Sygn. akt KIO 1141/15

WYROK
z dnia 23 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2015 r. przez wykonawcę **T-Mobile Poland S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;
2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **T-Mobile Poland S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1141/15

Uzasadnienie

I. Wykonawca T-Mobile Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako „odwołujący" lub „T-Mobile" - wniósł w dniu 29 maja 2015 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego - Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej z siedzibą w Warszawie („zamawiający") w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Dostawa i montaż routerów obsługujących protokół BGP oraz* świadczenie *usługi dostępu do Internetu na potrzeby projektu ISOK",* znak sprawy: KZGW/ISOK-2/2015. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą" lub „Pzp".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2015 r., nr 2015/S 066-116373.

Odwołujący zawiadomił Izbę składając odpowiednie potwierdzenie w dniu 15 czerwca 2015 r., że z dniem 1 czerwca 2015 r. nastąpiło połączenie spółek - przejęcie spółki T-Mobile Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przez spółkę przejmującą T-Mobile Poland S.A. z siedzibą w Warszawie (te same dane adresowe spółek) oraz, że spółka przejmująca w całości z mocy prawa przejęła wszelkie prawa i obowiązki spółki T-Mobile Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jest uprawniona do występowania, jako wykonawca ze wszelkimi tego skutkami prawnymi (sukcesja wszelkich praw i obowiązków - na mocy art. 494 § 1 Kodeksu spółek handlowych).

II. Zamawiający zawiadomił Prezesa Izby w dniu 12 czerwca (faksem) i w dniu 15 czerwca 2015 r. (pisemnie), że unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 25 maja 2015 r., na podstawie art. 7 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1 Pzp. Wskazał, że wybrał ofertę Orange Polska S.A. jako najkorzystniejszą. Z uwagi na zaproponowaną cenę w ramach kryterium 1 „Cena podstawowa", zamawiający dokonał reasumpcji swojego stanowiska uznając za konieczne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Wobec tego konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie konwalidacja wskazanej wadliwości postępowania.

III. Wobec czynności zamawiającego, odwołujący cofnął, wnosząc pismo

---

w dniu 15 czerwca 2015 oraz przedstawiając stanowisko na posiedzeniu i rozprawie, część zarzutów i żądań oraz uzasadnienia odwołania. W piśmie zamieścił dodatkową merytoryczną argumentację swojego stanowiska odnośnie pozostałych zarzutów.

Treść odwołania - numeracja zgodna z przyjętą w odwołaniu, cofnięte części odwołania zaznaczone kursywą z dopisanym wyrazem **„(cofnięte)".**

II. Zarzuty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Orange"), mimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim cena za abonament, w okresie podstawowym, nie zawiera wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi;
2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211, z późn. zm.), dalej „uznk", przez zaniechanie odrzucenia oferty Orange, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Orange, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na niedozwolonej manipulacji cenami w poszczególnych kryteriach oceny ofert w celu zwiększenia oceny punktowej;
4) *art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Orange do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty Orange, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;* **(cofnięte)**
5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

III. Żądania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3) odrzucenia oferty Orange;
4) *ewentualnie: wezwania wykonawcy Orange do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;* **(cofnięte)**
5) dokonania wyboru oferty T-Mobile jako najkorzystniejszej.

IV. Zachowanie terminu i wymogów formalnych.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej odwołujący otrzymał za pomocą poczty elektronicznej w dniu 25 maja 2015 r., odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a zamawiający otrzymał kopię odwołania.

V. Interes oraz szkoda.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i został sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert

podlegających ocenie punktowej. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Orange, uniemożliwia odwołującemu wybór jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, a tym samym, naraża go na poniesienie szkody polegającej na nie uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Uzasadnienie odwołania.

I. W zakresie zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ.

1. W pkt 14 SIWZ zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty, wskazując, że: *„Ceny abonamentu miesięcznego okresu podstawowego i abonamentu miesięcznego okresu opcjonalnego oraz cena dostawy określone przez Wykonawcę w formularzu ofertowym muszą uwzględniać koszty wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wszelkie inne koszty składające się na realizację zamówienia z uwzględnieniem podatku od towarów i usług VAT, innych opłat i podatków oraz ewentualnych rabatów i upustów."* W § 9 ust. 2 i 4 wskazano: *„Strony ustalają, iż z tytułu* świadczenia *usługi dostępu do Internetu na potrzeby projektu ISOK Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w wysokości: --- zł netto (plus należny podatek VAT) miesięcznie tj. --- zł brutto miesięcznie z tytułu opłaty abonamentowej (...)"* oraz *„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 2 jest jedynym wynagrodzeniem przysługującym Wykonawcy na podstawie niniejszej umowy i obejmuje ono całość jej przedmiotu, w tym w szczególności przeprowadzoną przez Wykonawcę instalację urządzeń oraz okablowania niezbędną do* świadczenia *usługi dostępu do Internetu, a także samą tę usługę."*

2. Ponadto, w odpowiedzi na pytanie 15 (wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 8 maja 2015 r.), zamawiający określił, jakie koszty należy uwzględnić w abonamencie miesięcznym: *„Abonament miesięczny powinien zawierać wszystkie koszty Wykonawcy m.in. takie jak koszt instalacji oraz amortyzacji. Do Wykonawcy należy wyliczenie abonamentu i nie może od dodatkowego miesięcznego oczekiwać Zamawiającego* żadnego *wynagrodzenia."*

