Sygn. akt: KIO 406/12

WYROK
z dnia 13 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 marca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2012 r. przez **Odwołującego** – **COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - **Centrum Projektów Informatycznych, ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa,**
przy udziale **Wykonawcy** - **ENTE Sp. z o.o., ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice,**
zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - **COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - **COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) 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 406/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych, ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa, prowadzi postępowanie szczegółowe o udzielenie zamówienia publicznego znak postępowania: 2-CPI-ZZP-2244/12 na „Budowę i wdrożenie ogólnokrajowego Systemu Wspomagania Dowodzenia Państwowego Ratownictwa Medycznego (SWD PRM)" w związku z umową ramową zawartą w wyniku postępowania nr 37-CPI-WA-2244/10, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp"). Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione zostało odwołanie wykonawcy COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa od czynności i zaniechań Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp podjętych w toku przedmiotowego postępowania. Odwołujący zarzucał, iż w toku przedmiotowego postępowania naruszono następujące przepisy: art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez ENTE sp. z co. z siedzibą w Gliwicach (dalej „Ente") jako najkorzystniejszej pomimo, iż oferta ta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty Ente jako najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,

3. odrzucenie oferty złożonej przez Ente,
4. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, iż informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 17 lutego 2012r., bowiem w tym dniu Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Ente jako najkorzystniejszej. Odwołanie wnoszone jest zatem z zachowaniem ustawowego terminu. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący wskazywał, iż jest wykonawcą w niniejszym postępowaniu i posiada interes w złożeniu odwołania. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii

dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych „legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp" („Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych” opublikowana na stronie internetowej UZP). Zamawiający, wybierając ofertę Ente jako najkorzystniejszą, pomimo że oferta ta powinna zostać odrzucona, naruszył interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Nie ulega wątpliwości, iż w ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Odwołujący podnosił, co następuje.

Jak wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (notatki szacującej) Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 15.398.883.30 zł brutto. Ente zaoferowało realizację zamówienia za kwotę 6.099.600.00 zł brutto, tj. cenę niższą od szacowanej wartości przedmiotu zamówienia brutto o ponad 60%. Cena zaoferowana przez Ente odbiega nie tylko od wartości przedmiotu zamówienia, ale także od ceny zaoferowanej przez drugiego z wykonawców o ponad 35%. Biorąc pod uwagę przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a także orzecznictwo KIO Zamawiający wezwał Ente do złożenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny. Ente w odpowiedzi na wezwanie przedstawiło wyjaśnienia, jednakże zastrzegło ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd też Odwołujący nie mógł się z nimi zapoznać. Odwołujący wskazywał, iż należy zwrócić uwagę, że Ente zobowiązane było do wskazania obiektywnych czynników, które umożliwiły mu zaoferowanie tak niskiej ceny. Biorąc pod uwagę ceny zawarte w formularzu ofertowym (załącznik nr 3) oraz ceny podane w ofercie składanej w przetargu nieograniczonym na zawarcie umowy ramowej. Ente nie mogło wskazać żadnych obiektywnych czynników, które pozwoliły mu zaoferować realizację zamówienia za cenę o 40% niższą niż ta, która została zaoferowana w przetargu nieograniczonym. Powyższa analiza wskazuje, iż cena zawarta w ofercie Ente jest ceną nierealistyczną, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający zwraca się formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość cen. Następnie. Zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w sposób określony w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wreszcie w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodniania iż cena zaoferowana w jego ofercie nie jest ceną rażąco niską. Potwierdza to m.in. wyrok KIO z dnia 3 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 769/09: *„Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w przywołanym przez odwołującego w treści odwołania wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie, zgodnie z którym: (..) w przypadku wszczęcia procedury ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to na wykonawcy spoczywa ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena jest rażąco niska".* To rolą Wykonawcy jest wykazać w drodze wyjaśnień jakie to okoliczności wpłynęły na to, że cena nie jest rażąco niska. Bowiem przepisy art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp stwarzają domniemanie, że cena oferty wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest rażąco niska. Skoro Ente zgodziło się na takie domniemanie (nie kwestionując wezwania do wyjaśnień), to jego zadaniem było udowodnienie, ze cena nie jest rażąco niska. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast ocena złożonych wyjaśnień i w przypadku stwierdzenia, że wyjaśnienia są niewystarczające tzn. nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny. zobowiązań) jest do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ente wbrew ciążącym na nim ciężarze dowodu nie wykazało, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp musi wskazać konkretne i obiektywne okoliczności, które pozwoliły mu zaoferować tak niską ceną w porównaniu z innymi wykonawcami świadczącymi takie same usługi na tym samym rynku. Czyli nie może opierać swych wyjaśnień o kalkulację kosztów, które prawdopodobnie w żaden sposób nie zostały doprecyzowane, bo te okoliczności w żaden sposób nie rozróżniają go od innych wykonawców. Wyjaśnienia Ente nie mogą być gołosłowne, ale muszą opierać się na konkretnych i obiektywnych elementach, które pozwoliły Ente na zaoferowanie tak niskiej ceny. Ente zobowiązane było do wskazania obiektywnych czynników, które obaliłby domniemanie rażąco niskiej ceny. Standardowe wyjaśnienia dotyczące obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny, które

prawdopodobnie wskazywało Ente w wyjaśnieniach, nie odnoszą się do elementów oferty stanowiących o wyjątkowo sprzyjających okolicznościach przy kalkulowaniu ceny tejże oferty. Są to bowiem czynniki uwzględniane powszechnie przez wykonawców przy kalkulacji ofert w przetargach KIO w wyroku z dnia 14 stycznia 2010r. (sygn. akt: KIO/UZP 1831/09) stwierdza: *„(...) Mimo, iż Zamawiający wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób jednoznaczny wskazał nie tylko pozycje, które wzbudziły jego wątpliwości, podając iż chodzi o ceny materiałów, które mają być użyte do realizacji zamówienia, jak również ceny pracy sprzętu. Odwołujący do tych kwestii się nie odniósł, podejmując polemikę w zakresie zasadności odnoszenia rażąco niskiej ceny do cen jednostkowych, Odwołujący nie kwestionował czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny nie wnosząc na tą czynność środka odwoławczego (protestu). Same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające tak niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, jakich niewątpliwie Odwołujący użył w niniejszym stanie faktycznym, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. akt VI Ca 464 05), gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. A ponieważ składa je podmiot zainteresowany w sprawie to same i do tego ogólnikowe wyjaśnienia nie mogą być obiektywne ".* KIO rozpatrując analogiczny stan faktyczny w wyroku z dnia 12 sierpnia 2010r. sygn. akt 1605/10 orzekło: *„ (…) należy wskazać, iż przesłanką odrzucenia oferty wynikającą z procedur ustalania, czy cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, unormowaną w art. 90 ust. 3 ustawy, jest brak wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny lub ocena wyjaśnień, z której wynika, że oferta zawiera rażąco niską cenę. (...) Izba nie kwestionuje uprawnienia wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości ceny co do wyboru przez niego przyjętej metody kalkulacji i uzasadnienia szczególnych okoliczności wpływających na*

