

WYROK
z dnia 8 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 lutego 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 stycznia 2017 r.** przez wykonawcę **Apator Rector Sp. z o. o., ul. Dąbrowskiego 69; 65-021 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych we Wrocławiu al. Jana Matejki 5; 50-333 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Apator Rector Sp. z o. o., ul. Dąbrowskiego 69; 65-021 Zielona Góra** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **Apator Rector Sp. z o. o., ul. Dąbrowskiego 69; 65-021 Zielona Góra** 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 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Aktualizacja wojewódzkiej bazy danych ewidencji wód, urządzeń melioracji wodnych oraz zmeliorowanych gruntów wraz z wprowadzeniem danych do nowego oprogramowania GIS” - Znak sprawy: W-AM.3520.1.2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 146-264820 z 30.07.2016 r., przez Dolnośląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych we Wrocławiu al. Jana Matejki 5; 50-333 Wrocław zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 17.01.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów zwanej dalej: „MGGP S.A.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Apator Rector Sp. z o. o., ul. Dąbrowskiego 69; 65-021 Zielona Góra zwanej dalej: „Apator Rector Sp. z o. o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 27.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Apator Rector Sp. z o. o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 17.01.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.01.2017 r. (e-mailem). Zaskarżył następujące czynności Zamawiającego:

1. wyboru we wskazanym postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez MGGP S.A. co jest wynikiem błędnego uznania przez Zamawiającego, że wybrana oferta nie zawiera rażąco niskiej
2. uwzględnienia przez Zamawiającego złożonych przez MGGP S.A. wyjaśnień w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty
3. nieodrzużenia oferty MGGP S.A. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę
4. niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- Art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez przyjęcie, że złożone przez MGGP S.A. wyjaśnienia są prawidłowe i uzasadniają przyjęcie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska

3

-
- Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej podczas gdy Zamawiający winien ofertę odrzucić jako zawierającą rażąco niską cenę.
 - Art. 91 ust 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej poprzez Odwołującego
 - Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP S.A., pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
 - Art. 7 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności polegających na ponownym badaniu ofert, odrzucenia oferty MGGP S.A. jako stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji alternatywnie zawierającej rażąco niską cenę
2. Dokonanie wyboru oferty składającego odwołanie, jako oferty najkorzystniejszej.
3. Nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
4. Zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” zawarł w sposób szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wskazał, jakiemu celowi służyć ma prowadzone przez niego postępowanie. Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny, a także głównym celem Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Powyższa zasada jest jedną z podstawowych zasad w postępowaniu zamówieniowym i jako taka musi być respektowana w pełnym zakresie, począwszy od etapu przygotowania zamówienia, przez procedurę, aż po wybór oferty najkorzystniejszej. Oznacza ona jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez preferowania jednych i dyskryminowania innych wykonawców ze względu na ich właściwości. Przestrzeganie tej zasady polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, a nierówne traktowanie wykonawców przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów lub w wyciąganiu różnych następstw z takich samych okoliczności (tak też w wyroku KIO sygn. akt: KIO 589/13). Tymczasem w prowadzonym postępowaniu Zamawiający nie zachował podstawowych zasad obowiązujących w jego przeprowadzeniu.

4

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust 1 i art. 90 ust 3 i art. 7 Pzp poprzez przyjęcie, że złożone przez MGGP S.A. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty są prawdziwe; i dokonanie wyboru oferty z rażąco niską ceną zamiast jej odrzucenia wybór oferty z rażąco niską ceną.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez MGGP S.A.,

której cena wynosząca 1574 400,00 zł brutto, jest w ocenie Odwołującego ceną rażąco niską w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego w udostępnionej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Cena oferty MGGP S.A. wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej jest również ceną niewiarygodnie niską, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych realizacji niniejszego zamówienia czego uzasadnienie przedstawiamy poniżej.

Zamawiający ogłosił, że na realizację niniejszego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 7 275 450,00 zł brutto.

W tej sytuacji zgodnie ze stanowiskiem orzeczniczym Zamawiający powinien wezwać MGGP S.A. do przedstawienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a po ich przedstawieniu wyjaśnienia te ocenić niezwykle starannie, analizując realność zawartych w nich treści, uważając przy tym, czy nie zawierają one podstaw do uznania, że złożona oferta zawiera także naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W wyroku sygn. akt KIO 263/16 KIO stwierdziła co następuje:

„1. Obowiązkiem zamawiającego jest przeprowadzenie procedury wyjaśniającej - gdy zachodzą do tego ustawowe przesłanki - w sposób rzetelny. Obowiązek ten wpisuje się w podstawową zasadę z art. 7 ust 1 p.z.p., w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo, zgodnie z art. 7 ust 3 p.z.p., zamówienie udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Również z tego przepisu można wyprowadzić obowiązek należytej weryfikacji wyjaśnień wykonawcy, co do zaoferowanej ceny. Przeprowadzenie procedury z art. 90 ust. 1 p.z.p. w sposób powierzchowny, poprzestanie na ogólnym wezwaniu i "zadowolenie się" ogólnymi wyjaśnieniami wykonawcy, narusza prawa innych wykonawców, którzy mogą oczekiwać od zamawiającego, jako gospodarza postępowania, takiego prowadzenia postępowania, które daje rzeczowe podstawy do uznania, że wezwany wykonawca złożył wyjaśnienia rozwiewające faktycznie wątpliwości, co do zaoferowanej ceny, jak również, że swoimi wyjaśnieniami wypełnił obowiązek nałożony przepisem art. 90 ust 2 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

2. Wykonawca może być przekonany, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jeżeli jednak nie udowodni tego, stosownie do art. 90 ust 2 p.z.p., nie przedstawi w sposób rzeczowy, co pozwoliło mu w tym postępowaniu na zaoferowanie takiej ceny, i nie da

5

w konsekwencji zamawiającemu, możliwości obiektywnej weryfikacji rzetelności swoich kalkulacji - to przekonanie, co do realności ceny, pozostanie tylko i wyłącznie własnym, wewnętrznym przekonaniem tego wykonawcy. Reguły przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 p.z.p. są proste - wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

3. Jeżeli więc w danej sprawie stosowany jest tryb z art. 90 ust. 1 p.z.p., to nie może on przebiegać w sposób powierzchowny - gdyż może to prowadzić do iluzoryczności samej instytucji i obowiązku udowadniania realności zaoferowanej ceny, jak również do naruszenia zasad równego traktowania i zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Nie jest to też sposób procedowania, który oddawałby istotę i cel obowiązku badania ceny, gdy zachodzi podejrzenie jej rażącego zaniżenia. Nie sposób więc uznać, że oferta, co do której nie dokonano rzetelnej weryfikacji z uwagi na podejrzenie rażąco niskiej ceny, może być ofertą wybraną zgodnie z przepisami ustawy.