3. W ofercie wymagano podania ceny abonamentu okresu podstawowego dla każdej

---

lokalizacji, ceny abonamentu w okresie opcjonalnym dla każdej lokalizacji oraz ceny za dostawę routerów. Wobec powyższych postanowień, nie mogło budzić wątpliwości, że kalkulując ceny ofert, wykonawcy zobowiązani byli do uwzględnienia, odpowiednio w cenie routerów oraz w cenie abonamentu podstawowego, wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi, również tych inwestycyjnych, ponoszonych w okresie technicznego przygotowania do świadczenia usługi (do 2 miesięcy od dnia podpisania umowy). Koszty te są ewidentnie konieczne do poniesienia i należało uwzględnić je w cenie tzw. podstawowej abonamentu miesięcznego, co wynika bezpośrednio z treści SIWZ i załączników do SIWZ.

4. O niemożliwości uwzględnienia kosztów instalacji i uruchomienia usługi (oraz wszelkich innych kosztów związanych z usługą dostępu do Internetu) wyłącznie w cenie abonamentu opcjonalnego z pominięciem abonamentu podstawowego, świadczy fakt, że jedynie wynagrodzenie otrzymywane przez wykonawcę za usługę świadczoną w okresie podstawowym jest wynagrodzeniem minimalnym, którego wykonawca może zasadnie oczekiwać. Istotą opcji jest to, że zakres (w tym przypadku - okres obowiązywania umowy) podstawowy przedmiotu zamówienia jest tym, w jakim zamawiający zobowiązuje się realizować zamówienie, natomiast - zakres objęty opcją może być zrealizowany lub też nie - według uznania zamawiającego. Opcja służy opisaniu zakresu zamówienia, w sytuacji, w której zamawiający nie ma możliwości określenia w momencie sporządzania specyfikacji, pełnego zakresu świadczenia, jakiego będzie wymagał od wykonawcy. Jednocześnie, zamawiający musi określić zakres podstawowy zamówienia, czyli taki, za który wynagrodzenie jest przez zamawiającego gwarantowane, właśnie po to, aby umożliwić wykonawcy rzetelną kalkulację ceny oferty, gdyż niepewność co do szerszego zakresu zamówienia uniemożliwia uwzględnienie w kalkulacji przychodów uzyskiwanych z tego tytułu. Takie rozumienie opcji jest powszechnie przyjęte, mimo braku definicji ustawowej tej instytucji, jak również zostało w ten sposób przyjęte przez zamawiającego (np. § 1 ust. 4 Wzoru umowy: *„Wykonawca wykona usługi objęte zakresem opcjonalnym przedmiotu Umowy wyłącznie na* żądanie *Zamawiającego w formie pisemnego oświadczenia oraz w zakresie* żądanym *przez Zamawiającego.")*.

5. Skoro świadczenie usługi w zakresie (okresie) opcjonalnym nie jest pewne i możliwe do ustalenia na dzień składania ofert, nie jest gwarantowane również

wynagrodzenie jakie może otrzymać wykonawca zgodnie z oferowaną ceną abonamentową opcjonalną. Brak przedłużenia obowiązywania usługi po dniu 30 września 2015 r. ze względu na nieskorzystanie przez zamawiającego z prawa opcji, oznacza, że jedynym wynagrodzeniem otrzymanym przez wykonawcę za świadczenie usługi dostępu do Internetu będzie wynagrodzenie z tytułu abonamentu podstawowego. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, cena abonamentu powinna zawierać w sobie pokrycie wszystkich kosztów

świadczenia usługi dostępu do Internetu, w tym również kosztów budowy łączy i uruchomienia usługi - są to koszty ponoszone w pełnej wysokości niezależnie od okresu trwania umowy.

6. Oferta Orange została sporządzona w sposób niezgodny z ww. postanowieniami SIWZ, gdyż cena abonamentowa nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z zapewnieniem i świadczeniem usługi dostępu do Internetu w okresie podstawowym. W formularzu ofertowym Orange wpisano, że cena brutto abonamentu dla każdej z 8 części (część nr 9 to dostawa routerów, która zgodnie ze Wzorem umowy objęta jest odrębnym wynagrodzeniem - § 9 ust. 1-4 Wzoru umowy) wynosi 0,01 zł. Określenie opłaty abonamentowej w wysokości 0,01 zł miesięcznie przyniesie w okresie podstawowym świadczenia usługi (zakładając, że będą to 3 miesiące) przychód w wysokości 24 groszy za realizację całości usługi. Żadną miarą nie można uznać, że takie wynagrodzenie (brutto) pokrywa wszystkie koszty związane z przygotowaniem i uruchomieniem usługi oraz świadczeniem jej przez wskazany okres.