wysokość ceny. Należy jednak zauważyć, że celem wyjaśnień jest obalenie domniemania wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 tj. wykazanie, że przedstawiona cena nie jest rażąco niska. W tym zakresie na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu. W ocenie Izby w przedstawionych wyjaśnieniach wykonawca nie udowodnił wyjątkowo sprzyjających i dostępnych mu warunków wykonania zamówienia. (...) W konsekwencji Izba stwierdza, ze Zamawiający miał podstawy odrzucić ofertę odwołującego z uwagi na domniemanie złożenia oferty z rażąco niską ceną wobec braku wyjaśnień mających potwierdzić, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny ". Argumentacja i orzecznictwo KIO wyżej przedstawione potwierdza, iż Zamawiający powinien także odrzucić ofertę Ente na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

5

Odwołujący argumentował, iż w świetle przedstawionych powyżej uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Ente stanowczego podkreślenia wymaga, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153. poz. 1503, ze zm.) (dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji") czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż zaoferowanie przez Ente rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazywał, iż przedstawione powyżej stanowisko Odwołującego potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in.: „Na *wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontacja produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji".*

Zdaniem Odwołującego argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 27 lutego 2012 r.

6

Zamawiający w dniu 1 marca 2012 r. wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 5 marca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Ente (zwany dalej także „Przystępujący"). Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 12 marca 2012 r. faksem wpłynęło pismo procesowe Ente jako uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego (oryginał przedłożony na posiedzeniu przed Izbą). Odnośnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Przystępujący stwierdzał, że zarzut ten nie został w żaden sposób udowodniony przez Odwołującego ani nawet uprawdopodobniony. We wniesionym odwołaniu Odwołujący ogranicza swoją argumentację do stwierdzenia, że Ente zaoferowało realizację zamówienia za kwotę 6.099.600,00 zł brutto, tj. cenę niższą od szacowanej wartości przedmiotu zamówienia brutto o ponad 60%. Cena zaoferowana przez Ente odbiega nie tylko od wartości przedmiotu zamówienia ale także od ceny zaoferowanej przez drugiego z wykonawców o ponad 35%. Odnosząc się do powyższego argumentu Przystępujący wskazuje, że nawet znacząca różnica pomiędzy szacunkową wartością zamówienia czy drugą ofertą złożoną w postępowaniu nie stanowi żadnego dowodu na złożenie oferty z rażąco niską ceną. Powyższe znajduje pełne potwierdzenie w jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 27 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1730/10, Izba stwierdziła, iż w orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że „za *ofertę z rażącą niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartość".* Nie oznacza to jednak, ze każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09). Ponadto, brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba podziela pogląd, że oceny tej należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym powoływane przez Odwołującego różnice pomiędzy wartością zamówienia, ceną oferty Przystępującego i ceną oferty Odwołującego nie dowodzą w żaden sposób, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, a w szczególności nie stanowią żadnego dowodu na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Powyższe różnice mogą natomiast stanowić podstawę dla wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy

Pzp, tj. dla zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący zresztą pośrednio to przyznaje, stwierdzając w odwołaniu, że, biorąc pod uwagę przepis art. 90 ust 1 ustawy Pzp, a także orzecznictwo KIO, Zamawiający wezwał Ente do złożenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie Odwołujący przyznaje w odwołaniu, że Ente w odpowiedzi na wezwanie przedstawiło wyjaśnienia, jednakże zastrzegło ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd też Odwołujący nie mógł się z nimi zapoznać. Odnosząc się do powyższego stwierdzenia wskazać trzeba, że Odwołujący miał pełną możliwość i prawo zakwestionować dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie złożonych wyjaśnień poprzez wniesienie w ustawowym terminie środków ochrony prawnej. Gdyby Odwołujący to uczynił, być może udałoby mu się doprowadzić od ujawnienia zastrzeżonych przez Przystępującego wyjaśnień i tym samym zyskałby możliwość ich zweryfikowania. Jeżeli jednak Odwołujący powyższego zaniechał to wszelkie konsekwencje tego zaniechania, w szczególności brak możliwości odniesienia się do treści złożonych wyjaśnień i wskazanych w tych wyjaśnieniach obiektywnych czynników oraz załączonych do wyjaśnień dowodów, obciążają tylko i wyłącznie Odwołującego. Tymczasem Odwołujący, przyznając, że z wyjaśnieniami Przystępującego się nie zapoznał, kwestionuje je, stawiając gołosłowne i niczym nie poparte zarzuty. Odwołujący najwyraźniej liczy na to, że Krajowa Izba Odwoławcza wyręczy go w obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie głoszonych twierdzeń i z urzędu zbada oraz oceni wyjaśnienia złożone przez Przystępującego. Takiej postawy Odwołującego nie sposób zaakceptować. Przystępujący w pełni popiera i przyjmuje za własne stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 18 października 2010 r., sygn. akt KIO/2140/10, KIO/2152/10, zgodnie z którym postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony postępowania są zobowiązane w pierwszej kolejności wykazywać dowody na potwierdzenie stawianych zarzutów (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10). Podkreślić należy, że to sam Odwołujący, wskutek braku należytej staranności,

pozbawił się możliwości skutecznego zakwestionowania wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, bowiem nie podważył ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro Odwołujący tego nie uczynił, musi obecnie dokonane zastrzeżenie respektować. W rezultacie cała argumentacja prezentowana przez Odwołującego sprowadza się do snucia przypuszczeń na temat wyjaśnień złożonych przez Przystępującego i stawiania hipotetycznych dowodami ani nie zarzutów, niepopartych żadnymi nawet uprawdopodobnionymi. Odwołujący podniósł dalej w uzasadnieniu odwołania, iż biorąc pod uwagę ceny zawarte w formularzu ofertowym (załącznik nr 3) oraz ceny podane w ofercie składanej w przetargu nieograniczonym na zawarcie umowy ramowej, Ente nie mogło wskazać żadnych obiektywnych czynników, które pozwoliły mu zaoferować realizację

