Sygn. akt: KIO 2067/13

WYROK
z dnia 5 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Andrzej Niwicki
Marzena Ordysińska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **"PKP Intercity" Spółka Akcyjna, ul. elazna 59a, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: NEWAG S.A., NEWAG Gliwice S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obcią a **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** na rzecz **"PKP Intercity" Spółka Akcyjna, ul. elazna 59a, 00-848 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z dnia 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) na niniejszy 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 2067/13

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Intercity SA prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „dostarczenie fabrycznie nowych, jednego typu 10 lokomotyw wraz z napędem silnikiem spalinowym z przekładnią elektryczną wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania” Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Suplemencie do Dziennika Urzędowego

Unii Europejskiej w dniu 25 stycznia 2013 r., nr 20, poz. 031639.
Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, zaniechaniu wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej *w* postępowaniu przetargowym, uznaniu oferty konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag i Gliwice S.A. za najkorzystniejszą oraz uniewa nieniu przez Zamawiającego postępowania przetargowego.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uznk art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. w zw. z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, e zło enie oferty przez Odwołującego było sprzeczne z dobrymi obyczajami, utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku, a zatem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś Odwołujący na skutek swoich działań utrudnił innym wykonawcom dostęp do rynku i zagrozi ich interesom w prowadzonym postępowaniu, co w ocenie Zamawiającego czyniło koniecznym odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy realia faktyczne i prawne sprawy nie dają podstaw do uznania zło enia oferty przez Odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji, w tym w postaci utrudniania dostępu do rynku, a dodatkowo Zamawiający pomimo cią ącego na nim cię aru dowodu nie wykazał w jakikolwiek sposób zasadności sformułowanych przez siebie tez; art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 1, 2, 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego de facto z powodu rzekomo nierealnej ceny jednostkowej za świadczenie usług utrzymania, co jest sprzeczne z wykładnią dokonaną w wyroku KIO z dnia 13 czerwca 2013 r., nakazującym Zamawiającemu uniewa nienie czynności wezwania do zło enia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, stanowi odrzucenie oferty z pominięciem obowiązku skutecznego zastosowania procedury wyjaśniającej, nie znajduje oparcia w realiach faktycznych sprawy (z uwagi na brak: nierealności ceny jednostkowej za usługę utrzymania, a tak e jest sprzeczne z obowiązkiem odnoszenia kryterium nierealności (ra ąco niskiej ceny) do ceny za realizację przedmiotu zamówienia, nie zaś do cen jednostkowych; art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez Zamawiającego i sporządzenie, pozornego uzasadnienia

---

czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego; art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, zaniechanie uznania przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty zło onej w prowadzonym postępowaniu; art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 2 pkt 5 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. bezpodstawne uniewa nienie postępowania przetargowego przez Zamawiającego po uprzednim nieprawidłowym uznaniu oferty konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag , Gliwice S.A. za najkorzystniejszą w sytuacji, w której to oferta Odwołującego (nie zaś oferta konsorcjum) była ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, nie było podstaw do jej odrzucenia, a w konsekwencji, nie było podstaw do uniewa nienia Postępowania; art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania na odrzuceniu oferty oraz wykonawców, polegające niezasadnym Odwołującego, bezpodstawnym w tych okolicznościach uniewa nieniu postępowania przetargowego.
Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu uniewa nienia czynności w postaci uniewa nienia postępowania przetargowego, nakazanie Zamawiającemu uniewa nienia czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego; z ostro ności procesowej, na wypadek uznania, i Zamawiający przed uniewa nieniem Postępowania dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty - nakazanie Zamawiającemu uniewa nienie czynności w postaci wyboru i uznania oferty konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag Gliwice S.A. za najkorzystniejszą w Postępowaniu; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako Odwołującego; nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty
najkorzystniejszej w Postępowaniu; obcią enie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zastępstwa procesowego.
W postępowaniu oferty zostały zło one przez trzech wykonawców: 1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.; 2) Vossloh Espana S.A. Hiszpania; 3) Konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag Gliwice S.A. Zamawiający wezwał Odwołującego do zło enia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w celu wyjaśnienia, czy oferta zawiera ra ąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła „cena" świadczenia usług utrzymania lokomotyw. Odwołujący zło ył wyjaśnienia, jednocześnie zaskar ając do Krajowej Izby Odwoławczej czynność Zamawiającego w postaci wezwania. Izba uwzględniła odwołanie, uznając wezwanie za niezgodne z ustawą i nakazując Zamawiającemu uniewa nienie tej czynności.
W myśl rozdziału XIV ust. 1 SIWZ przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierować się będzie następującymi kryteriami: ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia - waga 80% oraz terminem dostawy - waga 20%. Biorąc pod uwagę powy ej określone kryteria, zdaniem Odwołującego, oferta Odwołującego przedstawia