7. Orange nie było uprawnione, w świetle treści SIWZ, do uwzględniania kosztów świadczenia usługi dostępu do Internetu (co zawiera w sobie zarówno utrzymanie, jak i instalację, budowę łączy i uruchomienie usługi), w okresie podstawowym, w innej cenie niż cena abonamentu za ten zakres zamówienia. Pokrywanie tych kosztów z wynagrodzenia przewidzianego dla dostawy routerów lub zawartego w cenie abonamentu za okres opcjonalny jest sprzeczne z wymaganiami SIWZ. Co więcej skalkulowanie ceny w odmienny sposób niż tego wymagał zamawiający powoduje brak możliwości porównania ofert, o czym szerzej w pkt II odwołania.

II. W zakresie czynu nieuczciwej konkurencji.

1. Orange, składając ofertę w postępowaniu dopuścił się ponadto, czynu nieuczciwej konkurencji, zarówno ze względu na oferowanie wykonania usługi poniżej kosztów jej świadczenia, jak i przez niedozwoloną manipulację cenami zawartymi w ofercie.

2. Przedmiotem zamówienia jest dostawa routerów oraz świadczenie usługi dostępu do Internetu we wskazanych 8 lokalizacjach (częściach). Zamawiający przewidział odrębne wynagrodzenia ryczałtowe dla każdej z części zamówienia. Naruszeniem uczciwej konkurencji jest oferowanie towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia. W tym postępowaniu, oznacza to, że koszty dostawy routerów powinny znaleźć pokrycie w wynagrodzeniu wskazanym jako cena za część nr 9 zamówienia, zaś koszty świadczenia dostępu do Internetu - za cenę abonamentu. Jednocześnie, zamawiający rozdzielił cenę abonamentu za okres podstawowy oraz opcjonalny.

3. Zgodnie z konstrukcją prawa opcji, cena abonamentu za okres podstawowy, gwarantowany przez zamawiającego, stanowi miesięczne wynagrodzenie za usługę dostępu

do Internetu, która obejmuje budowę i podłączenie łączy do lokalizacji zamawiającego, instalację niezbędnych do dostarczenia usługi urządzeń i okablowania oraz utrzymanie usługi (wraz z monitoringiem sieci i zapewnieniem obsługi serwisowej) do dnia 30 września 2015 r.

4. Nie jest możliwe pokrycie kosztów zapewnienia usługi dostępu do Internetu zgodnie z wymaganiami zamawiającego za cenę abonamentu 0,01 zł brutto miesięcznie, którą zaoferowało Orange. Zaoferowana cena, biorąc przy tym pod uwagę ograniczony okres trwania zamówienia w zakresie podstawowym, w żaden sposób nie umożliwia wykonawcy nie tylko uzyskania zwrotu z przeprowadzonych inwestycji, ale nawet - pokrycia kosztów poniesionych na samo utrzymanie usługi w okresie podstawowym. Ponieważ Orange, zarówno w świetle postanowień SIWZ, jak też stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie ma możliwości pokrycia kosztów świadczenia usługi ani z wynagrodzenia przewidzianego za dostawę routerów ani

z abonamentu opcjonalnego (wykonawca nie ma prawa zakładać, że okres opcjonalny zostanie przez zamawiającego wykorzystany) - zaoferowana cena abonamentu jest ceną niższą niż koszty realizacji usługi, co oznacza, iż złożenie oferty ją zawierającej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Sankcją z tym związaną jest konieczność odrzucenia oferty Orange.

5. Czynem nieuczciwej konkurencji jest również manipulacja cenami za poszczególne elementy zamówienia w celu uzyskania wyższej oceny punktowej. Zamawiający ustalił kryteria oceny ofert przyznając oddzielną wagę punktową cenie podstawowej, cenie opcjonalnej, cenie dostawy oraz okresowi gwarancji. Kryteria ceny podstawowej i ceny opcjonalnej miały wagę 45%, przy czym, cena w każdym kryterium jest przeliczana na punkty odrębnie przez przyrównanie sumy cen brutto abonamentu miesięcznego za dany okres w ocenianej ofercie do najniższej zaoferowanej sumy tych cen.

6. Oznacza to, że dla finalnej oceny ofert ma istotne znaczenie, wysokość cen podanych w każdym z kryteriów z osobna, tj. w kryterium „cena podstawowa" i w kryterium „cena opcjonalna". Jest to spójne z postanowieniami SIWZ wymagającymi, aby dana zaoferowana cena pokrywała koszty usługi ponoszone dla jej świadczenia, odpowiednio w okresie podstawowym i opcjonalnym oraz biorąc pod uwagę, że zamawiający może nie wykorzystać w ogóle okresu opcjonalnego. Tylko wówczas, oferty są porównywalne i możliwe jest wyłonienie oferty rzeczywiście najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert.

7. Z oferty Orange wynika, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca zaniżył drastycznie cenę podstawową - w sposób zupełnie oderwany od kosztów ponoszonych w tym okresie - po to, aby w ten sposób uzyskać przewagę punktową nad odwołującym, który (wypełniając obowiązek nałożonego na niego przez zamawiającego)

---

dokonał realnej wyceny elementów zamówienia. Takie działanie Orange stanowi niedopuszczalną w świetle zasad uczciwej konkurencji manipulację cenową, naruszającą dobre obyczaje.