4. Instytucja wyjaśnień z art. 90 ust 1 p.z.p. nie może być wykorzystywana do tego; by prowadzić wyjaśnienia, aż do skutku, aż wykonawca zdoła usprawiedliwić swoją cenę, nie powinna też służyć umożliwieniu składania zupełnie nowych wyjaśnień, które nie znajdują punktu wspólnego z tym, co wykonawca podał pierwotnie."

Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że oferta MGGP S.A. nie zawiera rażąco niskiej ceny. Co prawda wyjaśnienia złożone przez MGGP S.A. w trakcie trwania postępowania zostały utajnione ze względu na tajemnice przedsiębiorstwa, jednak Odwołujący - biorąc pod uwagę analizę potrzeb Zamawiającego, a co za tym idzie zdefiniowane potrzeby koszty w zakresie realizacji zamówienia sporządził sam analizę oferty MGGP S.A.

Cena oferty MGGP S.A. uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza jest niższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia o 78,4%. Zakładając więc, że Zamawiający dokonał wstępnej weryfikacji

możliwych kosztów dla tego typu projektów i na tej podstawie przygotował budżet, tak znacząca różnica w wycenie wskazuje na to, że wykonanie tego zadania w cenie zaproponowanej przez MGGP S. A. nie jest możliwe w terminie bez znacznych ograniczeń jakościowych co będzie skutkowało wymiernym zagrożeniem dla Zamawiającego w postaci opóźnień lub produktu o nieakceptowanej jakości.

W stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wynoszącej 4 189 902,43 zł brutto, cena oferty MGGP S.A. wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu jest niższa o 62,4%.

Ceny ofert złożonych przez kolejnych oferentów z najkorzystniejszymi cenami ofert, która przedstawia się następująco:

6

LP. NUMER OFERTY OFERENT CENA OFERTY BRUTTO

1. Oferta nr 17 3 031 500,00 zł Apator Rector Sp. z o.o.

2. Oferta nr 9 Konsorcjum: Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne SA (Lider), Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno- Kartograficzne w Krakowie Sp. z o.o. 3 345 600,00 zł

3. Oferta nr 15 GEOMAR S.A. 3 402 280,37 zł

4. Oferta nr 5 Konsorcjum: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno- Kartograficzne Sp. z o.o. w Olsztynie (Lider), Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo- Usługowe "GEPOL" Sp. z o.o. 3 444 000,00 zł

5. Oferta nr 13 Asseco Poland S.A. 3 616 200,00 zł

jak również ceny pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wskazują, że cena oferty MGGP SA wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza znacząco odbiega od cen rynkowych wykonania niniejszego zamówienia.

Przyjmując średnią arytmetyczną cen ofert przedstawionych powyżej, które można przyjąć jako rynkowe ceny realizacji niniejszego zamówienia, a która wynosi 3 364 316,00 zł brutto należy stwierdzić, że oferta MGGP S.A. wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza jest niższa o 53,2%.

Jest to ewidentne potwierdzenie faktu, iż jedna z 18 złożonych ofert, jest ofertą przygotowaną w oparciu o nierealne koszty i jej przyjęcie oraz zlecenie realizacji dla firmy MGGP będzie skutkowało potencjalnym zagrożeniem dla realizacji zadania.

Warto zaznaczyć, że kolejne 5 ofert z najkorzystniejszą ceną odbiegają od siebie maksymalnie o 16,7 % (najtańsza versus najdroższa) co wskazuje na to, że do ich kalkulacji oferenci przyjęli zbliżone i realne koszty, a różnice wynikają z przyjętych marż jakie chcieli uzyskać na tym projekcie.

Z uwagi - jak już wskazano wyżej - na brak możliwości zapoznania się Odwołującego z treścią wyjaśnień złożonych przez MGGP S.A. wynikającej z ich utajnienia, Odwołujący nie może odnieść się bezpośrednio do kalkulacji ceny oferty MGGP S.A. Zachodzi jednak uzasadnione podejrzenie, że zakres prac jaki zaproponowało MGGP SA i tym samym wycena tych prac jest znacznie mniejsza niż pozostałych oferentów. To wskazuje na fakt posiadania przez MGGP S.A. informacji lub danych niedostępnych dla pozostałych oferentów i można to uznać za nierówne traktowanie potencjalnych wykonawców.

Opierając się na zakresie zadań określonych w SIWZ, oraz na własnym doświadczeniu w realizacji podobnych projektów Odwołujący wskazuje na podstawowe, niezbędne pozycje kosztowe, które muszą zostać poniesione aby przedmiot zamówienia został wykonany rzetelnie/ bez szkody dla Zamawiającego oraz w zaplanowanym terminie.

7

W ocenie Odwołującego, koszty realizacji poszczególnych zadań opisanych w SIWZ nie mogą być niższe niż:

1. Koszt zarządzania projektem

Zgodnie z zapisami SIWZ, Wykonawca jest zobligowany do wyznaczenia doświadczonego Kierownika Projektu, który będzie odpowiadał za zarządzanie projektem przez cały okres jego trwania.

Zatrudnienie doświadczonego Kierownika Projektu to koszt minimum 5 000 zł brutto/miesiąc (według danych z portalu Goldenline.pl). Dodatkowo przyznawane są

niezbędne narzędzia pracy w postaci telefonu służbowego czy samochodu służbowego, których koszt miesięczny wynosi 1500 zł brutto.

Kalkulacja kosztu realizacji tego zadania w niniejszym projekcie wygląda następująco:

1.1. Czas realizacji zadania: 14 miesięcy

1.2. Wartość wynagrodzenia brutto/miesiąc

Kierownika Projektu: 5 000 zł

1.3. Narzuty publiczno-prawne: 1 000 zł

1.4. Koszt niezbędnych narzędzi do wykonywania obowiązków służbowych: 1500 zł

RAZEM KOSZTY: 105 000 zł

2. Koszt realizacji „Zadania realizacyjnego 1” pn.: „Opracowanie Planu Projektu”

Realizacja tego zadania wymaga zaangażowania Kierownika Projektu w pełnym wymiarze czasu pracy, w ramach kosztów wykazanych w pkt 1 W przeciwnym wypadku Wykonawca powinien uwzględnić koszt zatrudnienia osoby dedykowanej do realizacji tego zadania. Kalkulacja kosztu realizacji tego zadania w niniejszym projekcie wygląda następująco:

2.1. Czas realizacji zadania: 0,65 miesiąca

2.2. 0 zł Koszt realizacji zadania przez Kierownika Projektu :

0 zł RAZEM KOSZTY:

3. Koszt realizacji „Zadania realizacyjnego 2” pn.: „Opracowanie specyfikacji technicznej sposobu realizacji umowy”.

Wytworzona w niniejszym zadaniu specyfikacja techniczna sposobu realizacji umowy, będzie podstawą realizacji kolejnych zadań realizacyjnych oraz podstawą odbioru i oceny poprawności wykonania przedmiotu umowy. Wykonanie dokumentu odbywać się musi w ścisłej komunikacji Wykonawcy z Zamawiającym.

