowego rozporządzenia).

12

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

13