zamówienia za cenę o 40% niższą niż ta, która została zaoferowana w przetargu nieograniczonym. Powyższa analiza wskazuje, iż cena zawarta w ofercie Ente jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia. Powyższe stwierdzenie jest kolejnym przykładem stawiania przez Odwołującego niczym nie popartych zarzutów. Odwołujący w złożonym odwołaniu nie usiłuje nawet uzasadnić, nie mówić już o udowodnieniu, z czego miałoby wynikać, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną nierealistyczną. W szczególności Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, iż cena zaoferowana przez Przystępującego wskazujące na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Tymczasem ustalenie, czy zaoferowana cena pozwala wykonawcy na zrealizowanie zamówienia bez ponoszenia strat a z osiągnięciem zysku, w świetle ustalonego orzecznictwa Izby oraz Sądów Okręgowych ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy dana cena jest rażąco niska czy nie. Przykładowo, w wyroku z dnia 7 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2081/10, Izba wyraziła w tym zakresie następujący pogląd: *okoliczność, iż zaoferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena jest rażąco niska, a tym bardziej nie dowodzi, że została ona skalkulowana poniżej kosztów uzyskania. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) Izba wskazuje, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.* Z kolei w wyroku z dnia 10 września 2010 r., sygn. akt: KIO/1857/10, Izba oddalając zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny, wskazała, że *Odwołujący nie udowodnił też, a nawet nie przedstawił w tym zakresie żadnych argumentów w odwołaniu, jak i w toku rozprawy, że za wskazaną cenę wykonanie zamówienia nie jest możliwe bez osiągnięcia strat po stronie Betacom.* W ten sam sposób postępuje obecnie Odwołujący, bowiem nawet nie próbuje wykazać, że zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego narazi go na straty. Przystępujący oświadczał, że zaoferowana przez niego cena w pełni pokrywa koszty realizacji niniejszego zamówienia oraz gwarantuje osiągnięcie godziwego zysku. Szczegółowe informacje w tym zakresie zawierają wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponieważ jednak wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, a ich zastrzeżenie nie jest kwestionowane przez Odwołującego, Przystępujący nie będzie ich przytaczać w niniejszym piśmie procesowym, również z tego względu, że to nie na Przystępującym spoczywa obecnie ciężar dowodu. Przystępujący zwracał uwagę na jeszcze jedną okoliczność. Odwołujący cały swój wywód rozpoczyna od podkreślenia znaczącej różnicy pomiędzy ceną oferty Przystępującego a szacunkową wartością zamówienia i ceną oferty Odwołującego. Odwołujący skrzętnie pomija przy tym fakt, że takie rozbieżności w cenach są niejako wpisane w charakter niniejszego postępowania i występowały także na etapie postępowania

w celu zawarcia umowy ramowej. Mianowicie w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej dysproporcje pomiędzy cenami złożonych ofert a wartością zamówienia były jeszcze większe niż obecnie. Przypomnieć należy, że Zamawiający oszacował wówczas wartość zamówienia na 77.686.000 brutto, najwyższa cena, zaoferowana przez wykonawcę Consortia Sp. z o.o., wyniosła 56.844.358,32 zł brutto, natomiast najniższa cena, zaoferowana przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., wyniosła 10.495.775,81 zł brutto, a zatem ponad siedmiokrotnie mniej niż szacunkowa wartość zamówienia i ponad pięciokrotnie mniej niż najwyższa z zaoferowanych cen. W

postępowaniu prowadzonym obecnie rozbieżności pomiędzy szacunkową wartością zamówienia i cenami złożonych ofert również wystąpiły, co jest naturalną konsekwencją rozbieżności, które pojawiły się na etapie postępowania w celu zawarcia umowy ramowej, przy czym i tak poziom tych rozbieżności jest znacznie niższy niż w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej. Tym bardziej trudno jest zrozumieć stanowisko Odwołującego, który na etapie postępowania w celu zawarcia umowy ramowej z faktu znacznie większych rozbieżności w cenach niż obecnie nie wysnuwał wniosku o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny w ofertach konkurencyjnych, a czyni to obecnie.

W ocenie Przystępującego jeżeli ceny ofert złożonych w postępowaniu są znacząco niższe od szacunkowej wartości zamówienia, to przyjąć należy, że wartość ta została zawyżona i nie powinna stanowić punktu odniesienia dla oceny, czy cena oferty jest rażąco niska. Przypomnieć należy, że w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały dwie oferty, tj.:
1. oferta Comp S. A. z ceną: 9 493 378,62 zł (brutto) oraz
2. oferta Ente Sp. z o.o. z ceną: 6 099 600,00 zł (brutto)
a wskazana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosi 15 398 883,30 zł. Bez wątpienia zatem kwotę tę uznać należy za zawyżoną i odnoszenie się do niej przy rozstrzyganiu, czy cena jest rażąco niska, nie sposób uznać za prawidłowe. Analogiczne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w szeregu swoich orzeczeń, m.in. w wyroku z dnia 27 sierpnia 2010r., sygn. akt: KIO 1730/10, w uzasadnieniu którego podniesiono, iż: *w niniejszym postępowaniu nie jest możliwe odnoszenie ceny ofertowej Przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o podatek od towarów i usług, albowiem nie tylko cena zaoferowana przez Przystępującego ale i ceny ofertowe zaproponowane przez pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego, znacząco od niej odbiegają.*

Trzeba również zauważyć, że nie tylko Przystępujący, ale również Odwołujący zaoferował Zamawiającemu realizację przedmiotowego zamówienia za cenę znacznie niższą

---

niż ta, która została przez niego zaoferowana w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej. Mianowicie Odwołujący z ceny wynoszącej 14.506.721,79 zł zszedł obecnie do poziomu 9.493.376,62 zł. Powyższe dowodzi, że poszukiwanie oszczędności, zracjonalizowanie kosztów realizacji zamówienia i w ich efekcie istotne obniżenie ceny w stosunku do ceny oferowanej w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej było jak najbardziej możliwe bez narażania się na konieczność wykonania zamówienia bez osiągnięcia zysku a wręcz ze stratą.

Argumentacja prezentowana przez Odwołującego w pozostałej części uzasadnienia zarzutu rażąco niskiej ceny sprowadza się do podnoszenia trzech kwestii, tj. do:
a) przytoczenia przez Odwołującego treści art. 90 ust. 1,2 i 3 ustawy Pzp,
b) zacytowania fragmentów trzech wyroków Izby,
c) wygłoszenia kilku ogólnych stwierdzeń na temat wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, z którymi to wyjaśnieniami Odwołujący się nie zapoznał, co sam przyznaje w odwołaniu.