---

najkorzystniejszy bilans ceny i terminu realizacji zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp spośród wszystkich ofert zło onych w postępowaniu.
Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na wypełnienie przez tę ofertę przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.
Zamawiający uznał, e zło enie przez Odwołującego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający odrzucił równie ofertę Vossloh Espana S.A. z uwagi na niezgodność tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W dniu 16 sierpnia 2013 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o uniewa nieniu postępowania przetargowego w oparciu o art 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
Zamawiający uznał ofertę konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag Gliwice S.A. za najkorzystniejszą w Postępowaniu pod względem zaoferowanej ceny (po odrzuceniu dwóch pozostałych ofert), niemniej jednak z uwagi na przekroczenie przez ten podmiot kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przetarg według Zamawiającego podlegał uniewa nieniu.
W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, e Odwołujący w zakresie świadczenia usług utrzymania zaoferował stawkę wynoszącą kwotę 0,01 złotych brutto za 1 km przebiegu pojazdu, w okresie 12 lat świadczenia tych usług. Zaproponowana stawka jest ceną nierealną, bowiem nie jest mo liwe świadczenie usług utrzymania za cenę oferowanej stawki i w tej sytuacji brak jest te przesłanek do uznania, e istnieje pełna gwarancja wykonania świadczenia usług utrzymania. W tych okolicznościach oraz uwzględniając, e na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień z dnia 22 maja 2013 roku, Odwołujący nie zło ył pełnego wyjaśnienia w tym zakresie, uznano, e działania Odwołującego są sprzeczne z dobrymi obyczajami, utrudniającym wykonawcom dostęp do rynku, a zatem stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „Czynem nieuczciwej konkurencji są działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, je eli zagra a lub narusza interes innego; przedsiębiorcy lub klienta". W szczególności czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku (art. 3 ust 2 i art. 15 powołanej wy ej ustawy). Odwołujący na skutek tych działań, uzyskał przewagę nad innymi wykonawcami, w następstwie czego doszło do utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku i zagro enia ich interesom w niniejszym postępowaniu. Mając powy sze na uwadze oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdy „(...) ; zło enie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...)". Zamawiający uznał, e oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na powołany jako podstawa prawna odrzucenia art 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - popełnienie przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji poprzez zło enie

---

oferty w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, samo uzasadnienie odrzucenia dą y do wykazania innej przesłanki odrzucenia oferty - nierealności (ra ąco niskiej) ceny. Odwołujący stwierdził, e Zamawiający nie wskazał adnych argumentów na poparcie swojego stanowiska, e „cena" zaoferowana za świadczenie usług utrzymania jest nierealna, nie daje pełnej gwarancji świadczenia usług utrzymania. W ocenie Odwołującego przywołana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia stanowi obchodzenie wią ącego Zamawiającego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 1294/13. W ocenie Odwołującego podana przez Zamawiającego przyczyna odrzucenia oferty jest pozorna i słu y jedynie zamaskowaniu „pierwotnej", zamierzonej przez Zamawiającego przyczyny

