

Sygn. akt: KIO/ 610 /10

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mateusz Michalec

W sprawie odwołania wniesionego w dniu 9 kwietnia 2010 roku przez Odwołującego się, którym jest **Wodociągi Wiejskie Sp. z o.o. w Łomży; 18-400 Łomża, Akademicka 18**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Gmina Piątnica, 18-421 Piątnica, Stawiskowska 53**.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wodociągi Wiejskie Sp. z o.o. w Łomży; 18-400 Łomża, Akademicka 18**.
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) przez **Gminę Piątnica, 18-421 Piątnica, Stawiskowska 53** na rzecz **Wodociągi Wiejskie Sp. z o.o. w Łomży; 18-400 Łomża, Akademicka 18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Łomży**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e **do wyroku z dnia 29 kwietnia 2010 roku**

Zamawiający, Gmina Piątnica, ul. Stawiskowska 53, 18-421 Piątnica Poduchowna, prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Eksplatacja sieci wodociągowo-kanalizacyjnej na terenie gminy Piątnica”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S30-042988 w dniu 12 lutego 2010 roku.

Zgodnie z zapisami SIWZ w punkcie XIII „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w podpunkcie 4 zostały określone Kryteria oceny ofert

- 1) cena za 1 m³ wody dostarczanej do odbiorców (waga 55%)
- 2) cena za 1 m³ odebranych ścieków (waga 35%)
- 3) wysokość miesięcznej opłaty stałej za każde przyłącze wodociągowe (waga 10%).

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech Wykonawców.

W dniu 31 marca 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, odrzuceniu oferty Odwołującego w postępowaniu i wykluczeniu jednego z wykonawców. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podał iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a ponadto jej przyjęcie stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niezgodność z SIWZ, według Zamawiającego, polegała na tym, że wymagał on w załączonym wzorze oferty podania stawek cenowych: za dostarczanie do odbiorców 1 m³ wody, za odebranie 1 m³ ścieków, miesięcznej opłaty stałej za każde przyłącze. Odwołujący podał natomiast w swojej ofercie tylko ceny za dostarczanie do odbiorców 1 m³ wody, za

odebranie 1 m³ ścieków. Stawkę za każde przyłącze ustalił w kwocie „0 zł”. W tym miejscu zamawiający przytoczył przepisy ustawy o cenach, gdzie określono iż ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, która kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, a polski system monetarny nie zna jednostki pieniężnej o nominale 0,00 zł.

Zamawiający przywołał również podany w SIWZ opis kryteriów (Dział XIII, ust. 2-6) podając, że przy ocenie ofert podstawą oceny jest zastosowanie matematycznych obliczeń przy zastosowaniu wymienionych w SIWZ kryteriów oraz wzór do ich obliczenia. Gdy cena oferty wynosi „0,00 zł” niemożliwym jest dokonanie matematycznego obliczenia przedstawionej oferty oraz prawidłowego wyliczenia punktacji ofert konkurencyjnych. Dlatego też uznano, iż podana cena „0,00 zł” opłaty stałej nie spełnia warunków określonych w SIWZ.

Zamawiający wskazywał w uzasadnieniu odrzucenia oferty również na podanie przez Odwołującego jednakowej ceny w wysokości 3,19 zł (netto) za dostarczanie do odbiorców 1 m³ wody, za odebranie 1 m³ ścieków. Podkreślił, iż z dotychczasowej praktyki Gminy wynika, że przy ustalaniu taryf za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków ceny te znacznie się od siebie różniły, dlatego też można przypuszczać, że Odwołujący zamierza kosztem odbiorów wody finansować koszty związane z odbiorem ścieków. Działanie takie, zdaniem Zamawiającego, narusza art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2003 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo podnoszono, iż przy takim ukształtowaniu cen, nie były one analizowane pod kątem kosztów uzasadnionych w zakresie zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków.