W ocenie Przystępującego ograniczenie się wyłącznie do przytoczenia treści art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp jest pozbawione sensu, skoro Odwołujący winien wykazać z czego miałoby wynikać naruszenie ww. przepisów przez Zamawiającego, a zwłaszcza dokonanie rzekomo niewłaściwej oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Tymczasem Odwołujący nie usiłuje nawet wykazać powyższego. Nie sposób uznać, że przytoczenie przepisów prawa czyni zadość spoczywającemu na Odwołującym obowiązkowi udowodnienia postawionych zarzutów.

Odnośnie przytoczonych w odwołaniu wyroków KIO/UZP 769/09, KIO/UZP 1831/09 i KIO 1605/10, Przystępujący wskazuje, że są one nieadekwatne do stanu faktycznego istniejącego w niniejszej sprawie. Odwołujący pomija bowiem fakt, że Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia złożone przez Przystępującego i na ich podstawie stwierdził, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską. Powyższe ustalenie

ma natomiast kapitalne znaczenie dla ciężaru dowodu. Obecnie bowiem to nie Przystępujący czy Zamawiający mają udowodnić, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były wystarczające, lecz to Odwołujący winien wykazać, że wyjaśnienia te były niewystarczające i nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny. Powyższe wynika z ustalonej i jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych. Tytułem przykładu wskazać można tutaj na:
1) wyrok z dnia 10 września 2010 r., sygn. akt: KIO/1857/10
W tym zakresie Izba uznała, że ciężar dowodowy wykazania okoliczności ceny rażąco niskiej w ofercie Betacom, z której to okoliczności Odwołujący wywodzi określone skutki prawne w

11

---

postaci konieczności odrzucenia tej oferty, stosownie do art. 6 Kc - spoczywa na Odwołującym.

2) wyrok z dnia 18 października 2010 r., sygn. akt KIO/2140/10, sygn. akt KIO/2152/10
Należy zauważyć, że w sytuacji wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy ceny, to na wykonawcy, którego cena oferty podlega wyjaśnianiu, spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez Zamawiającego ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na odwołującym. Potwierdza to np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 , w którym Sąd stwierdził iż „Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kc, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne" (wyrok KIO z dnia 17 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1068/08).

3) wyrok z dnia 16 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 483/10
Na aprobatę zasługuje w ocenie Izby stanowisko wyrażone przez Odwołującego, że w przypadku niestwierdzenia przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny, wówczas gdyby inny wykonawca chciał taką ocenę zakwestionować, to na nim spoczywałby ciężar dowodu co do wykazania, iż złożone wyjaśnienia są niewystarczające dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 r. sygn. Akt VI Ca 464/05 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07).

4) wyrok z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 281/12, KIO 290/12
Wystąpienie Zamawiającego do wykonawcy w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie faktyczne zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąca niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Domniemanie zaoferowania ceny rażące niskiej ma charakter wzruszalny - może zostać obalone przez wyjaśnienia udzielone przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. Natomiast w postępowaniu przed Izbą przesądzające znaczenie ma pozytywna, bądź negatywna ocena wyjaśnień dotyczących elementów ceny oferty, jeśli Zamawiający nie uznaje złożonych wyjaśnień i dokonuje czynności odrzucenia oferty, to jego obowiązkiem jest dowiedzenie, że (zgodnie z klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k. c. w zw.. z art. 14 Pzp, art. 190 ust. 1 Pzp), uzyskane wyjaśnienia nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej.

12

Natomiast w sytuacji złożenia wyjaśnień, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu spoczywa w całości na Odwołującym.

W ocenie Przystępującego nie budzi żadnych wątpliwości, iż Odwołujący nie uczynił zadość spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu i w żaden sposób nie wykazał, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są niewystarczające i nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny. W szczególności dowodu takiego nie stanowią zawarte w odwołaniu ogólne stwierdzenia na temat wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, przykładowo stwierdzenie, że Ente, wbrew ciążącym na nim ciężarze dowodu nie wykazało, iż jego oferta

nie zawiera rażąca niskiej ceny. Wobec braku jakichkolwiek dowodów i argumentów podważających prawidłowość złożonych przez Przystępującego wyjaśnień Przystępujący może jedynie oświadczyć, że w złożonych wyjaśnieniach wskazał konkretne i obiektywne okoliczności, które pozwoliły mu na zaoferowanie ceny w wysokości 6.099.600,00 zł (brutto), wyjaśnienia te nie były gołosłowne lecz oparte na konkretnych i obiektywnych elementach, wskazano w nich obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny oraz przedstawiono dowody potwierdzające prawidłowość oraz rynkowy charakter dokonanej wyceny. Tym samym zarzut odwołania w tym zakresie jest całkowicie bezzasadny.

Odnośnie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Przystępujący stwierdza, że zarzut ten nie został w żaden sposób udowodniony przez Odwołującego ani nawet uprawdopodobniony. Jednocześnie wszystkie okoliczności wskazane przez Przystępującego w niniejszym piśmie obalają również zarzut czynu nieuczciwej konkurencji. Ponownie, ponieważ Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Przystępujący może jedynie oświadczyć, że zaoferowana przez niego cena za realizację przedmiotu zamówienia nie stanowi sprzedaży towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia, a tym samym hipoteza art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie została tutaj wypełniona. Przystępujący pragnie także wskazać za wyrokiem Izby z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 193/10, KIO/UZP 214/10, iż *fakt bowiem zaoferowania w przetargu nieograniczonym ceny niższej od oferty innego przedsiębiorcy jest przejawem wolnej konkurencji i wolnego rynku, a nie czynem nieuczciwej konkurencji. Takie stanowisko potwierdza również opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 1, poz. 240)." W opinii tej UOKiK wskazał, że „nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione*

---

przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach nakazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy.