odrzucenia oferty, jaką według Zamawiającego jest rzekomo ra ąco niska cena jednostkowa świadczenia usług utrzymania. To z kolei mo e świadczyć o obchodzeniu przez Zamawiającego przepisów o obligatoryjnym przeprowadzeniu postępowania w trybie art. 90 Pzp przed odrzuceniem oferty z uwagi na nierealność podanej w niej ceny (ceny za realizację zamówienia, nie cen jednostkowych).
Zamawiający zastosował w stosunku do Odwołującego postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 Pzp, a Odwołujący zło ył wyjaśnienia. Odwołujący zło ył odwołanie od tej czynności do KIO, które zostało uwzględnione przez Izbę wyrokiem z dnia 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1294/13). Uwzględniając odwołanie, Izba nakazała Zamawiającemu uniewa nienie czynności postaci wezwania do zło enia wyjaśnień z dnia 22 maja 2013 r. Pomimo faktu, e wezwanie zostało wystosowane, a wyjaśnienia zostały zło one przez Odwołującego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie ma podstaw do twierdzenia, e przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 Pzp, zaś wyjaśnienia Odwołującego z dnia 29 maja 2013 r. są w istocie wyjaśnieniami udzielonymi w tym trybie.
Odwołujący podkreślił tak e brak podstaw do analizowania spełnienia przesłanki ra ąco niskiej ceny w odniesieniu do poszczególnych składników ceny zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający ustala wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym. Zamawiający powołując się na nierealność „ceny" za świadczenie usług utrzymania i niepełność wyjaśnień Odwołującego całkowicie zlekcewa ył wykładnię dokumentów przetargowych, dokonaną przez KIO w powy szym wyroku. Odwołujący podniósł, e Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do zło enia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp z uwzględnieniem uwag poczynionych przez KIO w wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r. Zaniechanie wezwania jest natomiast jednoznaczne z nieprzeprowadzeniem procedury z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp przed odrzuceniem oferty z uwagi na ra ąco niską cenę.
Odrzucenie oferty z uwagi na nierealność ceny jest niedopuszczalne gdy wymaga przeprowadzenia procedury wyjaśniającej przed odrzuceniem oferty z uwagi na ra ąco niską cenę oferty. Zaniechanie jej przeprowadzenia jest w orzecznictwie KIO to same z

niezgodnością z prawem odrzucenia oferty z uwagi, ra ąco niską cenę i uzasadnia uniewa nienie takiej czynności.
Odwołujący podkreślał, e Zamawiający jest związany sporządzonym przez siebie uzasadnieniem oferty, określonymi tam okolicznościami faktycznymi i odrzucenia niedopuszczalne jest potencjalne następcze uzupełnianie przyczyn, dla których oferta winna być odrzucona, a w tym wypadku uzupełnianie przez Zamawiającego postaci czynów nieuczciwej konkurencji, jakich dopuścił się rzekomo Odwołujący składając ofertę w Postępowaniu.
Odwołujący argumentował, e stwierdzenie, e wykonawca zło ył ofertę z ceną nierealną (czyli ra ąco niską) wymagałoby przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Pomimo faktu, e Zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające w tym celu wzywając Odwołującego do zło enia wyjaśnień, czynność ta została uznana przez KIO za niezgodną z prawem. Zamawiający na tym etapie postępowania nie jest władny stwierdzić, e cena, zwłaszcza jednostkowa, jest nierealna, albowiem wymagałoby skutecznego wdro enia procedury wyjaśniającej. Nie ma przeciwwskazań do wzywania wykonawców w trybie art. 90 Pzp do składania wyjaśnień przy cenie ryczałtowej. Wezwanie winno odnosić się do ceny za realizację zamówienia, nie zaś za realizację poszczególnych świadczeń, a w stanie faktycznym sprawy, nie mogło obejmować ądania do przedstawienia szczegółowych zasad kalkulacji ceny z uwagi na takie, a nie inne postanowienia SIWZ.
Odwołujący podkreślił tak e, e pomimo mo liwości ponownego wezwania z zastrze eniem powy szym uwag, Zamawiający po uzyskaniu negatywnego orzeczenia KIO nie wezwał powtórnie Odwołującego do zło enia wyjaśnień co do całości ceny zaproponowanej w ofercie. Tym samym pozbawił się on mo liwości, formułowania twierdzeń o nierealności ceny za realizację zamówienia objętego przetargiem, tym bardziej nierealności cen jednostkowych (niezale nie od braku prawnej mo liwości odnoszenia kryterium ra ąco niskiej ceny składników cenotwórczych).