Na podstawie swojego dużego doświadczenia w opracowaniu dokumentacji technicznej w wielu złożonych projektach, Odwołujący ocenia, że aby zrealizować niniejsze

8

zadanie w terminie określonym przez zamawiającego (35 dni) należy oddelegować przynajmniej 4 osoby:

- Kierownik Projektu uwzględniony w ramach kosztów wskazanych w pkt 1,
- Specjalista ds. Melioracji, którego obecność w zespole realizacyjnym wymagana jest odpowiednimi zapisami w SIWZ,
- Dwóch Specjalistów GIS, odpowiedzialni za wytworzenie dokumentacji, analizę zapisów, opracowanie przykładów użycia oraz testowanie.

Zatrudnienie Specjalisty ds. Melioracji to koszt minimum 3 630 zł brutto/miesiąc (według danych z portalu Goldenline.pl), natomiast zatrudnienie Specjalisty ds. GIS to koszt minimum 2 500 zł brutto/miesiąc (według danych z portalu Goldenline.pl)

Kalkulacja kosztu realizacji tego zadania w niniejszym projekcie wygląda następująco:

3.1. Czas realizacji zadania: 1,13 miesiąca

3.2. Wartość wynagrodzenia brutto

Specjalisty ds. melioracji: 3 630,00 zł

3.3. Narzuty publiczno-prawne

(Specjalista ds. Melioracji): 726,00 zł

3.4. Liczba Specjalistów wspierających: 2 osoby

3.5. Wartość wynagrodzenia brutto

Specjalistów wspierających: 2 500,00 zł

3.6. Narzuty publiczno-prawne

(Specjalista wspierający): 500,00 zł

RAZEM KOSZTY: 11 702,28 zł

4. Koszt realizacji „Zadania realizacyjnego 3” pn.: „Skanowanie analogowych map Ewidencji wód i dostawa plików skanów i plików map”

4.1. Podzadanie 1 - Skanowanie analogowych map ewidencji wód.

Zgodnie z zapisami w SIWZ skanowaniu podlegają mają arkusze map analogowych w ilości około 4000 szt. Dodatkowo Zamawiający udzielając odpowiedzi na zadane w niniejszym postępowaniu pytania wskazał, że Wykonawca będzie zobligowany do wykonania skanowania w biurach i oddziałach Zamawiającego (różne lokalizacje)

przemieszczając się z własnym sprzętem (w tym przypadku skanerem wielkoformatowym).

Odwołujący na podstawie swojego doświadczenia w pozyskiwaniu skanów wielkoformatowych ocenia, że aby spełnić warunki zawarte w SIWZ oraz w udzielonych przez Zamawiającego odpowiedziach do zadanych pytań, minimalny czas wykonania niniejszego zadania to 2 miesiące dla jednej kompetentnej osoby dysponującej niezbędnym sprzętem oraz samochodem.

Kalkulacja kosztu realizacji tego podzadania w niniejszym projekcie wygląda następująco:

9

4.1.1. Czas realizacji zadania: 2 miesiące

4.1.2. Liczba osób realizujących zadanie 1 osoba

4.1.3. Wartość wynagrodzenia brutto/miesiąc

Pracownika realizującego zadanie 3 000,00 zł

4.1.4. Narzuty publiczno-prawne 600,00 zł

4.1.5. Miesięczny koszt eksploatacji samochodu/

Ryczałt za użytkowanie samochodu pracownika 1500,00 zł

RAZEM KOSZTY: 10 200,00 zł

4.2. Podzadanie 2 - Kalibracja i dostawa plików skanów oraz plików map.

Zgodnie z zapisami w SIWZ kalibracji mają podlegać arkusze map analogowych uprzednio zeskanowane w ilości około 4000 szt. Proces kalibracji został szczegółowo opisany przez Zamawiającego w SIWZ oraz ma zostać doprecyzowany na etapie tworzenia dokumentacji technicznej.

Odwołujący na podstawie własnego doświadczenia oraz wymagań zawartych w SIWZ, że aby sprostać postawionym wymaganiom jakościowym, niezbędna pracochłonność wykonania niniejszego zadania wynosi 2 miesiące przy wykonywaniu prac przez 8 osób. Przy kalkulacji założyliśmy rekrutację nowych pracowników do realizacji niniejszego zadania którzy będą zatrudnieni na najniższej stawce godzinowej określonej na 2017 r. w wysokości 13 zł/h

Kalkulacja kosztu realizacji tego podzadania w niniejszym projekcie wygląda następująco:

4.2.1. Czas realizacji zadania: 2 miesiące

4.2.2. Liczba pracowników realizujących zadanie: 8 osób

4.2.3. Wartość wynagrodzenia brutto/miesiąc

na jednego pracownika: 2 184,00 zł

4.2.4. Narzuty publiczno-prawne miesięcznie

Na jednego pracownika: 436,80

RAZEM KOSZTY 41 932,80 zł

5. Koszt realizacji „Zadania realizacyjnego 4” pn.: „Wytworzenie danych ewidencji wód wraz z dokumentacją powykonawczą”.

5.1. Podzadanie 1 - Wytworzenie danych ewidencyjnych wód.

Na podstawie zapisów zawartych w SIWZ, Odwołujący szacuje, że na przetworzenie danych z jednej mapy analogowej do wymaganej postaci cyfrowej bazy danych niezbędne jest przyjęcie pracochłonności wynoszącej jeden dzień roboczy.

10

Odwołujący opiera w/w pracochłonność na bazie własnego doświadczenia w pracy nad bazami GIS, analizie opisanego przez Zamawiającego wymaganego modelu danych oraz znajomości terenu, który podlega konwersji do postaci cyfrowej.

Próbka danych przekazana przez Zamawiającego pozwoliła na potwierdzenie wiarygodności dokonanego przez Odwołującego szacowania pracochłonności.

Odwołujący przyjął, że do realizacji tego podzadania zatrudnieni zostaną Specjaliści ds. GIS z wynagrodzeniem minimalnym oferowanym na rynku dla tego typu specjalistów równym 2 500 zł brutto miesięcznie (według danych z portalu Goldenline.pl), która powiększona o narzuty cywilno-prawne wynosi 3 000 zł brutto miesięcznie. Koszt przetworzenia danych z jednego arkusza mapy analogowej do postaci cyfrowej wynosi 142,86 zł

Kalkulacja kosztu realizacji tego podzadania w niniejszym projekcie wygląda

następująco:

5.1.1. Liczba arkuszy map analogowych
do przetworzenia do postaci cyfrowej: 4000 szt.

5.1.2. Koszt przetworzenia jednego arkusza
Map analogowych do postaci cyfrowej: 142,86 zł
RAZEM KOSZTY: 571 440,00 zł

5.2. Podzadanie 1 - Wytworzenie danych ewidencyjnych wód - koszty administracji procesami i kontroli jakości.

Wykazane w punkcie 5.1. koszty dotyczą wyłącznie wytworzenia danych cyfrowych. Nie jest to jednak wystarczające do zapewnienia wysokiej jakości produktu końcowego. Odwołując się na swoim doświadczeniu w paszportyzacji i wektoryzacji w bazach danych GIS ocenia, że koszt administracji procesem oraz kontrola jakości wytwarzanych danych to około 20% kosztów samego procesu wytworzenia danych. W przypadku niniejszego projektu kwota ta wynosi 114 200,09 zł. Przyjmując czas realizacji etapu wytworzenia danych wynoszący 12 miesięcy, Wykonawca powinien dysponować zespołem około 20 specjalistów ds. GIS.