Przystępujący w pełni popiera i przyjmuje za własne następujące stanowisko prof. dr hab. Janusza Szwai wyrażone w komentarzu do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: *Trzeba zauważyć, że z istoty swojej, każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szanse innego przedsiębiorcy (konkurenta) na rynku, a tym samym na jego zyski. Ani więc utrudnianie innemu przedsiębiorcy działalności na rynku ani nawet jego całkowite wyparcie z rynku nie może być uznane za per se obce konkurencji. Przeciwnie, jest sensem i celem każdej konkurencji gospodarczej, aby podwyższając jakość swoich towarów lub usług odebrać konkurentom ich klientów. Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie "utrudnianie", które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontacje oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, tj. głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu. W takiej sytuacji pogorszenie sytuacji rynkowej innego przedsiębiorcy lub nawet jego wyparcie z rynku nie jest naturalnym efektem konkurencji; przeciwnie, jest rezultatem wykluczenia go z konfrontacji jakości i cen. Podejmujący takie działania przedsiębiorca poprawia swoją pozycję na rynku nie dzięki poprawie własnej oferty, lecz przez wyeliminowanie konkurenta (tzw. Nichtleistungswettbewerb), (zob. W. Pyzioł, A. Walaszek-Pyzioł, Czyn nieuczciwej konkurencji (analiza pojęcia), PPH 1994, Nr 1, s. 5 oraz cytowaną przez nich pracę A. Baumbach, W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, wyd. 17, Monachium 1993, s. 463, Nb 208). jeżeli więc działania przedsiębiorców, utrudniające dostęp do rynku innym przedsiębiorcom, nie wynikają z istoty konkurencji i są podejmowane przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, mogą one być uznane na gruncie art.*

15 za czyny nieuczciwej konkurencji. Dotknięty takimi działaniami przedsiębiorca podlega ochronie na podstawie ZNKU nie dlatego, że inni przedsiębiorcy utrudniają mu udział w rynku, lecz dlatego, że środki, którymi się posługują, są nieuczciwe. Czyniąc to metodami uczciwymi można doprowadzić nawet do upadku innego przedsiębiorcy. Poszkodowanemu przedsiębiorcy służą roszczenia ochronne i naprawcze, wsparte niekiedy sankcjami karnymi, nie dlatego, że celem jego działania jest uzyskanie wolnej drogi dla zbytu własnych towarów lub usług, ale dlatego, że stosowne przez sprawcę środki są niedozwolone (bezprawne lub

sprzeczne z dobrymi obyczajami) (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. Dr hab. Janusz Szwaja rok wydania 2006, Wyd. C.H. Beck, wyd. 2).

Odnosząc powyższy pogląd do przedmiotowej sprawy wskazać trzeba, że złożenie oferty przez Przystępującego nie uniemożliwiło Odwołującemu rynkowej konfrontacji oferowanych przez niego towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, tj. w tym przypadku ceny. Odwołujący został zaproszony do składania ofert i złożył swoją ofertę. Miał zatem pełną możliwość rywalizować o zamówienie z Przystępującym, a swoboda podejmowania i prowadzenia przez niego działalności gospodarczej nie została w żaden sposób ograniczona. To, że cena oferty Odwołującego okazała się wyższa od ceny zaoferowanej przez Przystępującego nie stanowi jeszcze o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji przez Przystępującego, tj. o utrudnianiu Odwołującemu dostępu do rynku.

Ponadto w ocenie Przystępującego w przypadku zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest udowodnienie popełnienia tego czynu niezbitymi dowodami i ponad wszelką wątpliwość. Powyższe stanowisko Przystępującego znajduje pełne potwierdzenie w ustalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w:
1) wyroku z dnia 29 grudnia 2011 r. sygn. akt: KIO 2672/11, zgodnie z którym:
Niewątpliwym jest, iż jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę Niemniej jednak należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
2) wyroku z dnia 12 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1363/11, zgodnie z którym:
Odwołujący, w ocenie składu orzekającego, nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość, że oferta wybranego wykonawcy podlega odrzuceniu jako że jej złożenie nie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.
3) wyroku z dnia 28 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2222/11, sygn. akt: KIO 2223/11, zgodnie z którym:
(...) ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności

swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).
4) wyroku z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 907/11
(odwołujący się wykonawca - przyp. Przystępujący) zarzut oparł wyłącznie na domniemaniu, w sytuacji, gdy do udowodnienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji wymagane są „niezbite dowody", którymi nie może być nawet uprawdopodobnienie zarzutu (m.in. wyrok KIO z dnia 21 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 965/09, utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 9 lutego 2010 r. sygn. akt V Ca 2446/09).

Wobec powyższego Przystępujący wnosił jak w przystąpieniu do postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, uznaną za ważną, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji (złożono tylko 2 oferty). Ma zatem potencjalną możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, której to możliwości na skutek kwestionowanych czynności i zaniechań Zamawiającego został pozbawiony.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego: dokumentację postępowania (załączoną do akt sprawy sygn. akt KIO 359/12 pierwotnie skierowanej do łącznego rozpoznania ze sprawą niniejszą, w której nastąpiło jednak umorzenie postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia zarzutów odwołania w całości), okazane do wglądu oferty wykonawców w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej, pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 2 marca 2012 r., odpowiedź Zamawiającego z dnia 7 marca 2012 r., pismo Komendanta Głównego Policji z dnia 6 marca 2012 r., kopię umowy ramowej z dnia 9 grudnia 2011 r., ofertę cenową przedłożoną przez Odwołującego (zastrzeżoną jako

tajemnica przedsiębiorstwa). Opinię prywatną dr inż. Jacka W. z Instytutu Informatyki Politechniki Warszawskiej z dnia 12 marca 2012 r. przedłożoną przez Odwołującego Izba uznała za stanowisko Odwołującego posiłkującego się opinią specjalisty, bez przymiotu opinii biegłego.

Izba uznała iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż ustawa Pzp nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji przyjmuje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Zgodnie z orzecznictwem ETS (C-103/88 Constanzo) niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie kryterium arytmetycznego i odrzucanie ofert poniżej pewnego poziomu. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością czy specyfikę danego postępowania. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się na odniesienie również do cen zaoferowanych przez innych wykonawców, gdy zaoferowane ceny znacząco się od siebie różnią oraz do cen rynkowych. Równocześnie należy podkreślić, że sam fakt, że cena oferty jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz cen innych ofert

złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela stanowisko, iż konieczne jest zindywidualizowane podejście do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej, a oceny należy dokonywać uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Nie wolno bowiem zapominać, że: *„zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie*

zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” (wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08).

W treści odwołania Odwołujący podnosił różnicę ceny oferty Ente w stosunku do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia (o ponad 60%) oraz oferty drugiego wykonawcy – Odwołującego (o ponad 35%). Wskazywał również, że w wyjaśnieniach przedstawionych na żądanie Zamawiającego zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca Ente nie mógł wskazać żadnych obiektywnych czynników, które pozwoliły mu na zaoferowanie realizacji zamówienia za cenę o 40% niższą niż ta, która została zaoferowana w przetargu nieograniczonym. Powyższa analiza, zdaniem Odwołującego, wskazuje, iż cena zawarta w ofercie Ente jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia.

