

Sygn. akt: KIO/UZP 36/07

**WYROK**  
**z dnia 08 stycznia 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Emil Kuriata**  
**Luiza Łamejko**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie\* w dniu ~~/w dniach~~\* **08.01.2008r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakłady Gumowe Bytom S.A., Bytom, Szyby Rycerskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., Katowice, ul. Powstańców 30** protestu ~~/protestów~~\* z dnia 23.11.2007r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego ~~po stronie odwołującego się~~ oraz **Konsorcjum: Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Katowice, ul. Chorzowska 50, Fenner Dunlop Limited (członek Konsorcjum) Hesslewood Country Office Park, Ferriby Road, Hessle, East Yorkshire, HU 13 OPW, Wielka Brytania** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakłady Gumowe Bytom S.A., Bytom, Szyby Rycerskie**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Zakłady Gumowe Bytom S.A., Bytom, Szyby Rycerskie**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 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 15936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładów Gumowych Bytom S.A., Bytom, Szyby Rycerskie.**

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

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę taśm przenośnych polichlorowinyłowych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych dla Oddziałów Kompani Węglowej S.A. w roku 2008r.” Na dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 3 i 7 protest wniosła firma Zakłady Gumowe Bytom S.A.

Odwołujący się zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655), zw. dalej Pzp, w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993r. Nr 47 poz. 211 z późn. zm.), a przez to dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty, która kwalifikuje się do odrzucenia.

Zdaniem Odwołującego się za przyjęciem tezy, że oferta zawiera rażąco niską cenę przemawiają następujące okoliczności:

- zaoferowane przez Wykonawcę ceny jednostkowe netto są odpowiednio o 20 i 15 % niższe od tych, jakie zaoferował w ubiegłorocznym postępowaniu,
- skoro 1 mm okładki kosztuje według Wykonawcy 37 zł to cena jednostkowa zaoferowana w zadaniu nr 3 nie może się utrzymywać na poziomie 133 zł,
- rażąco zaniżenie ceny w zadaniach nr 3 i 7 istotnie rzutuje na całość oferty, gdyż wartość netto tych zadań stanowi ponad 50% udziału w łącznej wartości wszystkich zadań.

Przystępujący do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego – Konsorcjum firm Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) i Fenner Dunlop Limited (członek Konsorcjum) wyjaśniło, iż zgodnie z utrwalonym poglądem punktem odniesienia dla określenia czy cena jest rażąco niska jest wartość przedmiotu zamówienia. Różnica ta wynosi w zakresie zadania nr 3 – 0,2%, a w zakresie zadania nr 7 – 1,2%. Takie niewielkie wahania, zdaniem Konsorcjum, nie pozwalają uznać, że zaoferowane ceny mają charakter niewiarygodny, nierealistyczny w porównaniu do cen rynkowych. Ponadto Protestujący nie przedstawił żadnych kalkulacji, z których wynikałoby, iż zamówienie po zaoferowanej cenie wykonane byłoby poniżej kosztów.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Konsorcjum podkreśliło, że powoływanie się na okoliczności dotyczące innego postępowania nie przesądza o trafności podmiotowego zarzutu. Ponadto jako powody, dla których oferta Konsorcjum zawiera niższe ceny niż w roku poprzednim wskazuje: różnice kursowe, obniżenie kosztów nabycia materiałów, optymalizację kosztów produkcji, precyzyjne zapisy SIWZ dotyczące grubości okładek (zał. nr 1 do SIWZ). Zdaniem Konsorcjum bezzasadny jest również zarzut odrzucenia oferty w całości, gdyż zamówienie zostało podzielone na zadania, zatem mamy więc do czynienia z autonomicznymi, odrębnymi ofertami.

Zamawiający protest oddalił, uzasadniając swoje stanowisko w ten sposób, że skoro ustawa nie definiuje „rażąco niskiej ceny”, to należy przyjąć, zważywszy na cel przepisu, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną. Zdaniem Zamawiającego cena zaoferowana przez Konsorcjum firm: Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o. i Fenner Dunlop Limited nie odbiega w znaczący sposób ani od wartości rynkowej przedmiotu zamówienia ani od ceny zaoferowanej przez Protestującego. Tym samym Zamawiający nie widzi przesłanek do żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W odwołaniu powtórzono zostały zarzuty zawarte w proteście. Ponadto Odwołujący się zarzucił naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp oraz ustosunkował się do argumentów Konsorcjum wyrażonych w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Zdaniem Odwołującego się prawidłowość ustalenia ceny należy badać wieloaspektowo,

a nie jedynie w odniesieniu do cen zaoferowanych przez innych wykonawców czy też do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Ponadto brak wyjaśnienia na czym polega optymalizacja kosztów produkcji. Wątpliwości budzą wyjaśnienia dotyczące obniżenia kosztów nabycia materiałów, w szczególności twierdzenie Konsorcjum, jakoby w ubiegłorocznym postępowaniu zaoferowało okładki o grubości 3 mm grubsze, co z kolei wymaga użycia inaczej zbudowanego rdzenia, a w konsekwencji podraża produkt. Według wiedzy Odwołującego się optymalizacji kosztów produkcji służy unifikowanie w jak największym stopniu wytwarzanych elementów. Zwrócić bowiem należy uwagę, że każda różnica w budowie rdzenia powoduje konieczność uzyskania odrębnych atestów, a tym samym wymaga ponoszenia kolejnych kosztów. Jak wskazuje też praktyka Odwołującego się takich rozwiązań się nie stosuje.