Powyższa kwota odpowiada zatrudnieniu dwóch specjalistów ds. kontroli jakości z wynagrodzeniem wynoszącym 3 000 zł brutto miesięcznie oraz jednego pracownika administracyjnego z wynagrodzeniem 2 500 zł brutto miesięcznie, który będzie odpowiedzialny za harmonogram, pracy oraz procedur płynność przestrzeganie wewnętrznych zespołu.

Odwołując się zakłada zatem, że aby spełnić wymagania zawarte w SIWZ oraz dochować należytej jakości i staranności w wykonaniu zlecenia, Wykonawca powinien uwzględnić w kosztach pozycje dotyczące administracji i kontroli jakości na etapie

11

wytworzenia danych w wysokości 20% kosztów przetworzenia map analogowych do postaci cyfrowej.

RAZEM KOSZTY: 114 288,00 zł

5.3. Podzadanie 2 - Inwentaryzacja w terenie ok 23 000 punktów wynikających z rozbieżności danych (ilość punktów została oszacowana przez Zamawiającego).

Odwołując się w oparciu o znajomość obszaru działalności Zamawiającego, na którym to obszarze w ostatnich latach prowadził duże projekty inwentaryzacyjne w terenie, szacuje, że aby spełnić wymagania zawarte w SIWZ, jeden pracownik może zweryfikować w terenie 20 punktów dziennie. Takie ograniczenie ma związek przede wszystkim z rozległym obszarem oraz trudnym terenem pracy. Obiekty, które będą wymagały weryfikacji będą najczęściej trudno dostępne lub niewidoczne z większej odległości (np. progi wodne w zarośniętym cieku wodnym). Kalkulacja kosztów powinna obejmować cały zakres weryfikacji w terenie czyli zakładane 23000 obiektów. Wykonawca aby zapewnić wymagana jakość wytworzonego produktu powinien dysponować dedykowanymi pracownikami do wykonania weryfikacji w terenie i prowadzić prace na bieżąco w miarę trwania budowy cyfrowego modelu – w ten sposób zapewnia płynność procesu, możliwość wyjaśnień i wsparcia udzielonego przez Zamawiającego. Podstawowym wymogiem weryfikacji w terenie jest dostarczenie aktualnych zdjęć obiektów dla których natrafiono na rozbieżności w danych źródłowych, zatem zgodnie z SIWZ nie ma innej możliwości niż kontrola terenowa w trakcie trwania projektu po wystąpieniu danej rozbieżności - tylko takie rozwiązanie gwarantuje potwierdzenie aktualnego stanu obiektów. Czynnikiem ryzyka prac w terenie jest to że odbywać się będą przez cały okres trwania zlecenia, o każdej porze roku, przez co pogoda i długość dnia będą wpływały na wydajność pracy. Można założyć że pracę w terenie będzie wykonywał odpowiedzialny pracownik za miesięczne wynagrodzenie 2500zł brutto który do swojej dyspozycji dostanie samochód służbowy lub ryczałt za użytkowanie auta prywatnego w wysokości 1 500 zł miesięcznie. Łącznie z narzutem cywilno-prawnym danej to koszt 4 500 zł miesięcznie, czyli koszt weryfikacji jednego obiektu w terenie wynosić będzie 10,71 zł. Kalkulacja kosztu realizacji tego podzadania w niniejszym projekcie wygląda następująco:

5.3.1. Liczba obiektów do przeprowadzenia

Kontroli w terenie: 23 000 szt.

5.3.1. Koszt wykonania kontroli jednego obiektu 10,71 zł

RAZEM KOSZTY: 246 330,00 zł

6. Koszty gwarancji.

Na podstawie zapisów SIWZ zamawiający wymaga aby Wykonawca udzielił rękojmi za wady przedmiotu zamówienia na okres 5 lat licząc od dnia podpisania protokołu odbioru przedmiotu zamówienia.

12

Odwołujący przyjął do oszacowania minimalnych kosztów gwarancji minimalny zakres prac. Zakłada się, że w trakcie trwania okresu rękojmi, zgłoszenia Zamawiającego będą dotyczyły uwag czy pytań do Wykonawcy celem ich wyjaśnienia, a nie błędów i konieczności ich naprawy. Do obsługi spraw związanych z realizacją zobowiązań z tytułu rękojmi należy oddelegować jedną kompetentną osobę z wynagrodzeniem 3 000 zł brutto miesięcznie, która powiększona o narzuty cywilno-prawne wynosi 3 600 zł brutto. Koszt jednego dnia roboczego dla w/w pracownika wynosi 171,43 zł. Przewidywana pracochłonność do obsługi rękojmi wynosi 1 dzień roboczy w każdym miesiącu trwania okresu rękojmi.

Kalkulacja kosztu realizacji tego podzadania w niniejszym projekcie wygląda następująco:

6.1.1. Czas realizacji rękojmi: 60 miesięcy

6.1.2. Ilość dni na miesiąc przyjętych do obsługi rękojmi 1 dzień

171,43 zł 6.1.3. Koszt jednego dnia roboczego

10 285,80 zł RAZEM KOSZTY:

7. Koszty stałe

Odwołujący przyjął do kalkulacji stałą kwotę kosztów stałych związanych z amortyzacją, utrzymaniem siedziby, opłatami za media, zarządzaniem produkcją.

RAZEM KOSZT: 200 000,00 zł

8. PODSUMOWANIE KALKULACJI

RAZEM KOSZTY NETTO KALKULACJI: 1 311 178,88 zł

RAZEM KOSZTY BRUTTO KALKULACJI: 1 612 750,02 zł

Przedstawiając powyższą kalkulację Odwołujący udowadnia, że pomimo przyjęcia przez Odwołującego do kalkulacji najniższych rynkowych wynagrodzeń dla specjalistów niezbędnych przy realizacji zamówienia, oferta MGGP S.A. wybrana przez Zamawiającego jest niższa od przedstawionej kalkulacji o 38 350,02 zł brutto.

Trudno jednocześnie przyjąć, aby wysokiej klasy specjaliści, jakich domaga się w SIWZ Zamawiający godzili się pracować za najniższe wynagrodzenie przewidziane dla osób działających w ich branży - przeczy temu doświadczenie życiowe - tak więc oferta MGGP S.A. nie tylko nie zakłada choćby minimalnego zysku ale jest kalkulowana na podstawie wynagrodzeń będących poniżej najniższych wynagrodzeń oferowanych na rynku specjalistom wymaganych do realizacji niniejszego zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 i art. 7 Pzp i nie odrzucenie oferty MGGP S.A. jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz.

