

Sygn. akt: KIO 1841/13

**WYROK**

**z dnia 12 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **29 lipca 2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o., 40 - 955 Katowice, ul. Lompy 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S. A., 40 - 039 Katowice, ul. Powstańców 30**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o., 40 - 955 Katowice, ul. Lompy 14 i**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o., 40 - 955 Katowice, ul. Lompy 14**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach..

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa rur stalowych kołnierзовych do Oddziałów Kompanii Węglowej w latach 2013-2014. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 maja 2013 roku pod poz. 2013/S 094 - 160631.

W dniu 29 lipca 2013 roku odwołujący – konsorcjum firm Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. (lider) oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności oraz zaniechań zamawiającego w zakresie zadań 17 i 27, objętych niniejszym postępowaniem.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców: Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowe Miner S..... G..... i P..... Ł..... sp. jawna (dalej Miner Sp.j.); Zakłady Produkcyjne B-D S.A. (dalej B-D S.A.) oraz Thomas Sp. jawna T..... S..... (dalej Thomas Sp.j.) – w zakresie zadania nr 17, oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowe Miner S..... G..... i P..... Ł..... sp. jawna oraz Zakłady Produkcyjne B-D S.A. – w zakresie zadania nr 27.

o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż zamawiający nie wywiązał się z ciążących na nim ustawowych obowiązków gwarantujących tym samym zabezpieczenia interesów wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, stwierdzając naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach 17 i 27,
2. wezwania wykonawców: Miner Sp.j., B-D S.A. oraz Thomas Sp.j. w zakresie zadania nr 17 oraz Miner i B-D w zakresie zadania nr 27 do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert w zadaniach 17, 27 oraz dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami związanymi z udziałem w rozprawie fachowego pełnomocnika.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podniósł, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty od niego korzystniejsze cenowo, zaoferowali ceny rażąco niskie. Z podstawowej kalkulacji sporządzonej przez jakikolwiek podmiot fachowo zajmujący się dostawą wyrobów będących przedmiotem zamówienia wynika, że zaoferowane przez wymienionych wyżej wykonawców ceny znacząco odbiegają od cen rynkowych. Odwołujący przedstawił w treści odwołania kalkulację ceny dla zadania nr 17 i 27, wskazując, że minimalne ceny w tych zadaniach winny wynosić odpowiednio: 3 513 801,63 zł oraz 8 030 874,96 zł. Ceny zaoferowane przez wymienionych wykonawców nie zostały skalkulowane w sposób rynkowy, nie zawierały wszystkich kosztów koniecznych do poniesienia w związku z realizacją zamówienia oraz osiągnięcia zysku. Zamawiający był zobowiązany do wezwania wskazanych wykonawców do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie zadania nr 17 samo już porównanie ceny oferty wybranej z wartością szacunkową zamówienia oraz różnica pomiędzy cenami ofert złożonymi powinna prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień. Na marginesie Odwołujący podnosi, że na rażąco niska cena zaoferowana przez Zakłady Produkcyjne B - D S.A. wynikać może z niepoprawności dokumentacji przedłożonej przez tego wykonawcę w postępowaniu. Nie potwierdza ona bowiem w sposób nie budzący wątpliwości, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ. Zamawiający wymagał (wymagania prawne oraz pozostałe wymagane parametry techniczno-użytkowe), aby rury były zgodne z normą PN-EN 10224, PN-84/H-74220, PN- EN 10208-1, PN-EN 10208-2+AC lub równoważną a kołnierze luźne typu: 02 i pierścienie typu 32 zgodne z normą PN-EN 1092-1:2010 lub równoważną. Tymczasem Zakłady Produkcyjne B-D S.A. załączyła certyfikat (str. 182 oferty), z którego wynika zgodność z normą PN-EN 1092-i 1:2010 jedynie w zakresie kompatybilności połączeń kołnierzowych- co nie jest zgodne z pkt C ppkt 4. Załącznika nr 1 do SIWZ.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający ustalił następujące wartości szacunkowe: 3 255 308, 34 zł (dla zadania nr 17) oraz 7 569 565,50 zł (dla zadania nr 27). Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że na realizację zadań przeznaczył odpowiednio: 4 004,029 zł (dla zadania nr 17) oraz 9 310 566 zł (dla zadania nr 27).

Ceny ofert złożonych w zadaniu 17 kształtowały się następująco:

1. Konsorcjum Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o. - 4.671.318,60 zł,
2. THOMAS Sp. j.- 4.588.584,74 zł,
3. B - D S.A. - 4.932.917,46 zł,
4. MINER Sp. j. - 8.013.029,09 zł,

Ceny ofert złożonych w zadaniu nr 27 kształtowały się następująco:

1. Konsorcjum Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o. - 8.714.322,45 zł.
2. B - D S.A. - 9.723.349,26 zł,
3. MINER Sp. j. - 26.161.313,29 zł,
4. THOMAS Sp. j. - 13.218.251,21 zł,

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, zamawiający uzyskał następujące ceny ofert w zadaniu nr 17:

1. B-D S.A. - 2.422.000,00 zł,
2. THOMAS Sp. j. - 2.433.029,00 zł,
3. MINER. Sp. j - 3.499.999,00 zł,
4. Konsorcjum Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o. 4.671.318,60 zł,

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, zamawiający uzyskał następujące ceny ofert w zadaniu nr 27:

1. BD S.A. - 7.307.000,00 zł,
2. MINER Sp. j. - 7.308.000,00 zł,
3. Konsorcjum Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex Sp. z o.o. - 8.714.322,45 zł,
4. THOMAS Sp. j. - 13.218.251,21 zł.

**Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp a na skutek naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy może doznać uszczerbku, w postaci utraty uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego

Na wstępie wskazać należy na brak ustawowego zdefiniowania pojęcia: „ceny rażąco niskiej”, jak również brak wskazania w ustawie jakie różnice w cenach ofert lub porównania z wartością szacunkową zamówienia obligują zamawiającego do zwrócenia się do wykonawców o wyjaśnienia elementów, mających wpływ na wysokość ceny. O konieczności zastosowania procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp winien świadczyć wynik analizy – porównania ceny oferty:

1. z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia, powiększoną o wartość podatku VAT,
2. ze średnią ceną ofert o zbliżonych do siebie cenach,
3. z cenami rynkowymi danych usług, produktów czy robót budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia.

W sytuacji, gdy z przeprowadzonej w powyższy sposób analizy wynika, że cena oferty w sposób znaczny odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, średniej ceny ofert o zbliżonych do siebie cenach oraz cen rynkowych, zamawiający winien wszcząć procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia elementów, mających wpływ na wysokość ceny.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, zamawiający oświadczył w toku rozprawy, że szacowania wartości zamówienia w zadaniach 17 i 27 dokonał w oparciu o realizowane w latach ubiegłych zamówienia oraz zgłoszone potrzeby na rok 2012. Mając na uwadze, obserwowany na rynku, w ostatnich miesiącach, spadek cen stali wskazać należy, że

ustalona w sposób podany przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia jest nieadekwatna do aktualnych realiów rynkowych i nie może być miarodajną wskazówką dla stwierdzenia konieczności zastosowania przez zamawiającego procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Na obserwowaną tendencję spadku cen wskazywał w toku rozprawy zamawiający, składając do akt sprawy wykresy obrazujące spadek cen stali oraz zestawienia przeprowadzonych w ostatnim czasie postępowań przetargowych, w których uzyskał znaczne obniżki cen.

Odnosząc się do drugiego ze wskaźników – porównania ceny oferty z cenami innych ofert w tym postępowaniu, wskazać należy, że w zadaniu 17 – średnia cena grupy ofert o zbliżonych do siebie cenach (oferta B-D S.A. oraz THOMAS Sp. j. i Miner Sp.j.) wynosi ok. 2 785 000zł i różni się jedynie o ok. 300 tys. zł od oferty najkorzystniejszej cenowo i jest wyższa od ceny oferty Miner Sp.j. Zatem nie można stwierdzić, że ceny ofert: B -D S.A, Thomas Sp. j. oraz Miner Sp.j., poprzedzające cenę oferty odwołującego, są znacząco niższe od średniej ceny grupy ofert o cenach do siebie zbliżonych.

Porównanie cen ofert w zadaniu nr 17: B - D S.A, Thomas Sp.j. oraz Miner Sp.j. ze sobą skłania to twierdzenia, że ceny te są cenami zbliżonymi do siebie i są one odzwierciedleniem aktualnie panujących cen rynkowych w tej branży. Ponadto zauważyć należy, że cena oferty odwołującego w zadaniu nr 17 wynosząca 4 671 318,60 zł, przewyższa o ponad 600 tys. zł kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na realizację tego zadania. Może to świadczyć o tym, że cena oferty odwołującego w tym zadaniu jest zawyżona w stosunku do aktualnie panujących cen rynkowych i cen pozostałych ofert.

W odniesieniu do zadania nr 27 dwie oferty z najniższymi cenami: B- D S.A. oraz Miner Sp.j. zawierają ceny bardzo zbliżone do siebie, jedynie cena oferty odwołującego – sklasyfikowana na pozycji trzeciej jest ceną odbiegającą od średniej grupy ceny ofert o zbliżonych do siebie cenach.

Analizując ceny ofert w odniesieniu do aktualnych cen rynkowych, Izba wzięła pod uwagę wskazywaną przez zamawiającego obserwowaną aktualnie tendencję spadku cen stali oraz spadku cen w innych postępowaniach przetargowych. O aktualnie panujących tendencjach na rynku świadczą niezbitnie złożone oferty.

Zarzut dotyczący niepoprawności dokumentacji złożonej przez B-D S.A. został przez odwołującego podniesiony jedynie w kontekście naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i jest przypuszczeniem odwołującego co do powodów zaoferowania przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny oferty.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust.1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....