

Sygn. akt: KIO 2067/13

**WYROK**  
**z dnia 5 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Aneta Mlącka**  
                                  **Andrzej Niwicki**  
                                  **Marzena Ordysińska**

**Protokolant:**       **Paulina Nowicka**

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

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

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

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

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

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

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z dnia 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....  
.....  
.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający PKP Intercity SA prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „dostarczenie fabrycznie nowych, jednego typu 10 lokomotyw wraz z napędem silnikiem spalinowym z przekładnią elektryczną wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania” Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 25 stycznia 2013 r., nr 20, poz. 031639.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, zaniechaniu wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym, uznaniu oferty konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag i Gliwice S.A. za najkorzystniejszą oraz unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania przetargowego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uznk art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. w zw. z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że złożenie oferty przez Odwołującego było sprzeczne z dobrymi obyczajami, utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku, a zatem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś Odwołujący na skutek swoich działań utrudnił innym wykonawcom dostęp do rynku i zagroził ich interesom w prowadzonym postępowaniu, co w ocenie Zamawiającego czyniło koniecznym odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy realia faktyczne i prawne sprawy nie dają podstaw do uznania złożenia oferty przez Odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji, w tym w postaci utrudniania dostępu do rynku, a dodatkowo Zamawiający pomimo ciężącego na nim ciężaru dowodu nie wykazał w jakikolwiek sposób zasadności sformułowanych przez siebie tez; art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 1, 2, 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego de facto z powodu rzekomo nierealnej ceny jednostkowej za świadczenie usług utrzymania, co jest sprzeczne z wykładnią dokonaną w wyroku KIO z dnia 13 czerwca 2013 r., nakazującym Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, stanowi odrzucenie oferty z pominięciem obowiązku skutecznego zastosowania procedury wyjaśniającej, nie znajduje oparcia w realiach faktycznych sprawy (z uwagi na brak: nierealności ceny jednostkowej za usługę utrzymania, a także jest sprzeczne z obowiązkiem odnoszenia kryterium nierealności (rażąco niskiej ceny) do ceny za realizację przedmiotu zamówienia, nie zaś do cen jednostkowych; art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez Zamawiającego i sporządzenie, pozornego uzasadnienia

czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego; art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, zaniechanie uznania przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w prowadzonym postępowaniu; art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 2 pkt 5 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. bezpodstawne unieważnienie postępowania przetargowego przez Zamawiającego po uprzednim nieprawidłowym uznaniu oferty konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag , Gliwice S.A. za najkorzystniejszą w sytuacji, w której to oferta Odwołującego (nie zaś oferta konsorcjum) była ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, nie było podstaw do jej odrzucenia, a w konsekwencji, nie było podstaw do unieważnienia Postępowania; art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na niezasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego, oraz bezpodstawnym w tych okolicznościach unieważnieniu postępowania przetargowego. Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci unieważnienia postępowania przetargowego, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego; z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, iż Zamawiający przed unieważnieniem Postępowania dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty - nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności w postaci wyboru i uznania oferty konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag Gliwice S.A. za najkorzystniejszą w Postępowaniu; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zastępstwa procesowego.

W postępowaniu oferty zostały złożone przez trzech wykonawców: 1) Pojazdy Szybowe PESA Bydgoszcz S.A.; 2) Vossloh Espana S.A. Hiszpania; 3) Konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag Gliwice S.A. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w celu wyjaśnienia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła „cena” świadczenia usług utrzymania lokomotyw. Odwołujący złożył wyjaśnienia, jednocześnie zaskarżając do Krajowej Izby Odwoławczej czynność Zamawiającego w postaci wezwania. Izba uwzględniła odwołanie, uznając wezwanie za niezgodne z ustawą i nakazując Zamawiającemu unieważnienie tej czynności.

W myśl rozdziału XIV ust. 1 SIWZ przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierować się będzie następującymi kryteriami: ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia - waga 80% oraz terminem dostawy - waga 20%. Biorąc pod uwagę powyżej określone kryteria, zdaniem Odwołującego, oferta Odwołującego przedstawia