Odwołujący, podkreślił, e art. 15 ust. 1 pkt 1 uoznk odnosi się do eliminacji konkurentów jedynie w ramach danego postępowania przetargowego, a o zamiar obejmujący eliminację z dostępu do danego rynku towarów i usług. Trudno uznać zło enie oferty przez Odwołującego

utrudnia dostęp do rynku w celu eliminacji konkurencji. Uczestniczenie Odwołującego w prowadzonym przetargu w aden sposób nie wpłynęło na udział konkurentów (NEWAG S.A., Newag Gliwice S.A. czy Vossloh i Espana S.A.) na rynku taboru szynowego. Podmioty te w dalszym ciągu biorą udział w postępowaniach przetargowych w ramach prowadzonej działalności, w wielu wypadkach uzyskując udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący zło ył ofertę z zamiarem wyeliminowania

konkurentów z rynku, ani te nie wykazał, na czym miałoby polegać rzekome uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami przez Odwołującego.
Ka de działanie konkurencyjne mo e negatywnie wpływać na szansę innego przedsiębiorcy na rynku. Zarówno wskazana przez Odwołującego forma utrudniania dostępu do rynku (zani enie ceny), jak i inne formy, są typowymi środkami walki konkurencyjnej i działania takie są, co do zasady, dozwolone. Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie "utrudnianie", które polega na podejmowaniu działań, które uniemo liwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, to jest głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu. Postępowanie *O* udzielenie zamówienia publicznego jest niczym innym, jak rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług.
Odwołujący podniósł, e gdyby Zamawiającemu chodziło o czyn nieuczciwej konkurencji nie wskazany wprost w art. 15 ust. 1 uoznk, to nie sposób zaakceptować, e został on

e popełniony przez

Odwołującego. Konieczne byłoby wykazanie przez Zamawiającego,
zło enie oferty było sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza bądź zagra a interesowi innego przedsiębiorcy.
Zamawiający w zawiadomieniu o uniewa nieniu postępowania wskazał, e w związku z odrzuceniem ofert Odwołującego oraz Vossloh Espana S.A., jedyną wa ną ofertą podlegającą rozpatrzeniu była oferta konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag Gliwice S.A. Konsorcjum to zaoferowało realizację przedmiotu zamówienia za kwotę 211.683.000 złotych brutto, podczas gdy Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 207.378.000 złotych. Zatem kwota zaoferowana przez konsorcjum przewy sza kwotę zaplanowaną na realizację zamówienia o 4.305.000 złotych brutto. Zamawiający nie mo e zwiększyć kwoty zaplanowanej na sfinansowanie zamówienia do ceny zło onej oferty zachodzi konieczność uniewa nienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. z uwagi na to, e wartość oferty najkorzystniejszej przewy sza kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie nie było jednak podstaw ani do uprzedniego wyboru (uznania) oferty konsorcjum za najkorzystniejszą, ani do uniewa nienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Nie została spełniona przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp uzasadniająca odrzucenie oferty Odwołującego, co w rezultacie prowadzi do wniosku, e nie została wypełniona hipoteza art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego jako jedyna - zawierała cenę mieszczącą się w bud ecie zaplanowanym przez Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia.

Na Zamawiającym spoczywał obowiązek wyczerpującego wyjaśnienia spełnienia przez ofertę przesłanek, które czynią czynność w postaci odrzucenia oferty czynnością zgodną z prawem i nienaruszającą zasady równego traktowania uczestników obrotu. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności Zamawiającego, ni zostały im przekazane w informacji o wyborze. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przez lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec Odwołującego, czynności pozbawił go mo liwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego zakwestionowana argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie znalazła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Konsorcjum: NEWAG S.A., NEWAG Gliwice S.A. Odwołujący wniósł opozycję wobec przystąpienia tego wykonawcy. Izba postanowiła o oddaleniu opozycji. Nale y zauwa yć, e art. 185 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje szerokie rozumienie interesu w zgłoszeniu przystąpienia. Izba ustaliła, e wbrew twierdzeniu Odwołującego, Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego na korzyść Zamawiającego (strony, do której przystępuje) Uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do sytuacji, w które Odwołujący miałby mo liwość uzyskania zamówienia. Zamówienia tego wówczas nie uzyskałby Przystępujący.