Jeśli chodzi natomiast o taśmy zaoferowane w zadaniu 3 i 4 to koszt ich zakupu jest taki sam, gdyż wykonane są z tych samych materiałów.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadań 3 i 7:

- uchylenie decyzji w sprawie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę,
- odrzucenie oferty Wykonawcy,
- ponowną ocenę złożonych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert wykonawców.

Skład orzekający Izby na podstawie zebranego materiału dowodowego oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje:

Ze zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy oraz wyjaśnień stron wynika, że Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez Zamawiającego cena za przedmiot zamówienia, czyli wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez Zamawiającego powiększona o podatek VAT. Zamawiający dla zadania nr 3 ustalił cenę na poziomie 3 694 380,00 zł, natomiast dla zadania nr 7 – 2 486 970,00 zł. Wybrany Wykonawca zaoferował odpowiednio ceny 3 683 302,00 zł i 2 454 030,00 zł. Zatem różnica pomiędzy wartością zaoferowaną przez Wykonawcę, a ceną ustaloną przez Zamawiającego jest nieznaczna. Ustawodawca nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”, a jedynie nakazuje odrzucić ofertę, która taką cenę zawiera. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w sposób oczywisty, bezsporny zaniżoną. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp tę „zaniżoną” cenę należy odnosić do przedmiotu zamówienia

i ustalonej dla tego przedmiotu wartości. Skoro w rozpatrywanym stanie faktycznym te różnice wynoszą 0,2% i 1,2%, to biorąc pod uwagę oświadczenia stron, że zamówienie zostało oszacowane z należytą starannością, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, że mamy do czynienia z ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Należy bowiem przyjąć, że jakkolwiek wyznacznik wartości zamówienia nie jest ostateczny to z całą pewnością służy podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niska i uruchomieniu procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp, a więc żądania wyjaśnień.

Zdaniem składu orzekającego Izby okoliczność, że Wykonawca zaoferował w ubiegłorocznym postępowaniu ceny jednostkowe netto za taśmę w zakresie zadań 3 i 7 odpowiednio o 20% i 15% niższe nie może stanowić podstawy do oceny czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, gdyż przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazuje na cenę a nie cenę jednostkową netto, którą należy odnosić do przedmiotu zamówienia obecnego, a więc odnosi się do toczącego się postępowania, a nie rozstrzygniętego.

Odwołujący nie wykazał, że Wykonawca jest zdolny, czy też może jedynie zaoferować ceny na poziomie takim jak w ubiegłorocznym postępowaniu, nie potwierdził zatem zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż poniżej kosztów własnych. Żadnego znaczenia nie mają koszty przeciętne, ponoszone przez konkurentów, czy tym bardziej koszty ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem (zob. T. Skoczny, Wykonawcy Szwaja, Komentarz 2000). Należy podkreślić, że sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, iż ewentualna transakcja doprowadzi do eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący się i Wykonawca działają w warunkach konkurencyjnego rynku, tego samego segmentu dostaw, zatem podejmowanie działań służących obniżaniu ceny jest naturalne. Zaoferowanie przez Konsorcjum niższych cen nastąpiło w wyniku optymalizacji kosztów produkcji w celu wzmocnienia konkurencyjności oferty, a nie w celu wyeliminowania konkurencji. Za wiarygodne skład orzekający Izby przyjął stanowisko Wykonawcy, iż na obniżenie kosztów produkcji wpłynęły następujące okoliczności: umocnienie się złotego w stosunku do funta angielskiego, obniżenie kosztów nabycia materiałów (niski kurs dolara amerykańskiego, co ma o tyle istotne znaczenie, że materiały dostarczane są przez rynek azjatycki) oraz precyzyjne określenie w SIWZ wymagań dotyczących okładek, co przyznał również Zamawiający. Różnice kursowe przyjęte na przestrzeni jednego roku dały więc możliwość obniżenia cen o 14%. Odwołujący nie wykazał, że inne czynniki, które wskazał Wykonawca jako optymalizujące koszty produkcji nie wystąpiły i w konsekwencji nie miały wpływu na zaoferowaną cenę.

Należy podkreślić, że zgodnie z treścią art. 188 ust. 1 Pzp strony zobowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący się tymczasem takich dowodów nie powołuje, opiera się na swoim subiektywnym odczuciu i jego zdaniem „zasadach logicznego rozumowania”.

Wobec niepotwierdzenia się faktu, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zarzut dotyczący odrzucenia „całości” oferty, jak i naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, skład orzekający Izby uznał za bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego  
W .....

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*