Wobec takiej czynności Zamawiającego, Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w dniu 9 kwietnia 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia jego oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Eksploatację sieci wodociągowo - kanalizacyjnej na terenie gminy Piątница” (treść odwołania została w terminie określonym w art. 180 ust. 5 ustawy przekazana Zamawiającemu).

Postępowanie o wartości przekraczającej kwotę, o której mowa w pkt. 11 ust. 8 ustawy, zostało wszczęte po dniu 29 stycznia 2010 roku.

Wskazując na interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący stwierdza, iż czynność odrzucenia jego oferty narusza interes Odwołującego, przez brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co w konsekwencji powoduje powstanie szkody poprzez utratę

korzyści z realizacji przedmiotowej usługi oraz w związku z naruszeniem przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami prawa,
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego się nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej
- 4) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i orzeczenie Zamawiającego, że zwraca Odwołującej poniesione koszty w tym postępowaniu.

Jako podstawę faktyczną dla podjętej decyzji Zamawiający wskazał:

- a) zerową wysokość miesięcznej opłaty stałej za każde przyłącze wodociągowe (jeden z elementów taryfikatora, przyjęty przez Zamawiającego, jako jedno z trzech kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej), którą Odwołujący się określił na „0” (zero) złotych;
- b) zaoferowanie jednakowej ceny jednostkowej za dostarczaną wodę (3,19 zł/1m³) oraz za odprowadzone ścieki (3,19 zł/1m³).

Jako uzasadnienie prawne Zamawiający wskazał:

- a) przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - „niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Uzasadnieniem dla podjętej decyzji w ocenie Zamawiającego są postanowienia Działu V ust. 7 pkt 1 SIWZ, który stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy - 1) Niezgodną z ustawą lub jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Tak więc, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie okoliczności wskazanych przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający jako uzasadnienie wskazuje przytoczoną w specyfikacji treść ustawy;
- b) przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który definiując czyn nieuczciwej konkurencji stanowi, iż „ Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta ”.

Zarzut nr 1

W uzasadnieniu Zamawiający wskazuje, iż podanie przez Odwołującego ceny za „miesięczną opłatę stałą za każde przyłącze wodociągowe” w wysokości 0 („zero”) złotych narusza przepisy ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, jako że „polski system monetarny nie zna jednostki pieniężnej o nominale 0,00 zł”. W tym miejscu należy podnieść, że „miesięczna opłata stała” stanowi odpowiednik „stawki opłaty abonamentowej” w rozumieniu przepisu § 2 pkt 11 Rozporządzenia Ministra Budownictwa z dnia 28 czerwca 2006 r. w sprawie określania taryf, wzoru wniosku o zatwierdzenie taryf oraz warunków rozliczeń za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków.

Odwołujący zaznacza w tym miejscu, że w tym zakresie argumentacja Zamawiającego nie może zostać przyjęta, jako zasadna. Przedsiębiorca (wykonawca) kalkulując ceny za poszczególne czynności obejmujące realizację zamówienia nie jest zobowiązany stanowić ceny za każdy, wskazany element lub za każdą wskazaną czynność, co nie jest przecież równoznaczne z tym, iż umowa staje się bezpłatna. Wykonawca może, zgodnie z przyjętymi w przedsiębiorstwie zasadami rozliczania kosztów, ująć określone koszty w innych stawkach lub opłatach, tak aby odbiorca „zapłacił” kwotę, stanowiącą pełny koszt świadczonej usługi. W odniesieniu do miesięcznej opłaty stałej, stanowiącej właśnie przedmiot sporu, na takie uprawnienie wskazuje przepis § ust. 5 rozporządzenia Ministra Budownictwa z dnia 28 czerwca 2006 r. w sprawie określania taryf, wzoru wniosku o zatwierdzenie taryf oraz warunków rozliczeń za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków. Dyspozycja powyższego przepisu, ujmująca alternatywę („Jeżeli taryfa zawiera stawkę opłaty abonamentowej..”) wskazuje wprost, iż taryfa nie musi zawierać tej opłaty. Oznacza to, że odrębnie ustanowione przepisy dotyczące kwestii zbiorowego zaopatrzenia w wodę dają prawo usługodawcy (w tym przypadku Odwołującemu) do kalkulacji kosztów bez obowiązku wyodrębniania stawki opłaty abonamentowej. Tak więc, wypełniając stosowny druk stanowiący załącznik do przywołanego rozporządzenia w pozycji „stawka opłaty abonamentowej” przedsiębiorca wpisuje 0 („zero”) lub „-”, co jest tożsame z wartością zero. I oczywiście nie stanowi to naruszenia przepisów ustawy o cenach.