Zdaniem Izby odnoszenie się do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego jako wyznacznika tego, czy cena może być uznana za rażąco niską nie jest adekwatne w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy. Jak bowiem wynika z notatki szacującej i co Zamawiający potwierdził na rozprawie, szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia została ustalona w oparciu o cenę oferty najdroższej spośród ofert wykonawców, z którymi zawarto umowę ramową, uwzględniając zmniejszony zakres przedmiotu zamówienia (w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia nie obejmował modułu PKI oraz przełączników i routerów wymienionych w pkt 5.5.1 i 5.5.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej). Wartość szacunkowa zamówienia ustalona została na kwotę 15.398.883, 30 zł (brutto). Powyższe jednak nie uwzględnia tego, że tak ustalone ceny ofert były bardzo zróżnicowane, przy czym najdroższa wynosiła wspomniane 15.398.883, 30 zł (brutto), a najtańsza 8.826.793,04 zł (brutto). Wykonawcy, którzy zaoferowali niższe ceny i których oferty uznano za ważne, zgodnie z postanowieniami zawartej umowy ramowej (§ 5 ust. 8 umowy ramowej) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia szczegółowego nie mogli złożyć oferty zawierającej jakikolwiek element mniej korzystny niż określony w warunkach zaoferowanych przez wykonawcę w ofercie, która stała się podstawą do zawarcia umowy ramowej. Naruszenie tego wymogu skutkowałoby bowiem odrzuceniem oferty. Tym samym wykonawcy byli związani podanymi przez siebie warunkami cenowymi określonymi w załączniku nr 3 do oferty składanej w postępowaniu dotyczącym zawarcia umowy ramowej. Dla Ente cena oferty ustalona przez Zamawiającego z uwzględnieniem zmienionego zakresu przedmiotu zamówienia wynosiła 10.594.600,00 zł brutto i takiej ceny oferta Przystępującego nie mogła przekroczyć. Nie jest zatem adekwatne, jak czyni to Odwołujący, porównywanie ceny zaproponowanej przez Ente do wartości szacunkowej zamówienia, skoro dla tego

wykonawcy punktem odniesienia dla możliwego maksymalnego poziomu ceny oferty była jego własna oferta o znacznie niższej cenie. Tym samym powoływana przez Odwołującego różnica procentowa ceny oferty Ente w stosunku do oszacowania Zamawiającego nie jest prawidłowa, gdyż wykonawca Ente z uwagi na wymogi postępowania szczegółowego nie mógł zaproponować ceny wyższej niż cena jego własnej oferty złożonej w ramach postępowania w celu zawarcia umowy ramowej.

Również bezpośrednie odniesienie do ceny ofertowej Odwołującego jako jedynej w postępowaniu szczegółowym i droższej już na etapie umowy ramowej nie stanowi przekonywującego argumentu dla wniosku, że oferta Ente zawiera cenę nierynkową, a nie że zaproponowana cena uwzględnia element konkurencyjności pomiędzy wykonawcami. Należy bowiem zauważyć, co czyni Przystępujący w swoim piśmie procesowym w dnia 9

marca 2012 r., a Odwołujący tego nie kwestionował, iż w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej dysproporcje pomiędzy cenami złożonych ofert a wartością zamówienia były jeszcze większe niż obecnie. Z kolei w przedmiotowym postępowaniu złożono tylko dwie oferty, stąd trudno powoływać się na cenę oferty Odwołującego jako wystarczający wyznacznik poziomu cen rynkowych. Znaczące dysproporcje w cenach ofertowych składanych w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej wskazują raczej na duże zróżnicowanie rynku i swobodę w kształtowaniu poziomu cen.

Ponadto także okoliczność, że Ente tak znacząco zmniejszyło cenę oferty w stosunku do ceny oferty złożonej w ramach postępowania w celu zawarcia umowy ramowej nie świadczy jeszcze o zaoferowaniu przez Ente ceny rażąco niskiej, ani o braku możliwości wykazania obiektywnych okoliczności umożliwiających taką redukcję. Powyższy argument należy uznać za niewystarczający także w kontekście okoliczności, że znaczące zmniejszenie ceny dotyczyło również oferty Odwołującego – 12.799.682,29 zł wg ustaleń Zamawiającego cena oferty w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej, 9.493.376,62 zł – cena oferty w niniejszym postępowaniu (co ma o tyle znaczenie, że przedmiotem rozważań przed Izbą było, czy Odwołujący, opierając się na przyjętej przez siebie interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnień do niej, nie ujął niepotrzebnie w ofercie dodatkowych elementów zamówienia, które nie były konieczne, zaś wpływały zapewne na zwiększenie ceny ofertowej, a równocześnie, pomimo tego, był w stanie obniżyć znacząco cenę). Niezależnie od powyższego, jako że okoliczność ta nie ma niniejszej sprawie przesądzającego znaczenia, Izba podkreśla, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w tym powoływanym orzeczeniem ETS (C- 103/88), niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucanie ofert poniżej pewnego poziomu bez dania oferentom możliwości

wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Tym samym dopiero wyjaśnienia mogą stanowić podstawę decyzji zamawiającego o uznaniu lub nie złożenia oferty z rażąco niską ceną. Sama znacząca różnica ceny oferty w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia czy średniej ceny pozostałych ofert może jedynie uzasadniać wszczęcie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie może zaś przesądzać wyników tej oceny. Należy zauważyć, że w sytuacji wszczęcia procedury na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez zamawiającego ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na odwołującym. Potwierdza to np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 , w którym Sąd stwierdził iż „Jeżeli *zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kc, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne”* (wyrok KIO z dnia 17 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1068/08). Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje konieczność odrzucenia oferty, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień albo gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie wyjaśnienia zostały złożone. Wprawdzie Odwołujący w treści odwołania zarzucał, iż zapewne Ente złożyło wyjaśnienia standardowe dotyczące obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny, a takie nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, które zdaniem Odwołującego powstaje wraz ze wszczęciem procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jednak równocześnie z argumentacji tej wynika, iż nie czyni on zarzutu, że takie wyjaśnienia należy uznać za równorzędne brakowi wyjaśnień (skutkującemu odrzuceniem oferty w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Skoro zatem nie można uznać, iż wyjaśnienia nie zostały złożone i odrzucić na tej podstawie oferty, Odwołujący winien wykazać, dlaczego Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień, w tym przedstawić dowody uzasadniające twierdzenie, że nie jest możliwym wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Ente. Izba zwraca uwagę na okoliczność, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony postępowania są zobowiązane w pierwszej kolejności wykazywać dowody na potwierdzenie stawianych zarzutów (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010