13

1503) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Brak jest co prawda ustawowej definicji zwrotu „dobre obyczaje” jednak interpretację jego znaczenia przeprowadził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo. ”

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest między innymi utrudnianie dostępu do rynku. W przepisach

rozdziału 2 tej ustawy unormowane zostały poszczególne stypizowane kategorie czynów nieuczciwej konkurencji. I tak, stosownie do brzmienia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy, 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, czy rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów. Wykazanie istnienia przesłanek wymienionych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może zatem wskazywać, iż w danym przypadku złożona została oferta, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Dla takiego ustalenia niezbędne jest wykazanie, iż działanie wykonawcy wyczerpuje znamiona tego czynu określone wskazanymi wyżej przepisami. Oznacza to, że uznanie określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga jednoczesnego wypełnienia znamienia działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami oraz ustalenia, iż działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wykazanie zatem, że dana oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stanowić będzie podstawę do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przy czym należy nadmienić, iż wyłączona jest w tym zakresie jakakolwiek arbitralność zamawiającego. Wobec stanowczego brzmienia tego przepisu należy uznać, iż zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, w stosunku do której zostanie wykazane, że stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wyżej przedstawiono, elementem konstrukcyjnym czynu nieuczciwej konkurencji jest stwierdzenie, iż czyn ten zagraża lub narusza interesy innych przedsiębiorców.

14

Odwołujący przedstawił powyżej kalkulację kosztów, które w celu zrealizowania zamówienia objętego postępowaniem przetargowym musi ponieść MGGP S.A. Należy wskazać, że kalkulacja Odwołującego nie uwzględnia wszystkich kosztów, które powinny zostać wykazane przez MGGP S.A. aby móc uznać ofertę za wiarygodną. Są to następujące koszty:

- koszty związane z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy,
- koszty ryzyka - uwzględnienie w budżecie projektu kosztów nieprzewidzianych prac i interwencji np. awaria sprzętu komputerowego i konieczność zakupu nowych części,
- koszty delegacji - diety, przejazdu, noclegi,
- koszty przeprowadzenia rekrutacji i szkoleń pracowników,
- koszty wykonania próbki danych zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ,
- koszty wytworzenia dokumentacji powykonawczej z wykonanych prac zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ.

Uwzględnienie tych kosztów w przedstawionej powyżej kalkulacji spowodowałoby jeszcze większe pogłębienie się różnicy w stosunku do oferty MGGP S.A.

Działanie przedsiębiorców na rynku ukierunkowane jest przede wszystkim na osiągnięcie zysku. Oferowanie usługi za cenę, która nie zapewnia tego zysku nawet na minimalnym poziomie jest niczym innym, jak czynem nieuczciwej konkurencji. Na marginesie Odwołujący podaje, że MGGP SA nie może twierdzić, że zrealizowało wcześniej już jakiś obszary wchodzące w skład zadania, na które ogłoszono zamówienie publiczne - jeśli by bowiem dysponowała takimi elementami, to z pewnością realizowała je w innych postępowaniach, które wymagały przeniesienia autorskich praw majątkowych do tych elementów, a więc ich użycie jest nieuprawnione. W ocenie Odwołującego i w świetle przytoczonych argumentów należy stwierdzić, że wybrana przez Zamawiającego oferta MGGP S.A. nie pozwala na zrealizowanie niniejszego zamówienia w zaproponowanej cenie w sposób rzetelny i zgodnie z harmonogramem, jako zawierająca rażąco niską cenę i stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 91 ust 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej poprzez Odwołującego. Zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego było ze strony Zamawiającego nieuprawnione. Oferta Odwołującego jest bez wątpienia najkorzystniejsza ekonomicznie i rzetelnie skalkulowana, dając gwarancję Zamawiającemu należytego wykonania zamówienia, co potwierdzają ceny czterech kolejnych ofert złożonych w postępowaniu, przedstawione w rankingu ofert, skalkulowanych na podobnym poziomie, gdzie różnica między ceną oferty Odwołującego, a ceną oferty najbardziej zbliżonej wynosi ok. 16% - co potwierdza, że oferta wybrana przez Zamawiającego zawiera rażąco niską cenę. Biorąc pod uwagę ilość ofert złożonych

w niniejszym postępowaniu, szacunek wartości zamówienia dokonany przez Zamawiającego, a także wymogi wskazywane przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Zamawiający w dniu 27.01.2017 r. (e-mailem) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przez MGGP S.A., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 03.02.2017 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Zamawiający podziela stanowisko odwołującego w kontekście rażąco niskiej ceny oferowanej przez wykonawcę MGGP SA. Przedłożone w odwołaniu obliczenia zostały uznane za logiczne i wiarygodne, stanowiąc dowód na zastosowanie przez wykonawcę - którego oferta została uznana za najkorzystniejszą - rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie zamawiający wskazuje, że w zakresie usług informatycznych nie ma jednolitego i jednoznacznego algorytmu szacowania wartości zamówienia, co przy ustawowym warunku dotyczącym ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 1 Pzp) w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia może rodzić wątpliwości zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawców. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu uwzględnił zatem wątpliwości odwołującego w całości. Ustawa wprowadziła więc zakaz oferowania przez wykonawców cen za przedmiot zamówienia mających niewiarygodnie niski charakter. Powodem tego nie jest wyłącznie fakt, że czynność taka może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której wykonawcy w celu wygrania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego proponowaliby jego wykonanie za pieniądze, które po prostu będą nierealne i nierealnie niskie. Natomiast w trakcie realizacji zamówienia lub po jego zakończeniu okaże się, że wykonane zostało np. nienależycie. Celem wprowadzenia tak restrykcyjnego przepisu było pośrednio wprowadzenie sankcji w postaci odrzucenia oferty z powodu zastosowania rażąco niskiej ceny co zapewnić ma efektywniejsze wydatkowanie środków publicznych.

W dniu 03.02.2017 r. (faxem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 03.02.2017 r. wezwał w/w Wykonawcy na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy

rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 06.02.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MGGP S.A. na podstawie art. 186 ust.3-5 Pzp wniosło sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Kopia sprzeciwu została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu. W toku postępowania Zamawiający dokładnie zweryfikował ofertę Przystępującego na podstawie art. 90 Pzp, a uznając ją za najkorzystniejszą potwierdził, że uważa wyjaśnienia przedłożone przez Przystępującego za wiarygodne. W ocenie Przystępującego, zmiana stanowiska przez Zamawiającego jest nieuzasadniona. W szczególności obliczenia i szacunki zawarte w odwołaniu nie są wiarygodne i nie można uznać ich za dowód tego, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska. Odwołanie jako bezzasadne powinno zostać oddalone w całości.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń Przystępującego (obie strony nieobecne na rozprawie) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego

oferta była drugą ofertą, która została złożona i nie została ani odrzucona, ani też Wykonawca nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Z uwagi na nietypową sytuację i brak na rozprawie stron postępowania Izba wskazuje na podstawie akt postępowania, co następuje.