O takim uprawnieniu Wykonawcy - możliwości wskazania ceny 0 („zero”) złotych - świadczy także orzecznictwo zarówno Zespołów Arbitrów jak i Krajowej Izby Odwoławczej. W tym miejscu Odwołujący wskazuje na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11.10.2005 r. sygn. akt. UZP/ZO/O-2829/05.

Zarzut nr 2

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Zamawiającego, jako uzasadnienie odrzucenia oferty, dotyczącego ustanowienia przez Odwołującego jednakowej ceny

jednostkowej za dostarczaną wodę (3,19 zł/1m³) oraz za odprowadzone ścieki (3,19 zł/1m³), jako przesłanki naruszenia jednej z zasad uczciwej konkurencji, należy uznać go także jako nieuzasadniony. Odwołujący podkreśla, że dokonując kalkulacji ceny jednostkowej za dostarczoną wodę oraz ceny za odprowadzane ścieki, uwzględnił, zgodnie z przepisami cytowanego rozporządzenia, konieczność uzyskania niezbędnych przychodów, ochronę odbiorców przed nieuzasadnionym wzrostem cen, łatwość obliczania i sprawdzania cen i stawek oraz inne okoliczności wskazane przepisem § 3 rozporządzenia. Aby móc zasadnie stawiać zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji niezbędne jest wzięcie pod uwagę wszystkich elementów oferty, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28 czerwca 2008r., sygn. akt KIO/UZP 587/08.

Odwołujący ponadto podnosi, że kalkulując cenę jednostkową za ścieki uwzględniono zbilansowanie ilości ścieków odprowadzanych do kanalizacji przez mieszkańców z ilością odprowadzanych do oczyszczalni poprzez zintensyfikowanie kontroli odprowadzanych ścieków oraz uszczelnienie układu (wody przypadkowe) a nadto możliwość przyjęcia dużej ilości ścieków pozataryfowych (nawet 80.000 m³ rocznie) z większymi ładunkami zanieczyszczeń od zakładów produkcyjnych po cenach 5,00 zł -5,50 zł za m³. Natomiast przy kalkulacji ceny 1 m³ wody założono zwiększone nakłady na wymianę wodomierzy i wydatne usprawnienie pracy stacji wodociągowej w Drozdowie gmina Piątnica.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

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

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy

Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów odnośnie istnienia podstaw bezprawnego odrzucenia oferty Wykonawcy oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie ważnej i najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń:

Zarzut dotyczący niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego wobec podania przez Odwołującego ceny za „miesięczną opłatę stałą za każde przyłącze wodociągowe” w wysokości 0 („zero”) i konsekwencji odrzucenie z tego powodu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ **należy uznać za zasadny.**