Izba nie znalazła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak równie biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron zło one w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zwa yła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, e Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z wykonawców, którzy zło yli ofertę w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty

---

Odwołującego wskazał zarówno podstawę faktyczną, jak i prawną odrzucenia oferty Odwołującego. Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, je eli jej zło enie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający powołał się na ten przepis ustawy, jak i wyjaśnił okoliczności faktyczne, jakie stały za rozstrzygnięciem dokonanym przez Zamawiającego. W szczególności Zamawiający wskazał, e zło enie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów e ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał na okoliczność faktyczną,
Odwołujący w zakresie świadczenia usług utrzymania, zaoferował stawkę wynoszącą 0,01 zł brutto za 1 km przebiegu pojazdu w okresie 12 lat świadczenia tych usług. Nadto wskazał, e działania Odwołującego są sprzeczne z dobrymi obyczajami, utrudniają innym wykonawcom dostęp do rynku, a zatem stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, takie uzasadnienie jest zrozumiałe i zawiera wystarczające informacje, niezbędne do ustalenia przyczyn takiego rozstrzygnięcia, jakiego dokonał Zamawiający.

Odnosząc się do oceny merytorycznych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, Izba uznała, e dokonana przez Zamawiającego ocena działań Odwołującego była w pełni zasadna. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, i zło enie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Podkreślenia wymaga, e zawarty w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Za czyn nieuczciwej konkurencji mo e zostać uznane ka de zachowanie wykonawcy, sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nawet je eli nie zostało ono wprost uznane za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 5 i następne ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie, pomimo ryczałtowego charakteru ceny całego zamówienia, Zamawiający wprowadził ró ne kryteria cenowe, dotyczące wysokości zaoferowanej przez wykonawców ceny brutto za dostawę pojazdów oraz ceny brutto za świadczenie usługi utrzymania, rozumianej jako stawka za 1 km przebiegu ka dego pojazdu. Ocena spełnienia tych kryteriów podlegała odpowiedniej punktacji przez Zamawiającego, przy czym waga w kryterium dostawy wynosiła 60%, natomiast waga w kryterium usługi utrzymania wynosiła 20%. W ramach oceny tych kryteriów, Zamawiający oddzielnie dokonywał punktacji za

dostawę i oddzielenie za usługi utrzymania.

Przy takim sposobie sformułowania kryteriów oceny ofert i przyjętych zasadach ich oceny, zasadne było w ocenie Izby postawienie Odwołującemu zarzutu dokonania czynu nieuczciwej konkurencji poprzez manipulowanie kryteriami oceny ofert, celem uzyskania