Po pierwsze, Odwołujący został zawiadomiony o terminie rozprawy w dniu 31.01.2017 r., co potwierdził odrębnym potwierdzeniem przesłanym e-mailem w tym samym dniu. Po drugie, Zamawiający został zawiadomiony o terminie rozprawy w dniu 31.01.2017 r., co potwierdził faxem tego samego dnia. Wyznaczono termin rozprawy na dzień 07.02.2017 r. godz. 13:00. Termin rozprawy nie został zniesiony osobnym zawiadomieniem. W dniu 30.01.2017 r. miało miejsce przystąpienie firmy MGGP SA. - w formie pisemnej, jako wskazywano powyżej. Kopie przystąpienia przekazano 30.01.2017 r. na adres e-mailowy Zamawiającego: dzmiuw@dzmiuw.wroc.pl, zostało to potwierdzone oddzielnym pismem w tym dniu przez Zamawiającego; oraz na adres e-mailowy Odwołującego: rector@rector.com.pl. Dowody załączono do zgłoszenia. W dniu 03.02.2017 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie 03.02.2017 r., o czym poinformował tak Przystępującego, jak

17

i Odwołującego /co wynika z informacji w piśmie – „Do wiadomości”/. Sprzeciw Przystępującego miał miejsce - w formie pisemnej – 06.02.2017 r., po wezwaniu ze strony Izby wystosowanej w dniu 03.02.2017 r. Kopia sprzeciwu przekazano 06.02.2017 r. na adres e-mailowy Zamawiającego: dzmiuw@dzmiuw.wroc.pl, zostało to potwierdzone oddzielnym pismem w tym dniu przez Zamawiającego; oraz na adres e-mailowy Odwołującego: rector@rector.com.pl. Dowody załączono do sprzeciwu. Adresy e-mailowe wskazane były to adresy Zamawiającego z SIWZ oraz Odwołującego z odwołania.

W konsekwencji Izba wszelkie twierdzenia osoby, która pojawiła się po 1,5 godziny, podającej się za pełnomocnika Odwołującego, o tym, że nie wiedziała, że w postępowaniu zostało zgłoszone przystąpienie i w konsekwencji uwzględnienia jest sprzeciw za głosowne i niewiarygodne. Podobnie twierdzenia, że nie wiedział o tym także Zamawiający.

Izba dodatkowo wyjaśnia, że nie uznała przesłanego faxem ciągu pełnomocnictw, tj. pełnomocnictwa głównego oraz substytucji, czyli kopii dokumentów mocujących, jako nie potwierdzonych za zgodność z oryginałem. Należy podkreślić, że osoba, która się stawiała przyznała /nie zaprzeczając stanowisku Przystępującego/, że nie mogła ich poświadczyć, gdyż nie miała możliwości zapoznawania się z oryginałami. Wnosiła jedynie o tymczasowe dopuszczenie do reprezentacji przed KIO, czego nie można było uczynić z uwagi na brak wyraźnych podstaw do tego w procedurze przed KIO, która jest regulowana osobnym rozporządzeniem. Późniejsze próby korekty tego, po wydaniu postanowienia do protokołu o niedopuszczeniu, Izba uznała za niewiarygodne, tym bardziej, że także niewiarygodnymi okazały się twierdzenia o tym, że Odwołujący nie miał wiedzy, że w postępowaniu przetargowym istnieje Przystępujący, który złożył skuteczny sprzeciw od uwzględnienia odwołania.

Przedłożone do akt sprawy przez osobę, która się stawiała osobnego poświadczenia co do dostarczonego ciągu pełnomocnictw miało miejsce dopiero po zamknięciu rozprawy, co Izba uznała za niedopuszczalne i stojące w sprzeczności z tym co miało miejsce na rozprawie.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, modyfikacji SIWZ z 12.08.2016 r., 29.08.2016 r., 31.08.2016 r., 01.09.2016 r., 15.09.2016 r., oferty Przystępującego, zbiorczego zestawienia ofert, treści wezwań Zamawiającego z 27.09.2016 r. oraz z 14.10.2016 r. oraz otrzymanych odpowiedzi - wyjaśnień Przystępującego z 30.09.2016 r. oraz z 19.10.2016 r. /oba wyjaśnienia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa/, notatki

18

służbowej z 17.11.2016 r., jak informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 16.01.2017 r. (przekazanego e-mailem 17.01.2017 r.).

W poczet materiału dowodowego zaliczono również złożone na rozprawie przez Przystępującego wraz z pismem procesowym:

- zał. nr 1 do pisma procesowego Przystępującego;
- zał. nr 2 do pisma procesowego Przystępującego /tajemnica przedsiębiorstwa/;
- dodatkowe kopie trzech rodzajów dokumentów zastrzeżonych /tajemnica przedsiębiorstwa/ dołączonych do zał. nr 2;
- wydruki ze stron internetowych potwierdzające realność kosztów delegacji dla pracowników przewidzianych na potrzeby zamówienia /jawne/.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie /uwzględnienie odwołania/, sprzeciw, a nadto stanowiska i oświadczenia Przystępującego (obie strony nieobecne na rozprawie) złożone ustnie do protokołu.

Do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepisy nowelizacji ustawy Praw zamówień publicznych dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), opublikowanej w dniu 13.07.2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod poz. 1020, która weszła w życie w dniu 28.07.2016 r.

Izba ustaliła ponadto, że względu na termin wniesienia odwołania w niniejszej sprawie, że do postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy zmienionego rozporządzenia w sprawie kosztów na mocy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) w związku z brzmieniem § 2 ww. rozporządzenia.