Należy przyznać rację twierdzeniom Odwołującego, że wysokość „miesięcznej opłaty stałej za każde przyłącze wodociągowe” stanowić może odpowiednik „stawki opłaty abonamentowej” w rozumieniu § 2 pkt 11 Rozporządzenia Ministra Budownictwa z dnia 28 czerwca 2006 roku w sprawie określenia taryf, wzoru wniosku o zatwierdzenie taryf oraz warunków rozliczeń za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków (Dz. U. z 2006. r., nr 127, poz. 886). Zgodnie z zawartą w tym Rozporządzeniu definicją, stawka opłaty abonamentowej to wielkość wyrażona w jednostkach pieniężnych, w zł na odbiorcę usług za okres rozliczeniowy, którą odbiorca usług jest obowiązany zapłacić przedsiębiorstwu wodociągowo-kanalizacyjnemu za utrzymanie w gotowości do świadczenia usług urządzeń wodociągowych lub kanalizacyjnych oraz jednostkę usługi odczytu wodomierza lub urządzenia pomiarowego i rozliczenia należności za ilość dostarczonej wody lub ilość odprowadzonych ścieków, do stawki opłaty abonamentowej dolicza się podatek w należytą wysokości. Dalsze postanowienia niniejszego Rozporządzenia wyraźnie wskazują, iż ustalona przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne taryfa może nie zawierać stawki opłaty abonamentowej (na przykład § 14 pkt 2a, § 16 ust. 5 Rozporządzenia). Trudno natomiast przyznać rację twierdzeniom Zamawiającego składanym na rozprawie, iż za miesięczną opłatę stałą za każde przyłącze wodociągowe należy uznać

za podatek od nieruchomości w wysokości 2% wartości przejętego do eksploatacji majątku związanego z systemem wodociągowym. Na stronie 3 SIWZ, w pkt 4 „Dane dotyczące eksploatacji kanalizacji” w Rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” zawarte zostały dane wskazujące na wysokość stawki podatkowej oraz wartość przekazywanych budowli związanych z systemem wodociągowym. Takie rozumienie powyższych pojęć nie wynika z zapisów SIWZ. Natomiast wykonawcy nie muszą i nie mogą domyślać się co znaczą zapisy SIWZ. Skoro sam Zamawiający na etapie ogłoszenia nie doprecyzował w opisie kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty i sposobu oceny ofert co znaczy pojęcie „wysokość miesięcznej opłaty stałej za każde przyłącze” oraz nie określił jakie opłaty i koszty ma w sobie zawierać, nie może tego tym bardziej czynić Izba na etapie korzystania przez Wykonawcę ze środków ochrony prawnej. Zgodnie z przyjętą zaś doktryną wszystkie wątpliwości tłumaczy się na korzyść Wykonawcy, on sam zaś nie może ponosić negatywnych konsekwencji za działania lub zaniechania Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający w żadnym z zapisów SIWZ nie zastrzegł, iż wysokość stawki będącej przedmiotem sporu między stronami nie może wynosić „0,00 zł”. Zastrzeżona została tylko górna granica tej stawki na poziomie 6,00 zł. Jeżeli Zamawiający wymagał, aby kwota podatku była ujęta w wysokości miesięcznej opłaty stałej lub że sama miesięczna opłata stała stanowi podatek, to winien był takich zapisów dokonać w SIWZ. Tłumaczenie na rozprawie, co Zamawiający rozumiał pod pojęciem miesięcznej opłaty stałej jest działaniem zarówno spóźnionym, jak też nieuprawnionym na tym etapie postępowania.

Na tej podstawie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp należało uwzględnić. Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego stwierdzając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ skoro w treści SIWZ nie wynikały jasno doprecyzowane zapisy dotyczące wysokości miesięcznej opłaty stałej.

Zarzut dotyczący niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego wobec podania przez Odwołującego jednakowej ceny za dostarczaną wodę i za odprowadzane ścieki jako przesłanki naruszenia jednej z zasad uczciwej konkurencji i konsekwencji odrzucenie z tego powodu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ należy **uznać za zasadny**.

Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub naraża interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami takimi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów

lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby spełniającej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama oraz organizowanie systemu sprzedaży lawinowej.