8. Uznanie przez zamawiającego, że oferta Orange jest prawidłowa, narusza nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, ale również prowadzi do naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, gdyż w rezultacie, przez manipulację cenową i niedotrzymanie przez Orange wymagań SIWZ, oferta wybrana jako najkorzystniejsza w oparciu o kryterium ceny (w kryterium pozacenowym obaj wykonawcy uzyskali jednakową ilość punktów, więc nie ma ono wpływu na ocenę ofert) nie jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. Z zestawienia ofert wynika, że Orange w celu zawyżenia punktacji, uwzględniło koszty ponoszone w okresie podstawowym w cenie abonamentu za okres opcjonalny, która jest zdecydowanie wyższa. Sumaryczne porównanie kwoty, którą zamawiający musiałby zapłacić za realizację zamówienia, przy założeniu skorzystania przez niego z prawa opcji wskazuje, że to oferta odwołującego jest ekonomicznie korzystniejsza. Wybór oferty Orange prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

9. Tym samym, złożenie oferty Orange wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jest to działanie sprzeczne z prawem i naruszające dobre obyczaje. W jego wyniku, naruszony zostaje zarówno interes zamawiającego, który dokonuje wyboru oferty nie najkorzystniejszej ekonomicznie i nie odpowiadającej ustalonym kryteriom oceny ofert, jak również - interes odwołującego, który pomimo że dokonał rzetelnej wyceny złożonej oferty i jego oferta jest ofertą najtańszą, wskutek manipulacji Orange został w praktyce pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

10. Dopuszczenie się manipulacji cenowej w celu uzyskania wyższej oceny punktowej, oznacza czyn nieuczciwej konkurencji, którego skutkiem powinno być odrzucenie oferty Orange. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.:

a. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2013 r., KIO 2587/13;

b. Także: wyroki KIO z dnia 26 września 2012 r., sygn. KIO 1934/12; z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. KIO 7/13.

III. W zakresie rażąco niskiej ceny.

1. Odwołując się do już przywoływanych postanowień SIWZ oraz Wzoru umowy, wynagrodzeniem, które otrzyma wykonawca za usługę dostępu do Internetu w okresie podstawowym jest suma cen wskazanych jako ceny podstawowe. Cena zaoferowana przez Orange jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca zakłada, że wykona usługę podłączenia i utrzymania łączy zgodnie z wymaganiami SIWZ za cenę

0,01 zł miesięcznie za łącze. **(cofnięte)**

2. Zgodnie z SIWZ, okres podstawowy świadczenia *usługi będzie obowiązywać do dnia 30 września 2015 r., w tym - na przygotowanie do jej* świadczenia *zamawiający przewidział termin maksymalnie 2 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zakładając,* że *umowa zostanie podpisana z końcem czerwca, zaś wykonawca rekordowo szybko zakończy czynności techniczne uruchamiania usługi, to wynagrodzenie z tytułu opłat abonamentowych naliczane będzie maksymalnie w okresie lipiec-wrzesień, co oznacza, iż cena oferty za okres podstawowy ustalona na poziomie 0,01 zł brutto miesięcznie, przyniesie przychód w wysokości 0,24 zł brutto.* **(cofnięte)**

3. Cena taka jest ewidentnie rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, który niezależnie od szczegółowego sposobu wykonania usługi, pociąga za sobą konieczność poniesienia szeregu kosztów, które Wykonawca musi pokryć z zaoferowanej ceny (wynagrodzenia za zakres podstawowy zamówienia). Każda z dostępnych i dopuszczonych przez zamawiającego technologii wymaga chociażby pracy osób (wynagrodzenie za roboczogodzinę), dostarczenia i zakupu urządzeń, zużycia materiałów i paliwa. Przykładowo wskazać można chociażby następujące wymagania opisu przedmiotu zamówienia, z których każde pociąga za sobą szereg czynników generujących określone koszty, m.in.:

a. świadczenie *usługi dostępu do Internetu na potrzeby projektu ISOK (dla 8 lokalizacji)* - dojazd do każdej z lokalizacji, zakup urządzeń transmisyjnych (routery, modemy), konfiguracja urządzeń transmisyjnych (routerów, modemów), kończących usługę u Klienta, konfiguracja urządzeń transmisyjnych w sieci szkieletowej wykonawcy;

b. *Łącza objęte zamówieniem powinny być doprowadzone do pomieszczenia wskazanego przez zamawiającego znajdującego się w lokalizacjach* - doprowadzenie okablowania przyłączeniowego wewnątrz budynku do wskazanego pomieszczenia, montaż urządzeń we wskazanym pomieszczeniu;

c. *Łącza powinny zostać przystosowane, podłączone i przetestowane przez Wykonawcę do infrastruktury zamawiającego* - fizyczne połączenie urządzeń (patchcordy), testy poprawności działania usługi, poprawa ewentualnych błędów w konfiguracji i okablowaniu;

d. *Wykonawca dostarczy tzw. wkładki GBIC lub moduł równoważny* - koszty zapewnienia GBIC;

e. *Wykonawca zapewni na potrzeby zamawiającego publiczną przestrzeń adresową wydzieloną ze swojej puli o rozmiarze, co najmniej 32 adresowej klasy IP per łącze* - koszty dzierżawy adresacji;