najkorzystniejszy bilans ceny i terminu realizacji zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na wypełnienie przez tę ofertę przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający uznał, że złożenie przez Odwołującego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający odrzucił również ofertę Vossloh Espana S.A. z uwagi na niezgodność tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W dniu 16 sierpnia 2013 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania przetargowego w oparciu o art 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający uznał ofertę konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag Gliwice S.A. za najkorzystniejszą w Postępowaniu pod względem zaoferowanej ceny (po odrzuceniu dwóch pozostałych ofert), niemniej jednak z uwagi na przekroczenie przez ten podmiot kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przetarg według Zamawiającego podlegał unieważnieniu.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że Odwołujący w zakresie świadczenia usług utrzymania zaoferował stawkę wynoszącą kwotę 0,01 złotych brutto za 1 km przebiegu pojazdu, w okresie 12 lat świadczenia tych usług. Zaproponowana stawka jest ceną nierealną, bowiem nie jest możliwe świadczenie usług utrzymania za cenę oferowanej stawki i w tej sytuacji brak jest też przesłanek do uznania, że istnieje pełna gwarancja wykonania świadczenia usług utrzymania. W tych okolicznościach oraz uwzględniając, że na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień z dnia 22 maja 2013 roku, Odwołujący nie złożył pełnego wyjaśnienia w tym zakresie, uznano, że działania Odwołującego są sprzeczne z dobrymi obyczajami, utrudniającym wykonawcom dostęp do rynku, a zatem stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „Czynem nieuczciwej konkurencji są działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego; przedsiębiorcy lub klienta”. W szczególności czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku (art. 3 ust 2 i art. 15 powołanej wyżej ustawy). Odwołujący na skutek tych działań, uzyskał przewagę nad innymi wykonawcami, w następstwie czego doszło do utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku i zagrożenia ich interesom w niniejszym postępowaniu. Mając powyższe na uwadze oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż „(...)” złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...)”. Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na powołany jako podstawa prawna odrzucenia art 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - popełnienie przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie

oferty w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, samo uzasadnienie odrzucenia dąży do wykazania innej przesłanki odrzucenia oferty - nierealności (rażąco niskiej) ceny. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wskazał żadnych argumentów na poparcie swojego stanowiska, że „cena” zaoferowana za świadczenie usług utrzymania jest nierealna, nie daje pełnej gwarancji świadczenia usług utrzymania. W ocenie Odwołującego przywołana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia stanowi obchodzenie wiążącego Zamawiającego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 1294/13. W ocenie Odwołującego podana przez Zamawiającego przyczyna odrzucenia oferty jest pozorna i służy jedynie zamaskowaniu „pierwotnej”, zamierzonej przez Zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty, jaką według Zamawiającego jest rzekomo rażąco niska cena jednostkowa świadczenia usług utrzymania. To z kolei może świadczyć o obchodzeniu przez Zamawiającego przepisów o obligatoryjnym przeprowadzeniu postępowania w trybie art. 90 Pzp przed odrzuceniem oferty z uwagi na nierealność podanej w niej ceny (ceny za realizację zamówienia, nie cen jednostkowych).

Zamawiający zastosował w stosunku do Odwołującego postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 Pzp, a Odwołujący złożył wyjaśnienia. Odwołujący złożył odwołanie od tej czynności do KIO, które zostało uwzględnione przez Izbę wyrokiem z dnia 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1294/13). Uwzględniając odwołanie, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności postaci wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 22 maja 2013 r. Pomimo faktu, że wezwanie zostało wystosowane, a wyjaśnienia zostały złożone przez Odwołującego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie ma podstaw do twierdzenia, że przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 Pzp, zaś wyjaśnienia Odwołującego z dnia 29 maja 2013 r. są w istocie wyjaśnieniami udzielonymi w tym trybie.

Odwołujący podkreślił także brak podstaw do analizowania spełnienia przesłanki rażąco niskiej ceny w odniesieniu do poszczególnych składników ceny zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający ustala wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym. Zamawiający powołując się na nierealność „ceny” za świadczenie usług utrzymania i niepełność wyjaśnień Odwołującego całkowicie zlekceważył wykładnię dokumentów przetargowych, dokonaną przez KIO w powyższym wyroku. Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp z uwzględnieniem uwag poczynionych przez KIO w wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r. Zaniechanie wezwania jest natomiast jednoznaczne z nieprzeprowadzeniem procedury z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp przed odrzuceniem oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Odrzucenie oferty z uwagi na nierealność ceny jest niedopuszczalne gdyż wymaga przeprowadzenia procedury wyjaśniającej przed odrzuceniem oferty z uwagi na rażąco niską cenę oferty. Zaniechanie jej przeprowadzenia jest w orzecznictwie KIO tożsame z

niezgodnością z prawem odrzucenia oferty z uwagi, rażąco niską cenę i uzasadnia unieważnienie takiej czynności.

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający jest związany sporządzonym przez siebie uzasadnieniem odrzucenia oferty, określonymi tam okolicznościami faktycznymi i niedopuszczalne jest potencjalne następcze uzupełnianie przyczyn, dla których oferta winna być odrzucona, a w tym wypadku uzupełnianie przez Zamawiającego postaci czynów nieuczciwej konkurencji, jakich dopuścił się rzekomo Odwołujący składając ofertę w Postępowaniu.