W art. 5 do 17d ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały doprecyzowane i uszczegółowione zachowania przedsiębiorców, które wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi taki czyn, wymaga w każdym przypadku szczegółowej analizy znamion czynu wykonawcy. W ocenie Izby fakt zastosowania jednakowej stawki za 1 m³ za dostarczaną wodę (3,19 zł/1m³) oraz za odprowadzone ścieki (3,19 zł/1m³) nie wyczerpuje przesłanek przypisania takiemu działaniu cech czynu nieuczciwej konkurencji. Potwierdzają to również przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrywaniu w wodę i odprowadzaniu ścieków, które nie wykluczają takiej możliwości przy założeniu, że wykonawca je stosujący wypełnił wszystkie okoliczności wpływające na cenę usług i wymagane przepisami m.in. aktów wykonawczych do tej ustawy.

Zamawiający nie wykazał, że mamy tu do czynienia z działaniem sprzecznym z prawem, czy dobrymi obyczajami, które narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie dokonano również żadnej analizy oferty Odwołującego, dlaczego ceny ukształtowano na takim poziomie i czy jest to prawem niedozwolone. Nie wystąpiono do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zaoferowanych cen. W ocenie Izby przekonujące są oświadczenia złożone przez Pełnomocnika Odwołującego na rozprawie, że kalkulując zaproponowaną stawkę brał on pod uwagę zwiększenie ilości ścieków pozataryfowych, gdzie stawka między Odwołującym, a Miejskim Przedsiębiorstwem (odpowiadającym za odbiór ścieków) byłaby stawką negocjowaną, a nie utrzymywałaby się na obecnym poziomie 3,60 zł. Odwołujący ponadto wskazywał, iż stawka ta dotychczas obowiązywała między przedsiębiorstwem, a związkiem międzygminnym, natomiast w chwili obecnej podlegałaby negocjacji.

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest sytuacja, w której ma miejsce utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż m.in. usług poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Utrudnianie dostępu do rynku pokrywa się z pojęciem „utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej” (J. Szwaia (red.) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz 2006*). Zaś, o sprzedaży poniżej kosztów świadczenia możemy mówić w okolicznościach, gdy sprzedaż nastąpiła poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu.

Biorąc powyższe pod uwagę, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, brak podstaw do stwierdzenia, iż działania Odwołującego się stanowią wskazany czyn nieuczciwej konkurencji. Nie sposób przyjąć, że zaoferowanie wykonania ceny spornych usług po cenie znacznie odbiegającej od cen pozostałych wykonawców spowoduje skutek w postaci utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej przez innych przedsiębiorców. Tym bardziej, że chodzi o jeden z elementów palety usług objętych zamówieniem. Zastosowana metoda wyceny poszczególnych rodzajów usług stanowi czynnik przesądzający o konkurencyjności przedmiotowej oferty i wynika z przyjętej strategii budowania ceny oferty. Co więcej, Zamawiający nie udowodnił i nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzić, że takie ukształtowanie cen przez Odwołującego jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Każdy z wykonawców miał możliwość przyjęcia takiego sposobu kalkulacji ceny oferty, aby przy uwzględnieniu różnych determinantów (rodzaj usługi, kryterium wagi cen poszczególnych usług), sporządzić ofertę konkurencyjną. Ponadto, złożenie oferty na takich warunkach jedynie w jednym postępowaniu (jednorazowa czynność), trudno uznać za utrudnianie prowadzonej działalności gospodarczej i ograniczanie dostępu do rynku.

Nie sposób przyjąć, że jej zaoferowanie doprowadzi do eliminacji z rynku innych przedsiębiorców. Stwierdzić można jedynie, iż wycena spornych usług spowodowała utratę możliwości uzyskania tego, konkretnego zamówienia. Nie oznacza to wcale, że ich działalność z tego powodu ustanie.

Tym samym, zdaniem Izby, doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert, jak również w toku wyboru oferty najkorzystniejszej art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak wnikliwego zbadania ofert z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie ze względu na niemożliwość dokonania oceny ze względu na konieczność takiego a nie innego zastosowania matematycznych obliczeń wymienionych w SIWZ kryteriów oceny ofert, Zamawiający winien zdaniem Izby rozważyć możliwość unieważnienia postępowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....