f. *Wykonawca przeprowadzi instalację urządzeń oraz okablowania niezbędnych do dostarczenia Zamawiającemu usługi na własny koszt;*

g. *Łącze zapasowe może wykorzystywać inne medium przesyłu danych niż łącze podstawowe, powinno być przeprowadzone inna trasą (w* żadnym *odcinku nie może przebiegać tak samo jak łącze podstawowe) i powinno być dostarczone z innego centrum dystrybucyjnego dostawcy* - rezerwacja podwójnych zasobów w sieci szkieletowej wykonawcy, konieczność zastosowania podwójnej ilości urządzeń, koszty ewentualnych inwestycji;

h. *Wykonawca zobowiązuje się do bezpłatnego usunięcia powstałych awarii na łączach* - koszty wyjazdów serwisowych, kontrakty serwisowe na urządzenia, stok magazynowy urządzeń;

i. *dostępność służb technicznych 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku* - koszty utrzymania służb technicznych w gotowości, w rygorze 24/7/365;

j. *kontakt serwisowy w trybie 24/7 przez cały okres* świadczenia *usługi, w tym kontakt telefoniczny* - koszty utrzymania call center w gotowości, w rygorze 24/7/365;

k. *Wszelkiego rodzaju prace konserwacyjne sieci muszą być wykonywane w godzinach nocnych oraz po uprzednim 14 dniowym uprzedzeniu Zamawiającego* - dodatkowe koszty pracy w godzinach nocnych;

l. koszty dodatkowe wynikające z uwzględnienia marży, ryzyk kontraktowych i kar umownych.

4. Cena za przedmiot zamówienia w okresie podstawowym zaoferowana przez Orange wypełnia dokładnie ustaloną w orzecznictwie definicję ceny rażąco niskiej jako ceny nierealnej, za którą niemożliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia, niezapewniającej pokrycia nawet minimalnych kosztów świadczenia *usług i oderwanej od realiów rynkowych. Ceny na tak niskim poziomie zawartej w ofercie Orange nie uzasadniają* żadne *obiektywne okoliczności dostępne temu wykonawcy. Tak niska kwota wynagrodzenia wynikająca z oferty wykonawcy powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego, co do rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i skutkować, co najmniej wezwaniem Orange do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a następnie - odrzuceniem oferty tego wykonawcy.* **(cofnięte)**

IV. Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza - w ocenie odwołującego - zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

Wykonawca - Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł w zgłoszeniu przystąpienia o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, poprzedzającym skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie, Izba uznała, że wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, wobec spełnienia wymagań ustawowych skutecznego przystąpienia - zgłoszenie doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej, zachowanie terminu zgłoszenia przystąpienia, wykazanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje (zamawiającego), przesłanie kopii zgłoszenia stronom i nie zgłoszenie przez zamawiającego i odwołującego opozycji przeciw przystąpieniu (art. 185 ust. 2-4 Pzp) - stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym w dalszej części uzasadnienia też „wykonawcą" lub „przystępującym".

Izba ustaliła, że nie zachodzi żadna z przesłanek odrzucenia odwołania, zatem rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Izba uznała, że odwołujący jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta odwołującego została oceniona, jako druga w rankingu ofert, zatem w przypadku udowodnienia zarzutów odwołania w sposób eliminujący z postępowania o udzielenie zamówienia ofertę uczestnika postępowania odwoławczego wybraną jako najkorzystniejszą, odwołujący ma szanse uzyskania zamówienia. Zarzuty przedstawione w dacie wniesienia odwołania wskazują, że odwołujący wykazał się możliwością uzyskania zamówienia w przypadku uwzględniania odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia szkody związanej z udzieleniem zamówienia innemu wykonawcy.

Zgodnie z art. 187 ust. 1 Pzp odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono wpis. Poza przypadkami określonymi w ustawie: -możliwość umorzenia postępowania odwoławczego w razie uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, przy braku przystąpienia innego wykonawcy po stronie zamawiającego, a w razie przystąpienia, o ile nie wniósł on sprzeciwu (art. 186 ust. 2-3 Pzp); -umorzenie postępowania odwoławczego w razie cofnięcia odwołania przez odwołującego (art. 187 ust. 8 Pzp); -odrzucenie odwołania w przypadku wystąpienia jednej z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 Pzp

- Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), rozstrzygając o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Przepisy ustawy nie dopuszczają możliwości pozostawienia odwołania lub poszczególnych jego zarzutów bez rozpoznania (podobnie w wyroku z dnia 22 października 2013 r., sygn. akt KIO 2407/13).

Czynność zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia po wniesieniu odwołania, podlega ocenie pod kątem jej wpływu na rozstrzygnięcie Izby, gdyż

zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp - *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania,* w szczególności, gdy zamawiający wykonuje czynność, której dotyczą zarzuty odwołania. W takiej sytuacji, wpływ czynności zamawiającego na orzeczenie Izby uzależniony jest od rodzaju wykonanej czynności i jej zakresu.

Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej po wniesieniu odwołania, w sytuacji, gdy czynność wyboru oferty stanowi podstawę faktyczną zarzutów odwołania, czy też podjęcie innych czynności przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powoduje skutki porównywalne ze skutkami przyznania faktów w postępowaniu odwoławczym (nie wymaga dowodu).

Zatem, czynność zamawiającego dokonana w toku postępowania odwoławczego miała znaczenie w kontekście dyspozycji przepisu art. 192 ust. 2 Pzp, tj. oceny wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianego jako wybór oferty najkorzystniejszej.

Przez wynik postępowania należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej - art. 2 pkt 7a Pzp (celem postępowania jest wybór oferty, umożliwiający zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego) oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 - *Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.*

Z tych względów, pomimo potwierdzenia niektórych zarzutów podniesionych w odwołaniu, z uwagi na unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, naruszenie przepisów ustawy nie ma wpływu na wynik postępowania, co z kolei stanowi obligatoryjną przesłankę oddalenia odwołania.

Izba rozpoznała zarzuty odwołania podtrzymane przez odwołującego (po uprzednim częściowym cofnięciu wobec czynności wykonanej przez zamawiającego), uznając na podstawie okoliczności przedstawionych w odwołaniu, niekwestionowanych co do faktów, dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, jak niżej.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części, opisał kryteria oceny ofert i ich znaczenie następująco: cena podstawowa 45%, cena opcjonalna 45%, cena dostawy 7%, okres gwarancji 3%.

Skutkiem zaoferowania przez uczestnika postępowania ceny brutto abonamentu miesięcznego za okres podstawowy w ośmiu lokalizacjach (świadczenie usługi dostępu do Internetu na potrzeby Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej i siedmiu Regionalnych

Zarządów Gospodarki Wodnej) w kwocie po 0,01 zł dla każdej lokalizacji (okres podstawowy trwa do 30.09.2015 r. od daty zawarcia umowy), za okres opcjonalny po 3036,00 zł dla każdej lokalizacji (okres opcjonalny uzależniony od woli zamawiającego), było uzyskanie przez tego wykonawcę następującej liczby punktów w kryterium cena podstawowa 45, cena opcjonalna 19,53 (oferta została wybrana jako najkorzystniejsza). Natomiast odwołujący oferując ceny zbliżone za oba okresy z przewagą za okres podstawowy, uzyskał liczbę punktów: cena podstawowa 0,00025, cena opcjonalna 45.

Mając na uwadze:

- opis sposobu obliczenia ceny oferty zamieszczony w pkt 14 ppkt 14.1 SIWZ - *Ceny abonamentu miesięcznego okresu podstawowego i abonamentu miesięcznego okresu opcjonalnego muszą uwzględniać koszty wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wszelkie inne koszty składające się na realizację zamówienia z uwzględnieniem podatku od towarów i usług VAT, innych opłat i podatków oraz ewentualnych rabatów i upustów;*
- treść pkt 8 - *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ)* - załącznik nr 1 do SIWZ, w tym w pkt 2 - *Wymagania w zakresie usług realizowanych w ramach przedmiotu zamówienia dla części 1-8 zamówienia;*
- odpowiedź nr 15 zamawiającego z dnia 8 maja 2015 r. udzieloną na podstawie art. 38 ust. 2 Pzp na zapytanie dotyczące treści SIWZ (pkt 8 SOPZ - załącznik nr 1): *Abonament miesięczny powinien zawierać wszystkie koszty Wykonawcy m.in. takie jak koszt instalacji oraz amortyzacji. Do wykonawcy należy wyliczenie abonamentu miesięcznego i nie może oczekiwać od Zamawiającego* żadnego *dodatkowego wynagrodzenia.";*
- wyjaśnienia złożone na rozprawie, w szczególności przyznanie przez uczestnika postępowania odwoławczego faktu uznaniowego lokowania ceny abonamentu

miesięcznego za okres podstawowy

- Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zaoferowana symboliczna cena 1 gr brutto abonamentu miesięcznego za okres podstawowy w stosunku do wymagań zamawiającego dotyczących tego okresu, wskazuje na fakt nie uwzględnienia w zaoferowanej cenie pełnego zakresu zamówienia wymaganego do świadczenia związanego z okresem podstawowym.

W ocenie Izby, zamawiający również dał wyraz takiemu stanowisku, uznając wybór oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wskazanej ceny jednostkowej, jako wadliwość postępowania wymagającą konwalidacji (pismo z dnia 12.06.2015 r.).

W zawiadomieniu o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający wskazał okoliczności faktyczne wadliwości postępowania: zaproponowana przez przystępującego cena w ramach kryterium 1 - cena podstawowa wymagała reasumpcji

stanowiska zamawiającego oraz uznania za konieczne wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska uczestnika postępowania odwoławczego, że wobec treści SIWZ (brak określenia granic nieprzekraczalnego poziomu cen odpowiadających poszczególnym okresom - podstawowego, opcjonalnego), wykonawca był uprawniony do kształtowania cen jednostkowych w sposób dowolny - wyjaśnienia złożone na rozprawie: *„z opisu pkt 14.1 SIWZ nie wynika* żądanie *zamawiającego, by w konkretnym przedziale okresu podstawowego, czy opcjonalnego nie można by wskazać kwoty dowolnej, gdyby było inaczej, wówczas zamawiający opisałby to w specyfikacji", (…) „skoro zamawiający nie określił tego typu granic w SIWZ w tym postępowaniu, należy wnioskować,* że *wykonawca miał prawo wskazać dowolne kwoty w tej części. Wykonawca bazuje w takim przypadku na ewentualnym zasadzie poniesienia ryzyka."*

Konkludując, wykonawca uznał, że w świetle opisu sposobu obliczenia ceny oferty, opisu przedmiotu zamówienia i wyjaśnień treści SIWZ - był uprawniony do ustalenia kosztów dotyczących poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia w dowolnej części formularza ofertowego.