Odwołujący argumentował, że stwierdzenie, że wykonawca złożył ofertę z ceną nierealną (czyli rażąco niską) wymagałoby przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Pomimo faktu, że Zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające w tym celu wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień, czynność ta została uznana przez KIO za niezgodną z prawem. Zamawiający na tym etapie postępowania nie jest władny stwierdzić, że cena, zwłaszcza jednostkowa, jest nierealna, albowiem wymagałoby skutecznego wdrożenia procedury wyjaśniającej. Nie ma przeciwwskazań do wzywania wykonawców w trybie art. 90 Pzp do składania wyjaśnień przy cenie ryczałtowej. Wezwanie winno odnosić się do ceny za realizację zamówienia, nie zaś za realizację poszczególnych świadczeń, a w stanie faktycznym sprawy, nie mogło obejmować żądania do przedstawienia szczegółowych zasad kalkulacji ceny z uwagi na takie, a nie inne postanowienia SIWZ. Odwołujący podkreślił także, że pomimo możliwości ponownego wezwania z zastrzeżeniem powyższym uwag, Zamawiający po uzyskaniu negatywnego orzeczenia KIO nie wezwał powtórnie Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do całości ceny zaproponowanej w ofercie. Tym samym pozbawił się on możliwości, formułowania twierdzeń o nierealności ceny za realizację zamówienia objętego przetargiem, tym bardziej nierealności cen jednostkowych (niezależnie od braku prawnej możliwości odnoszenia kryterium rażąco niskiej ceny składników cenotwórczych).

Odwołujący, podkreślił, że art. 15 ust. 1 pkt 1 uoznk odnosi się do eliminacji konkurentów jedynie w ramach danego postępowania przetargowego, a o zamiar obejmujący eliminację z dostępu do danego rynku towarów i usług. Trudno uznać złożenie oferty przez Odwołującego utrudnia dostęp do rynku w celu eliminacji konkurencji. Uczestniczenie Odwołującego w prowadzonym przetargu w żaden sposób nie wpłynęło na udział konkurentów (NEWAG S.A., Newag Gliwice S.A. czy Vossloh i Espana S.A.) na rynku taboru szynowego. Podmioty te w dalszym ciągu biorą udział w postępowaniach przetargowych w ramach prowadzonej działalności, w wielu wypadkach uzyskując udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący złożył ofertę z zamiarem wyeliminowania

konkurentów z rynku, ani też nie wykazał, na czym miałyby polegać rzekome uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami przez Odwołującego.

Każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szansę innego przedsiębiorcy na rynku. Zarówno wskazana przez Odwołującego forma utrudniania dostępu do rynku (zaniżenie ceny), jak i inne formy, są typowymi środkami walki konkurencyjnej i działania takie są, co do zasady, dozwolone. Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie "utrudnianie", które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, to jest głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest niczym innym, jak rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług.

Odwołujący podniósł, że gdyby Zamawiającemu chodziło o czyn nieuczciwej konkurencji nie wskazany wprost w art. 15 ust. 1 uoznk, to nie sposób zaakceptować, że został on popełniony przez Odwołującego. Konieczne byłoby wykazanie przez Zamawiającego, że złożenie oferty było sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza bądź zagraża interesowi innego przedsiębiorcy.

Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania wskazał, że w związku z odrzuceniem ofert Odwołującego oraz Vossloh Espana S.A., jedyną ważną ofertą podlegającą rozpatrzeniu była oferta konsorcjum NEWAG S.A. oraz Newag Gliwice S.A. Konsorcjum to zaoferowało realizację przedmiotu zamówienia za kwotę 211.683.000 złotych brutto, podczas gdy Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 207.378.000 złotych. Zatem kwota zaoferowana przez konsorcjum przewyższa kwotę zaplanowaną na realizację zamówienia o 4.305.000 złotych brutto. Zamawiający nie może zwiększyć kwoty zaplanowanej na sfinansowanie zamówienia do ceny złożonej oferty zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. z uwagi na to, że wartość oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie nie było jednak podstaw ani do uprzedniego wyboru (uznania) oferty konsorcjum za najkorzystniejszą, ani do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Nie została spełniona przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp uzasadniająca odrzucenie oferty Odwołującego, co w rezultacie prowadzi do wniosku, że nie została wypełniona hipoteza art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego jako jedyna - zawierała cenę mieszczącą się w budżecie zaplanowanym przez Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia.



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

Izba nie znalazła przesłanek do odrzucenia odwołania.

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

Izba nie znalazła przesłanek do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

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

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

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

Podkreślenia wymaga, że zawarty w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane każde zachowanie wykonawcy, sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nawet jeżeli nie zostało ono wprost uznane za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 5 i następne ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie, pomimo ryczałtowego charakteru ceny całego zamówienia, Zamawiający wprowadził różne kryteria cenowe, dotyczące wysokości zaoferowanej przez wykonawców ceny brutto za dostawę pojazdów oraz ceny brutto za świadczenie usługi utrzymania, rozumianej jako stawka za 1 km przebiegu każdego pojazdu. Ocena spełnienia tych kryteriów podlegała odpowiedniej punktacji przez Zamawiającego, przy czym waga w kryterium dostawy wynosiła 60%, natomiast waga w kryterium usługi utrzymania wynosiła 20%. W ramach oceny tych kryteriów, Zamawiający oddzielnie dokonywał punktacji za dostawę i oddzielenie za usługi utrzymania.