r. sygn. akt KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10). Zadanie Odwołującego było w tym zakresie niewątpliwie utrudnione, gdyż wyjaśnienia Ente zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednak nie niemożliwe. Odwołujący nie kwestionował zresztą skuteczności powyższego zastrzeżenia, co więcej sam z niego skorzystał w odniesieniu do własnych wyjaśnień, o które także zwrócił się do niego Zamawiający. W ocenie Izby brak możliwości

zapoznania się z wyjaśnieniami nie zwalnia Odwołującego z ciężaru podjęcia choćby próby wykazania, z jakich względów wyjaśnienia przedstawione przez Ente nie mogły potwierdzać, że zaproponowana cena jest ceną rynkową i że można za nią wykonać zamówienie bez ponoszenia strat (por. wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2470/11. KIO 2480/11). W treści odwołania brak jest jakiejkolwiek argumentacji, która odwoływałaby się do specyfiki niniejszej sprawy. Słuszne jest w tym zakresie stanowisko Przystępującego Ente, że zarzuty pozostały gołosłowne. Należy podkreślić, że Odwołujący w treści odwołania ograniczył się do twierdzeń i prezentacji swojego stanowiska, jednak nie poparł go żadną kalkulacją, która wykazywałaby np., że istnieje pewien obiektywnie minimalny poziom cen w ramach przedmiotowego zamówienia, który musi być zachowany, aby wykonać pełen zakres zamówienia, nie ponosząc strat. Na rozprawie Odwołujący w uzasadnieniu podnosił, iż nierealistyczność ceny oferty Ente, a zatem jak należy wnosić, także brak możliwości przedstawienia przekonywujących wyjaśnień uzasadniających tę cenę, wynika z niedoszacowania oferty Ente w pozycji 2 załącznika nr 3 – „dostawa, instalacja i konfiguracja Elementów Systemu niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Systemu, w tym instalacja i konfiguracja w Lokalizacjach dostarczanego przez Wykonawcę Oprogramowania na zapewnianych przez Zamawiającego 240 szt. stanowiskach dostępowych". Wykonawca Ente wskazał za realizację powyższego zakresu kwotę 400.000 zł brutto, co, jak twierdzi Odwołujący, jest kwotą niewystarczającą na pokrycie kosztów wykonania zamówienia w tym zakresie, w szczególności w zakresie koniecznego sprzętu. Wskazywał również na minimalny koszt sprzętu, określając go na poziomie 4.000.000 zł brutto (tak jak w notatce szacunkowej Zamawiającego). Tym samym, biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego, cena zaproponowana przez wykonawcę Ente jest rażąco niska, ponieważ wykonawca ten nie wycenił prawidłowo kosztu realizacji zamówienia w odniesieniu do pozycji 2 załącznika nr 3 – „dostawa, instalacja i konfiguracja Elementów Systemu niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Systemu, w tym instalacja i konfiguracja w Lokalizacjach dostarczanego przez Wykonawcę Oprogramowania na zapewnianych przez Zamawiającego 240 szt. stanowiskach dostępowych". Wykonawca nie może zatem wykonać zamówienia w tym zakresie za podaną kwotę, a brak przesłanek dla przyjęcia, iż koszt sprzętu został przez niego wyceniony w innych pozycjach. Zdaniem Odwołującego wadliwość wyceny pozycji 2 dotyczyła już oferty złożonej w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej, gdzie przedmiotową pozycję wykonawca Ente wycenił na 420.000 zł brutto.

Izba nie podziela stanowiska, iż argumentacja powołana przez Odwołującego jest wystarczająca dla uznania, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Nie odnosi się ona bowiem do przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień (choćby ich hipotetycznej treści), skoro wykonawca Ente w swojej ofercie obniżył wartość kwestionowanej pozycji o 20.000 zł

brutto w stosunku do wartości podanej w ofercie składanej w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej. Dla wyceny oferty zmiana ta miała zatem wymiar nieistotny, bagatelny. W istocie w takiej sytuacji, na którą wskazuje Odwołujący, żadne wyjaśnienia wykonawcy bez zmiany wielkości kwoty wskazanej w pozycji 2 załącznika nr 3 nie dałyby oczekiwanego przez Odwołującego rezultatu, a to z kolei było niedopuszczalne z uwagi na zakaz przedstawiania oferty mniej korzystnej w stosunku do oferty złożonej w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej. Należy podkreślić, iż Zamawiający odtajnił załącznik nr 3 i 3a w ofercie Ente (niezasadnie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa) i przekazał go Odwołującemu 22 lutego 2012 r., toteż Odwołujący posiadał wiedzę, w zakresie jakich pozycji nastąpiło obniżenie ceny ofertowej Ente. Żadna argumentacja w tym zakresie nie została jednak w toku postępowania przed Izbą zaprezentowana. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż postępowanie szczegółowe i ofertę składaną w tym

postępowaniu należy rozpatrywać niezależnie od postępowania w celu zawarcia umowy ramowej i składanej wówczas oferty. Nie jest to bowiem postępowanie w pełni samodzielne, gdyż wykonawców wiążą oświadczenia zawarte w składanych wówczas ofertach, w tym co do poziomu cen, a okoliczność ta była weryfikowana przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania (Zamawiający w toku badania i oceny ofert weryfikował, czy wykonawcy nie zaoferowali warunków mniej korzystnych niż wynikające z oferty złożonej w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej). Ponadto celem wykonawcy nie jest zawarcie umowy ramowej, gdyż w sytuacji zawarcia takiej umowy z kilkoma wykonawcami, składający ofertę nie ma pewności uzyskania zamówienia, lecz zawarcie umowy z Zamawiającym na realizację zamówienia. Tym samym, zdaniem Izby, argumentacja oparta na wycenie pozycji nr 2 załącznika nr 3, która została już zweryfikowana przez Zamawiającego oraz wykonawców w poprzednim postępowaniu (nie złożyli środków ochrony prawnej w tym zakresie), a która w obecnej wycenie ofertowej ma znaczenie marginalne, nie jest wystarczająca dla wykazania zaistnienia przesłanki rażąco niskiej ceny. Wykonawca Ente miał bowiem prawo oczekiwać, że ustalone przez niego maksymalne poziomy wyceny poszczególnych pozycji nie będą już kwestionowane. Ponadto, zdaniem Izby, należy zwrócić uwagę, na duże zróżnicowanie sposobu kalkulacji cen ofert w ramach postępowania w celu zawarcia umowy ramowej także w zakresie pozycji 2. Nie jest więc tak, że podawany przez Odwołującego poziom cen był spójny w złożonych ofertach. Wręcz przeciwnie poziom wyceny pozycji nr 2 wskazywany przez Odwołującego (4.000.000 zł brutto) był raczej wyjątkiem niż regułą. Dodatkowo powyższy poziom kosztów sprzętu, jak również przyznawał Odwołujący, należało odnosić do oferty najdroższej, której wartość stała się podstawą dla ustalenia wartości szacunkowej. Nie był to zatem poziom zobiektywizowany, dotyczący (minimalnych) cen rynkowych sprzętu niezbędnego dla realizacji zamówienia. Co więcej, jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący, a Odwołujący temu nie zaprzeczał, na etapie