Izba nie podzieliła też stanowiska, że złożony przez wykonawcę na rozprawie dowód - pismo z dnia 08.06.2015 r. dotyczące zmiany SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez NBP na *„Świadczenie usług drukowania",* wskazujące procentowe granice kalkulacji cenowych w stosunku do ceny oferty służącej do porównania cen ofert (punkt 3 pisma), w przeciwieństwie do regulacji zamieszczonych w SIWZ w tym postępowaniu, potwierdza możliwość dowolnego wykazania cen poszczególnych części zamówienia wobec braku zakazów w SIWZ, takich jakie zamieszczono w postępowaniu w NBP.

Izba wskazuje, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem kształtowanym przez zamawiającego i po upływie okresu przewidzianego na jej kwestionowanie, wiąże zamawiającego i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący złożył do akt sprawy *„Zestawienie cen ofert obu wykonawców z uwzględnieniem okresu podstawowego i opcjonalnego."* Z zestawienia wynikają: ceny abonamentu za okres podstawowy, wynagrodzenie za 2-miesięczny okres podstawowy, wynagrodzenie za 3-miesięczny okres podstawowy; ceny abonamentu za okres opcjonalny, wynagrodzenie za 60-miesięczny okres opcjonalny.

Cena abonamentu za okres podstawowy wynosi: odwołującego 736 300,14 zł,

uczestnika postępowania 389 295,00 zł. Wynagrodzenie za 60-miesięczny okres opcjonalny wynosi: odwołującego 820 065,60 zł, przystępującego 1 889 280,00 zł.

Z przedstawionego zestawienia wskazującego dwa sposoby obliczenia wynagrodzenia wynikają kwoty: w pierwszym przypadku - za 3-miesięczny okres podstawowy oraz 30-miesięczny okres opcjonalny, wynagrodzenie wynosi: odwołującego 1 189 107,42 zł, przystępującego 1 333 935,24 zł oraz w drugim przypadku - za realizację usługi przez 3-miesięczny okres podstawowy i 60-miesięczny okres opcjonalny,

wynagrodzenie wynosi: odwołującego 1 599 140,22 zł, przystępującego 2 278 575,24 zł.

Z analizy zestawienia wynika, że uczestnik postępowania zaoferował za realizację całej usługi wyższe wynagrodzenie, wskazując symboliczną cenę brutto abonamentu miesięcznego za okres podstawowy 0,01 zł.

Przystępujący złożył do akt sprawy zestawienie tabelaryczne przedstawiające: szacunkową wartości zamówienia 2 100 848,25 zł netto, w tym 700 282,75 zł netto na zamówienia uzupełniające oraz kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na okres podstawowy - 417 858,00 zł brutto.

W zestawieniu - tabeli podano kwoty: w pozycji 1 „cena abonamentu w okresie podstawowym (przy założeniu 2 m-cy świadczenia usługi)" - wykonawca 0,16 zł, odwołujący 28 516,32 zł; w pozycji 2 „cena dostawy sprzętu (okres podstawowy)" - wykonawca 389 295,00 zł, odwołujący 736 300,14 zł; w pozycji 3 „łącznie za okres podstawowy (pozycje 1 + 2)" - wykonawca 389 295,16 zł, odwołujący 764 816,46 zł; w pozycji 4 „cena świadczenia usług we wszystkich okresach opcjonalnych" - wykonawca 1 889 280,00 zł, odwołujący 820 065,60 zł; w pozycji 5 „łącznie za okres podstawowy i opcjonalny (pozycje 3 + 4) - wykonawca 2 278 575,16 zł, odwołujący 1 584 882,06 zł.

Na podstawie powyższego wykonawca wywiódł wniosek, że gdyby zamawiający wybrał ofertę odwołującego w zakresie okresu podstawowego, musiałby unieważnić postępowanie (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp).

W orzecznictwie utrwalono pogląd, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, poza charakterem zasadniczym i nieusuwalnym (ze względu na zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), dotyczy niezgodności w zakresie oczekiwania zamawianego wyrażonego SIWZ oraz zobowiązania wykonawcy oferowanego w ofercie, a więc treści oferty.

Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII GA 117/09 orzekł, że obliczenie ceny oferty w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, w sytuacji, gdy sposób obliczenia ceny został w SIWZ określony.

Zatem, odrzucenie oferty następuje w sytuacji merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdy nie jest możliwe jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp *(zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty)*.