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

zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy nie stosowali takich praktyk i uczciwie wskazywali cenę. Odwołujący skonstruował strukturę cenową swojej oferty w taki sposób, że umożliwiłoby mu to uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób nie mający nic wspólnego z zasadami uczciwej konkurencji. Za świadczenie usług utrzymania, Odwołujący zaoferował cenę obiektywnie najniższą z możliwych. Przy zaoferowaniu przez Odwołującego ceny w wysokości 0,01 zł, żaden z pozostałych wykonawców nie mógłby zaoferować ceny niższej. Spowodowało to, przy dokonywaniu przez Zamawiającego oddzielnej oceny kryterium cenowego za usługi utrzymania, uzyskanie przez Odwołującego maksymalnej oceny w zakresie tego kryterium, kosztem innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przy zaoferowaniu przez Odwołującego ceny usługi utrzymania, która to cena nie mogła być niższa, ocena ofert pozostałych wykonawców w zakresie tego kryterium musiałaby być w sposób bezpodstawny zaniżona. Co więcej, nawet zaoferowanie przez pozostałych wykonawców niższej ceny w innym kryterium - za dostawę pojazdów, mogłoby nie doprowadzić do uzyskania przez nich zamówienia. Cena takich pojazdów musiałaby być zaniżona w taki sposób, aby zniwelować przewagę Odwołującego, wynikającą z zaoferowania ceny za usługi utrzymania na najniższym możliwym poziomie. Prowadziłoby to do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany.

Przy czym nie ulega wątpliwości, że działania Odwołującego zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, a więc ich celem było utrudnienie przez Odwołującego innym wykonawcom dostępu co najmniej do uzyskania niniejszego zamówienia. Stanowi to do wystarczającą przesłankę do uznania, iż działania Odwołującego stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w toku postępowania, ani w złożonym odwołaniu w ogóle nie odniósł się do kwestii, czy zaoferowana przez niego stawka za usługi utrzymania wynosząca 0,01 zł jest realna i w jaki sposób zamierza za tę stawkę wykonać zamówienie w zakresie usług utrzymania. Uzasadnione jest twierdzenie, że Odwołujący starał się wręcz uniknąć udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy zaoferowana przez niego cena świadczenia usługi utrzymania odzwierciedla realną strukturę kosztów, związanych ze świadczeniem usług tego rodzaju.

Co więcej, Odwołujący utrzymywał, że Zamawiający powinien zwrócić się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie ceny przed odrzuceniem jego oferty, kwestionując jednocześnie dotychczasowe wezwanie Zamawiającego o udzielenie takich wyjaśnień.

Podkreślić należy, że przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego było uznanie jej złożenia za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Przy tej podstawie odrzucenia oferty, ustawa nie

nakłada na Zamawiającego wymogu dokonywania czynności wyjaśniania treści złożonej oferty.

Nieuzasadnione jest także, zdaniem Izby, twierdzenie Odwołującego, że złożenie oferty przez Odwołującego nie utrudnia dostępu do rynku innym wykonawcom oraz że uczestniczenie Odwołującego w prowadzonym przetargu w żaden sposób nie wpłynęło na udział konkurentów (NEWAG S.A., Newag Gliwice S.A. czy Vossloh i Espana S.A.) na rynku taboru szynowego, bowiem podmioty te w dalszym ciągu biorą udział w postępowaniach przetargowych w ramach prowadzonej działalności, w wielu wypadkach uzyskując zamówienie publiczne. Podnieść należy, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosząc popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji do utrudnienia dostępu do rynku nie określa o jaki dokładnie rynek chodzi. Rynkiem tym może być zarówno rynek globalny jak i lokalny. Wobec tak szerokiego rozumienia pojęcia rynku zawartego w ustawie, popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji może być związane z utrudnieniem lub uniemożliwieniem innym przedsiębiorcom uzyskania konkretnego zamówienia. Eliminowanie z rynku nie oznacza wyłącznie sytuacji gdy przedsiębiorca traci byt prawny, lub faktycznie nie może uzyskiwać żadnych zamówień, ale jest to także pozbawianie możliwości uzyskania konkretnego zamówienia, na skutek zastosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez jednego z wykonawców.

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

W konsekwencji należało uznać, że Zamawiający nie naruszył także art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, zaś oferta kolejnego wykonawcy zawierała cenę, która przewyższała zaplanowaną na realizację zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....