Nadto, że względu na termin wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego /30.07.2016 r./ w niniejszej sprawie, do postępowania odwoławczego nie mają zastosowanie przepisy zmienionego rozporządzenia w sprawie

Prezesa Rady z 20 2016 r. zmieniającym Rozporządzeniem Ministrów grudnia rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2016 r., poz. 14) w związku z brzmieniem § 2 ww. rozporządzenia.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

19

-
- art. 90 ust. 3 Pzp poprzez przyjęcie, że złożone przez MGGP S.A. wyjaśnienia są prawidłowe i uzasadniają przyjęcie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska;
 - art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej podczas gdy Zamawiający winien ofertę odrzucić jako zawierającą rażąco niską cenę;
 - art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej poprzez Odwołującego;
 - art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP S.A., pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
 - art. 7 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz pisma procesowego Przystępującego złożonego na rozprawie. W tym zakresie, Izba wskazuje na przywołane w treści odwołania oraz pisma procesowego Przystępującego, wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej (z 27.09.2016 r. oraz z 14.10.2016 r.) oraz otrzymane odpowiedzi - wyjaśnień z 30.09.2016 r. oraz z 19.10.2016 r. Złożone odpowiedzi zawierają m.in. dane tabelaryczne przynależne sensu stricte wyliczeniu Przystępującego. Oba pisma zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zawierają one także uzasadnienie zasadności zastrzeżenia swojej treści jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dodatkowo, Izba wskazuje na notatkę służbową

Zamawiającego z 17.11.2016 r., która jest określona mianem „Notatką biegłych”. Nadto, kluczowy zał. nr 2 do pisma procesowego Przystępującego miał także charakter tajemnicy przedsiębiorstwa oraz trzy dodatkowe dokumenty do niego. Izba odnieść się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów. Jednocześnie zastrzegając, że z uwagi na zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa używa sformułowań ogólnych, a jeśli odnosi się do konkretnych kwestii to czyni to jedynie w zakresie wynikającym z jawnego pisma procesowego Przystępującego i mającego ten sam charakter zał. nr 1, czy też wyłączonych wydruków. Przywołuje także konkretne kwestie, na które powoływał się Przystępujący na rozprawie, co znajduje swoje odzwierciedlenie w protokole z rozprawy. Nic ponad to nie zostało ujawnione. Należy także zauważyć, że nieobecność Odwołującego nie pozostawała bez wpływu na okoliczności sprawy. Z tych względów Izba szczegółowo odniosła się do kwestii związanych z zgłoszonym przystąpieniem oraz sprzeciwem, zawiadomieniami o terminie rozprawy, jak i kwestią niepotwierdzonego za

20

zgodność z oryginałem osoby, która pojawiła się po blisko 1,5 godziny od otwarcia posiedzenia.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie pierwszego i drugiego zarzutu, Izba odnieść się do nich łącznie uznając, że podlegają one oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący w żadnym wypadku nie udowodnił swoich twierdzeń zawartych w odwołaniu. Co także istotne nie uczynił tego również na rozprawie, gdyż jego przedstawiciele, mimo prawidłowego zawiadomienia i braku informacji o zniesieniu terminu nie stawili się. Osoba, która pojawiła się po blisko 1, 5 godziny rozprawy, miała kopie pełnomocnictwa przesłaną faxem, nie poświadczoną za zgodność, którą Izba nie uznała.

Jednakże mimo tych okoliczności, Izba przeanalizował materiał dowodowy w sprawie po kątem sformułowanych w odwołaniu zarzutów. W tym zakresie istotne było, że Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające wzywając dwukrotnie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej (27.09.2016 r. oraz 14.10.2016 r.). W odpowiedzi uzyskał obszernie wyjaśnienia 30.09.2016 r. oraz 19.10.2016 r., zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe obligowało do analizy złożonych wyjaśnień w postępowaniu przetargowym, pod kątem zarzutów, jak również w kontekście pisma procesowego złożonego na rozprawie przez Przystępującego, który także złożył sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Wraz z przedmiotowym pismem złożono jawny zał. nr 1 oraz będący tajemnicą przedsiębiorstwa zał. nr 2 poparty także dodatkowymi trzema dokumentami zastrzeżonymi, jak i jawnymi wydrukami ze stron internetowych potwierdzających realność kosztów delegacji dla pracowników przewidzianych na potrzeby zamówienia.

W ocenie Izby, należy potwierdzić, że zał. nr 1 wskazuje w których fragmentach (w sposób konkretny i szczegółowy) wyjaśnień udzielonych w trakcie postępowania przetargowego zostały omówione koszty świadczeń przywołane przez Odwołującego. Z kolei zał. nr 2 zawiera trzy tabele: Pierwsza przedstawia udział poszczególnych elementów kosztowych wskazanych w wyjaśnieniach w różnych elementach zamówienia (w tym alokacja personelu). Druga stanowi zestawienie kosztów opisanych przez Przystępującego w wyjaśnieniach wraz z odniesieniem się do twierdzeń zawartych w odwołaniu. Trzecia wykazuje realny charakter stawek za osobodzień pracy członków personelu, także w kontekście udzielonych w postępowaniu przetargowym wyjaśnień.

21

Izba podkreśla, że tak pismo, jak i oba załączniki mają oparcie w złożonych w postępowaniu wyjaśnieniach, odpowiadają w swej treści wyjaśnieniom udzielonym w procedurze. Powołują się na konkretne wyjaśnienia, ich fragmenty, strony, czy też określone wersy danej tabeli. Izba uznała, że informacje wynikające z pisma Przystępującego, jego załączników nie rozszerzają informacji uzyskanych w procedurze. Za

rozszerzenie Izba nie uznała przeliczenia danych z wyjaśnień, ani odniesienia się do sposobu kalkulacji przedstawionego w odwołaniu. Izba podzieliła stanowisko Przystępującego z rozprawy, że Odwołujący przedstawił w odwołaniu względem sposobu kalkulacji zupełnie odmienne podejście do wyceny. Odwołujący przedstawił bowiem wycenę według poszczególnych zadań, zaś Przystępujący w kontekście osób, materiałów dla danego zadania, zaangażowania sprzętowego, czy też kosztów administracyjnych. Z tych względów Przystępujący miał prawo przełożyć swój sposób wyceny na sposób przedstawiony w odwołaniu. Uczynił to w tabeli 2 zał. nr 2 do pisma procesowego złożonego na rozprawie przez Przystępującego, w ocenie Izby, z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa, należy stwierdzić ogólnie, że uczynił to nadzwyczaj szczegółowo i wnikliwie. Dane tam zawarte mają oparcie we wcześniejszych wyjaśnieniach. Wszystko to co jest tam ponad, miał prawo przedstawić na rozprawie. Izba wskazuje, że do dnia uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, nie wykazywał Zamawiający żadnych wadliwości. Należy zaznaczyć, że Zamawiający sporządził w dniu 17.11.2016 r. notatkę służbową /określaną także notatką biegłych/, z której wynika, że w dniach 28.10.-17.11.2016 r. dokonano analizy dokumentacji przetargowej dotyczącej przedmiotowego zamówienia, która obejmowała złożone oferty oraz wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. Została ona przeanalizowana pod względem możliwości wykonania prac zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Podczas analizy dokumentacji nie dostrzeżono uchybień, które mogłyby stanowić podstawę do odrzucenia ofert. Wynika więc z tego, że Zamawiający dochował należytej staranności, a ocena nie miała charakteru mechanicznego, ale merytorycznej analizy także w kontekście pierwotnego wyboru oferty tego Wykonawcy. Jej rezultat był więc przemyślany. Nie żądał też Zamawiający przedstawienia wyjaśnień w sposób oczekiwany przez Odwołującego. Nie dopytywał, co do kwestii związanych, ze szczegółowym sposobem realizacji poszczególnych elementów zamówienia w kontekście harmonogramu, ale detalicznych czynności. Przystępujący odpowiedział wyczerpująco na każde z czterech pytań zadanych przez Zamawiającego w wezwaniu z 14.10.2016 r. Przystępujący odniósł się także do ewentualnych – kosztów podniesionych hasłowo na str. 15 odwołania. Na podstawie przedłożonych materiałów. Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania braku wyceny całości prac, w tym także gwarancji. Podobnie, w kwestii amortyzacji, Przystępujący stał na stanowisku, iż stanowią one ogólne koszty zarządu i nie są kosztem projektu. Stanowisko Przystępującego, co do obliczania kosztów administracyjnych proporcjonalnie do