---

zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy nie stosowali takich praktyk i uczciwie wskazywali cenę. Odwołujący skonstruował strukturę cenową swojej oferty w taki sposób, e umo liwiłoby mu to uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób nie mający nic wspólnego z zasadami uczciwej konkurencji. Za świadczenie usług utrzymania, Odwołujący zaoferował cenę obiektywnie najni szą z mo liwych. Przy zaoferowaniu przez Odwołującego ceny w wysokości 0,01 zł, aden z pozostałych wykonawców nie mógłby zaoferować ceny ni szej. Spowodowało to, przy dokonywaniu przez Zamawiającego oddzielnej oceny kryterium cenowego za usługi utrzymania, uzyskanie przez Odwołującego maksymalnej oceny w zakresie tego kryterium, kosztem innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przy zaoferowaniu przez Odwołującego ceny usługi utrzymania, która to cena nie mogła być ni sza, ocena ofert pozostałych wykonawców w zakresie tego kryterium musiałaby być w sposób bezpodstawny zani ona. Co więcej, nawet zaoferowanie przez pozostałych wykonawców ni szej ceny w innym kryterium - za dostawę pojazdów, mogłoby nie doprowadzić do uzyskania przez nich zamówienia. Cena takich pojazdów musiałaby być zani ona w taki sposób, aby zniwelować przewagę Odwołującego, wynikającą z zaoferowania ceny za usługi utrzymania na najni szym mo liwym poziomie. Prowadziłoby to do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany.
Przy czym nie ulega wątpliwości, e działania Odwołującego zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, a więc ich celem było utrudnienie przez Odwołującego innym wykonawcom dostępu co najmniej do uzyskania niniejszego zamówienia. Stanowi to do wystarczającą przesłankę do uznania, i działania Odwołującego stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w toku postępowania, ani w zło onym odwołaniu w ogóle nie odniósł się do kwestii, czy zaoferowana przez niego stawka za usługi utrzymania wynosząca 0,01 zł jest realna i w jaki sposób zamierza za tę stawkę wykonać zamówienie w zakresie usług utrzymania. Uzasadnione jest twierdzenie, e Odwołujący starał się wręcz uniknąć udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy zaoferowana przez niego cena świadczenia usługi utrzymania odzwierciedla realną strukturę kosztów, związanych ze świadczeniem usług tego rodzaju. Co więcej, Odwołujący utrzymywał, e Zamawiający powinien zwrócić się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie ceny przed odrzuceniem jego oferty, kwestionując jednocześnie dotychczasowe wezwanie Zamawiającego o udzielenie takich wyjaśnień.
Podkreślić nale y, e przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego było uznanie jej zło enia za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Przy tej podstawie odrzucenia oferty, ustawa nie

---

nakłada na Zamawiającego wymogu dokonywania czynności wyjaśniania treści zło onej oferty.

Nieuzasadnione jest tak e, zdaniem Izby, twierdzenie Odwołującego, e zło enie oferty

e przez Odwołującego nie

utrudnia dostępu do rynku innym wykonawcom oraz
uczestniczenie Odwołującego w prowadzonym przetargu w aden sposób nie wpłynęło na udział konkurentów (NEWAG S.A., Newag Gliwice S.A. czy Vossloh i Espana S.A.) na rynku taboru szynowego, bowiem podmioty te w dalszym ciągu biorą udział w postępowaniach przetargowych w ramach prowadzonej działalności, w wielu wypadkach uzyskując zamówienie publiczne. Podnieść nale y, e ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosząc popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji do utrudnienia dostępu do rynku nie określa o jaki dokładnie rynek chodzi. Rynkiem tym mo e być zarówno rynek globalny jak i

lokalny. Wobec tak szerokiego rozumienia pojęcia rynku zawartego w ustawie, popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji mo e być związane z utrudnieniem lub uniemo liwieniem innym przedsiębiorcom uzyskania konkretnego zamówienia. Eliminowanie z rynku nie oznacza wyłącznie sytuacji gdy przedsiębiorca traci byt prawny, lub faktycznie nie mo e uzyskiwać adnych zamówień, ale jest to tak e pozbawianie mo liwości uzyskania konkretnego zamówienia, na skutek zastosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez jednego z wykonawców.

Nawet jeśli kwestionowane zachowanie Odwołującego nie mieści się w hipotezie adnego z wyspecyfikowanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji artykułów (5-17), powstaje uzasadnienie dla jego oceny w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 w/w ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, je eli zagra a lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc „manipulowanie" kryteriami oceny ofert, ceną usługi utrzymania i w konsekwencji ceną oferty, w celu uzyskania zamówienia. Poniewa takie działanie zagra a niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, e działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. W tym zakresie Tym samym stwierdzić nale ało, i działanie Odwołującego wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, tym samym oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

12

W konsekwencji nale ało uznać, e Zamawiający nie naruszył tak e art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, zaś oferta kolejnego wykonawcy zawierała cenę, która przewy szała zaplanowaną na realizację zamówienia.

Mając powy sze na uwadze orzeczono jak w sentencji.

13

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

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……..

……..

14