Izba uznała w przedstawionych okolicznościach sprawy za znajdujące uzasadnienie zarzuty wskazane w punktach odwołania: I.1 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego z powodu nie uwzględnienia wszystkich kosztów przewidzianych do poniesienia w cenie brutto abonamentu miesięcznego za okres podstawowy, gdyż z ceny 0,01 zł brutto abonamentu miesięcznego za okres podstawowy wynika, że nie może ona zawierać wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem tej usługi w sposób wynikający z opisu zamawiającego zamieszczonego w SIWZ i udzielonych wyjaśnieniach, co czyni uzasadnionym zarzut, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ; I.5 - naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z przyczyn podanych w poprzednim punkcie.

Mimo wskazania jako podstawy faktycznej dwóch pozostałych zarzutów odwołania, również ceny dotyczącej części przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby, okoliczności odpowiadające przesłankom, o których mowa w przepisach art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk oraz w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, przywołanych jako podstawy zarzutów: zaniechania odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego z tego powodu, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający odpowiednio na: sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia oraz niedozwolonej manipulacji cenami w poszczególnych kryteriach oceny ofert w celu zwiększenia oceny punktowej - stanowią domniemanie faktyczne.

Sąd Apelacyjny w Lublinie orzekł w wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa

134/13: „ *(…) możliwość zastosowania przez sąd domniemania faktycznego przewidzianego w art. 231 k.p.c. nie może być interpretowana jako złagodzenie - wynikającego z art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. - obowiązku dowodzenia przez stronę faktów, z których wywodzi ona skutki prawne.”*

Wskazane przepisy uznk stanowią: art. 3 ust. 1. *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta;* art. 15 ust. 1. *Czynem nieuczciwej konkurencji jest*

utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia *albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

„Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować warunkiem realizacji przesłanki o której mowa kumulatywnie. Dodatkowo celu, w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Tak też orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt I ACa 231/07.”

- wyrok Izby z dnia 10 maja 2010 r., sygn. akt 704/10, przywołany przez uczestnika postępowania na rozprawie.

Uczestnik postępowania przedstawił na rozprawie stanowisko, co do zarzucanych czynów nieuczciwej konkurencji, z następującą argumentacją:
- w celu zastosowania art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk odwołujący winien wykazać wszystkie przesłanki przepisu: utrudnianie dostępu do rynku oraz sprzedaż produktów poniżej kosztów ich wytworzenia/świadczenia, w sytuacji, gdy celem czynności wykonawcy jest eliminacja innych przedsiębiorców z rynku. Eliminacja z rynku, o której mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk odnosi się do rynku, na którym działają obaj wykonawcy tj. rynku usług telekomunikacyjnych;
- odwołujący nie wykazał przesłanek, w szczególności, że cena oferty jest rażąca niska, przesłanki niezbędnej do zastosowania art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. W przypadku uznania ceny oferty za rażąco niską, koleją niezbędną przesłanką jest zbadanie, czy oferta została złożona w celu eliminacji innego wykonawcy z rynku. Odwołujący wycofał zarzut rażąco niskiej ceny, na skutek czynności zamawiającego, której efektem będzie badanie ceny oferty uczestnika postępowania, po złożeniu wyjaśnień na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Wykonawca powołał się na orzecznictwo Izby - przywołany wyżej wyrok KIO 704/10 oraz wyrok KIO 1941/09, podnosząc, że wykazanie sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia - wymaga analizy kosztów wytworzenia, której nie przedstawiono w postępowaniu odwoławczym.

Izba podzieliła stanowisko doktryny, że ustawodawca rozróżnił pojęcia „rażąco niskiej

ceny” i „czynu nieuczciwej konkurencji”. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny nie daje możliwości jednoczesnego przypisania wykonawcy czynu nieuczciwej konkurencji.

„W *dyspozycji przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, w tym zakresie konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą, w omawianym przypadku - usług - poniżej kosztów ich* świadczenia. *Po drugie zaś, niezbędne jest jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż usług ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy czy też innych przedsiębiorców, co należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług.”* - wyrok Izby z dnia 2 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1951/09. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2010 r., sygn. akt Apel.-W-wa 2008/4/32 orzekł, że sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jako czynu

nieuczciwej konkurencji, gdyż konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu (np. próba wejścia na rynek).

Odnośnie przepisu art. 3 ust. 1 uznk uczestnik postępowania zasadnie podniósł, że odwołujący nie wskazał normy, a także dobrych obyczajów, które zostały naruszone czynnościami wykonawcy, co również wymagałoby udowodnienia.

Reasumpcja - okoliczności wskazane jako podstawy zarzutów dotyczących czynów nieuczciwej konkurencji, wymagają przedstawienia dowodów zgodnie z przywołanym orzecznictwem.

Oceniając powyższe, Izba uznała potwierdzenie zarzutu przyznanego w toku postępowania odwoławczego - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i w związku z tym art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, mając jednakże na uwadze, że naruszenie przepisów ustawy nie może skutkować uwzględnieniem odwołania w świetle art. 192 ust. 2 Pzp (podobnie w wyroku KIO z dnia 15 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 642/15).

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 Pzp, obciążając odwołującego stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) - koszty wpisu uiszczonego przez odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący: ……