składania ofert wykonawcy nie musieli precyzować dokładnych komponentów systemu. Tym samym dokonana przez nich wycena opierała się na przyjętych przez nich założeniach wynikających z planowanej koncepcji realizacji zamówienia, przy czym koncepcja ta nie była znana żadnemu z konkurentów. W przedmiotowym przypadku należy jednak podkreślić, że Odwołujący nie zdołał wykazać nawet minimalnego zakładanego poziomu kosztów. Przedstawione przez niego dowody w postaci ofert cenowych Izba uznała za niewystarczające dla prezentacji ani możliwie szerokiego spektrum rynku ani minimalnego poziomu cen. Ponadto dotyczyły one okoliczności, która z punktu widzenia wyjaśnień, nawet bez zapoznania się z ich treścią, nie mogła mieć znaczenia kluczowego. Odwołujący nie był też w stanie wskazać postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z których wynikałby sposób, w jaki należało uwzględnić poszczególne elementy zamówienia w konkretnych pozycjach. Przywoływane przez Odwołującego postanowienie 9.4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy ogólnego sposobu wypełnienia załącznika nr 3 zgodnie ze wzorem. Tym samym w ocenie Izby brak jakiegokolwiek dowodu, iż wykonawca nie miał możliwości kalkulacji cen niezbędnego sprzętu w ramach innych pozycji, na co powoływał się wykonawca Ente. Odwołujący nie przedstawiał argumentacji dotyczącej innych pozycji wyceny ani dotyczącej niemożliwości realizacji zamówienia za łączną cenę podaną przez Ente w ofercie. Ponadto Odwołujący, kwestionując prawidłowość wyceny oferty Ente odnosił się wyłącznie do jednej z cen jednostkowych, która, jak wskazano powyżej, uległa w ofercie Ente jedynie nieznacznemu zmniejszeniu w stosunku do poziomu ceny z oferty złożonej w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej. Znaczna obniżka ceny łącznej była spowodowana poprzez obniżenie cen w innych pozycjach (np. pozycje 1, 5, 6, 7), do których Odwołujący w ogóle się nie odniósł. W istocie Odwołujący kwestionuje zatem prawidłowość pierwotnej kalkulacji już pierwszej ceny jednostkowej pozycji 2, nie odnosi się natomiast do okoliczności decydującej zgodnie z ustalonym orzecznictwem o zaistnieniu rażąco niskiej ceny – całościowej ceny oferty, a zatem, że nie sposób wykonać zamówienia za powyższą cenę (por. wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 287/10 „Oferta *zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym Wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie Wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia”).* Izba nie podziela także stanowiska odnośnie braku uwzględnienia przez Ente zmienionych założeń realizacji projektu, które jakoby wynikałby z

odpowiedzi na pytanie nr 30 (wyjaśnienia z dnia 2 lutego 2012 r.). Zdaniem Izby powyższe dotyczy interpretacji postanowień SIWZ, a nie bezpośrednio kwestii złożenia oferty z rażąco niską ceną. Ponadto przyjęcie, że Zamawiający zmienił wymagany opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wpływałoby to niekorzystnie na sposób wyceny zamówienia w

ofercie składanej w celu zawarcia umowy ramowej, byłoby sprzeczne z istotą umowy ramowej oraz ograniczeniami wynikającymi z jej zawarcia. Zgodnie z zasadami wynikającymi z SIWZ weryfikacja prawidłowości rozwiązań proponowanych przez wykonawców następować będzie dopiero na etapie projektu technicznego i oceny w tym zakresie należy uznać za przedwczesne.

Co do wyjaśnień kwestionowanych ogólnie przez Odwołującego, a objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, w ocenie Izby, nie sposób postawić im zarzutu ogólnikowości, braku precyzji czy nieadekwatności. Odnoszą się one do pozycji, w których nastąpiło obniżenie cen, uwzględniają zindywidualizowane, obiektywne okoliczności odnoszące się do wykonawcy składającego wyjaśnienia oraz zostały poparte dowodami. Na ich podstawie Zamawiającemu nie można zatem stawiać zarzutu, iż niezgodnie z przepisami ustawy Pzp dokonał wyboru oferty z rażąco niską ceną, gdyż taka okoliczność z nich nie wynikała. Odwołujący nie zdołał natomiast dowieść, iż sposób kalkulacji ceny ofertowej, jak uczynił to wykonawca Ente w swojej ofercie, jest niemożliwy bez ponoszenia strat.

Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała zarzut za bezzasadny. Odwołujący w odwołaniu podnosił, że w świetle uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Ente jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że zaoferowanie przez Ente rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższy zarzut dotyczy zatem naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Dla wyczerpania dyspozycji tego

przepisu niezbędnym pozostaje zatem 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 kumulatywnie. Dodatkowo warto zauważyć, że warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa 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 roku sygn. akt I ACa 231/07. Izba podnosi, że Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż złożenie oferty z rażąco niską ceną, a za taką uznawał ofertę Ente, stanowi równocześnie czyn nieuczciwej konkurencji opisany w

ww przepisie. Jako że zdaniem Izby zarzut złożenia przez Ente oferty z rażąco niską ceną nie potwierdził się, tym samym także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za niezasadny. Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek niezbędnych dla przyjęcia, iż złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okoliczność, że zaoferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska lub została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia.

Należy podkreślić, że sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców jest tylko przykładowym przejawem czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Jednakże nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest równocześnie czynem nieuczciwej konkurencji. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrażonym w „Interpretacji nowelizacji przepisów …..", na które powoływał się także Odwołujący, jest nim tylko takie utrudnianie dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało muszą zostać spełnione przesłanki z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za takie będą więc uznane tylko takie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 tej ustawy) – są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje

---

działania które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z rynku ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z powyższym uznać należy, że samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdy zarzut tak jak w treści niniejszego odwołania dotyczy sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia) i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej. Zdaniem Izby, Odwołujący na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 6 kc nie wykazał popełnienia przez Ente czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte dowodami.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący nie formułował odrębnego uzasadnienia dla powyższych zarzutów, co oznacza, iż należy je wiązać z zarzucanym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 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).

Przewodniczący: ……...