22

zaangażowania na potrzeby danego zamówienia w ocenie Izby jest wiarygodne i zasługuje na uznanie. Niewątpliwie też elementem różnicującym koszty jest brak kosztów rekrutacji. Na podstawie tabeli 3 zał. nr 2 w oparciu także o wyjaśnienia należy uznać, że pracownicy będą otrzymywać wynagrodzenie w wysokości wyższej niż wynagrodzenie minimalne. Izba także wzięła pod uwagę okoliczność, że de facto uznał Odwołujący w swoim odwołaniu na str. 13, że gdyby oferta Przystępującego była wyższa o 38 tys. zł, byłaby do przyjęcia, czyli przyznał, że cena poniżej 2 mln zł, jest do przyjęcia na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, że istniejące różnice w wycenie mogą równie dobrze mieć swoje źródło w odmiennej marży Odwołującego.

Izba potwierdziła, że z materiałów przedstawionych przez Przystępującego, a także mających oparcie w wyjaśnieniach wynika, iż zaoferowana cena uwzględnia rezerwę i zysk. Należy uznać, że potwierdzają one również, to co podczas rozprawy wskazywał Przystępujący. W zakresie kosztów zarządzania projektem Przystępujący stanął na stanowisku, iż koszty podane przez Odwołującego związane z samochodem i telefonem są zawyżone, w jego wypadku jest to koszt rzędu telefonu 23 zł/m-c, a koszt związany z korzystaniem z samochodu i telefonu razem to 500 zł/m-c z uwzględnieniem średniej ceny paliwa w danym czasie. Podkreślił, iż w tym elemencie jego wycena jest wyższa od podanej przez Odwołującego w odwołaniu. W zakresie zadania 1 wycena przedstawiona w odwołaniu jest zgodna z wyceną przedstawioną przez Przystępującego. W zakresie zadania 2 wycena u Przystępującego jest wyższa od wyceny przedstawionej w odwołaniu. Przewidywał, jak wskazał, na rozprawie, udział kierownika projektu, jednego specjalistę GIS i dwóch młodszych specjalistów GIS. W zakresie zadania 3 jego wycena jest wyższa od wyceny przedstawionej w odwołaniu. W ramach zadania 4 podobnie jest jak w podzadaniu 2. Z kolei w podzadaniu 1 jest różnica w drugą stronę. Wskazał, iż nie podziela argumentacji Odwołującego, co do przedstawionego w tym zakresie kosztu przetworzenia jednego arkusza mapy. Stwierdził de facto, że tylko w podzadaniu 1 zadania 4 koszty po stronie

Przystępującego są niższe. Wskazał, iż wg jego wyliczeń z uwzględnieniem algorytmu wynagrodzenia pracowników przewidzianych do realizacji powyższego zadania winna to być wielkość 105 zł. - str. 20 zał. nr 2 do pisma procesowego złożonego w dniu dzisiejszym na rozprawie. Uznał, że koszt rzędu 142, 85 zł podany przez Odwołującego jest zbyt wysoki. Izba uznała stanowisko Przystępującego zwłaszcza w tej ostatniej w kwestii za wiarygodne.

Inaczej mówiąc różnica w wycenie przedstawionej w odwołaniu, a wycenie przedstawionej przez Przystępującego znajduje się generalnie, w dwóch miejscach tzn. jest w tych miejscach niższa wartość, w pozostałych jest wyższa lub równa, pkt 5.1 i 5.2 tabeli nr 2 zał. nr 2 (dotyczy zadania 4 podzadania 1). Podnosił także na rozprawie Przystępujący, iż przyjął inny sposób realizacji spoczywających na nim obowiązków niż Odwołujący w zakresie

23

realizacji gwarancji. Koszty stałe i administracji znajdują się na str. 21-23 tabeli nr 2 zał. nr 2 pisma procesowego złożonego na rozprawie przez Przystępującego. Wskazał także, iż w zał. nr 2 znajduje się tabela nr 3 dot. kosztów zatrudnienia personelu przewidzianego przez Przystępującego od str. 25-27.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego, Izba uznała że podlega on oddaleniu.

Wobec nie potwierdzenia się głównych zarzutów, nie można uznać tego zarzutu. Jednakże Izba oponuje, przeciwko „mechanicznemu” utożsamianiu obu zarzutów – tzn. naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp, gdyż są to zgoła odmienne normy. Podejście do kwestii rozwiązań utrudniających dostęp do rynku w kontekście danego postępowania o zamówienie publiczne bywa różne. Izba podnosi, że w doktrynie (D. Szczepański: Rażąco niska cena. "Lex", nr 96117) zwraca się również uwagę na to, że cena rażąco niska jest mylnie utożsamiana z ceną dumpingową w rozumieniu przepisów UZNK oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Dz. U. 2007, nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Zgodnie z pierwszą ustawą, dumping ujęty jest jako sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztu zakupu w celu eliminowania innych przedsiębiorców. Zgodnie z przepisami taki czyn należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji polegający faktycznie na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Natomiast zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów z cenami dumpingowymi mamy do czynienia w sytuacji, kiedy przedsiębiorca dominujący na danym rynku ustala ceny na niskim poziomie w celu wyeliminowania konkurencji (M. Krasnodębska-Tomkiel: Cena jest istotnym elementem rywalizacji. "Zamówienia Publiczne. Doradca" 2012, nr 5, s. 13). Na gruncie Pzp Zamawiający nie jest w stanie udowodnić popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wspomnianych przepisów z uwagi na konieczność udowodnienia przesłanki eliminowania innych przedsiębiorców. Za wyrokiem KIO z 13.03.2012 r., sygn. akt: KIO 406/12: "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 odsprzedaż 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

24

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

25

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 niezgodnych z zasadami 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 (...) czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte dowodami. W ocenie Izby, oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. W innym orzeczeniu KIO stwierdzono (wyrok KIO z 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 551/09) ustawodawca w sposób wyraźny dokonał rozróżnienia pojęcia rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem jakkolwiek próba utożsamiania tych instytucji jest nieuprawniona. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny nie daje możliwości jednoczesnego przypisania wykonawcy czynu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu trzeciego oraz piątego, Izba uznała że z uwagi na niepotwierdzenie się poprzednich zarzutów brak jest podstaw do stwierdzenia naruszeń Zamawiającego w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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:

.....