

Sygn. akt: KIO 962/16

WYROK
z dnia 14 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **Orange Real Estate Sp. z o.o., ul. Piękna 17/19, 00 – 549 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwiecka 62, 00-973 Warszawa**

przy udziale wykonawców **A. K. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K., ul. Bulwar Ikara 16/13, 54-130 Wrocław** oraz **Polska Grupa Inżynieryjna S.A. S.K.A., ul. F.M. Lanciego 14 lok. 2, 02-792 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 25.05.2016 r. w częściach 9, 12, 13, 15, 17, 21, 28, 34, 35 i 37 oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach,**

w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie na podstawie art. 7 ust.1 i 3 Pzp w zw. art. 90 ust.1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ofert następujących Wykonawców: **A. K. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K., ul. Bulwar Ikara 16/13, 54-130 Wrocław w części 34 i 35; Polska Grupa Inżynieryjna S.A. S.K.A., ul. F.M. Lanciego 14 lok. 2, 02-792 Warszawa w części 12, 15, 17, 28 i 37 oraz CarboHut Projekt Sp. z o.o., ul. Mrzygłodzka 20, 42-400 Zawiercie w części 9, 13 i 21, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania opartych na tej podstawie prawnej oraz zarzutu odwołania kwestionującego prawidłowość czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 25.05.2016 r. w częściach 9, 12, 13, 15, 17, 21, 28, 34, 35 i 37, w pozostałym zakresie oddała zarzuty.**

2. kosztami postępowania obciąża A. K. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K., ul. Bulwar Ikara 16/13, 54-130 Wrocław oraz Polska Grupa Inżynieryjna S.A. S.K.A., ul. F.M. Lanciego 14 lok. 2, 02-792 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Orange Real Estate Sp. z o.o., ul. Piękna 17/19, 00 – 549 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od A. K. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K., ul. Bulwar Ikara 16/13, 54-130 Wrocław oraz Polska Grupa Inżynieryjna S.A. S.K.A., ul. F.M. Lanciego 14 lok. 2, 02-792 Warszawa na rzecz Orange Real Estate Sp. z o.o., ul. Piękna 17/19, 00 – 549 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika wliczonych w poczet kosztów postępowania, w tym kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) od A. K. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K., ul. Bulwar Ikara 16/13, 54-130 Wrocław oraz kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) od Polska Grupa Inżynieryjna S.A. S.K.A., ul. F.M. Lanciego 14 lok. 2, 02-792 Warszawa.

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) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie okresowych kontroli obiektów budowlanych w zakresie przewidzianym w art. 62 ust. 1 pkt 1), 2) ustawy Prawo budowlane w latach 2016-2017 oraz kontroli obiektów budowlanych w zakresie przewidzianym w art. 62 ust. 1 pkt 3) ustawy Prawo budowlane w latach 2016 (2 półrocze) - 2018 (1 półrocze), w podziale na 38 zadań” (znak sprawy: KPDA/2015/WNP-004004), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 019 - 030427 z 28.01.2016 r., przez Polskie Koleje Państwowe S.A., ul. Szczęśliwiecka 62, 00-973 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 25.05.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej dla części 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 24, 28, 30, 33, 34, 35 i 37. Stwierdził m.in. że wybrano ofertę p. A. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K., ul. Bulwar Ikara 16/13, 54-130 Wrocław zwanej dalej: „Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K.” albo „Przystępującym” albo „Sprzeciwiającym” w części 34 i 35; Polskiej Grupy Inżynierskiej S.A. S.K.A., ul. F.M. Lanciego 14 lok. 2, 02-792 Warszawa w części 12, 15, 17, 28 i 37 zwanej dalej: „Polska Grupa Inżynierska S.A. S.K.A.” albo „Przystępującym” albo „Sprzeciwiającym” oraz CarboHut Projekt Sp. z o.o., ul. Mrzygłodzka 20, 42-400 Zawiercie w części 9, 13 i 21 zwana dalej: „CarboHut Projekt Sp. z o.o.”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła dla niniejszych części - oferta: Orange Real Estate Sp. z o.o., ul. Piękna 17/19, 00 – 549 Warszawa zwana dalej: „Orange Real Estate Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”

W dniu 03.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Orange Real Estate Sp. wniosła odwołanie na w/w czynność z 26.05.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.06.2016 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu:

1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „Pzp” poprzez dokonanie w sposób nieprawidłowy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 9, 12, 13, 15, 17, 21, 28, 34, 35, 37,

2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: CarboHut Projekt Sp. z o.o., Firma Budowlana PANORAMA-

BUD A. K. oraz Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. w zakresie części 9, 12, 13, 15, 17, 21, 28, 34, 35, 37 ze względu na rażąco niską cenę zawartą w tych ofertach,

3) art. 7 ust.1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie zwanej dalej; „UZNK” odrzucenia ofert: CarboHut Projekt Sp. z o.o., Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. oraz Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. w zakresie części 9, 12, 13, 15, 17, 21, 28, 34, 35, 37 ze względu na złożenie oferty, co stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym wnosił o:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 9,12, 13, 15, 17, 21, 28, 34, 35, 37,

2) dokonanie odrzucenia ofert: • CarboHut Projekt Sp. z o.o. w częściach: 9, 13, 21, • Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. w częściach 12, 15, 17, 28, 37, • Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. w częściach 34 i 35 ze względu na rażąco niską cenę, na podstawie art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz ich złożenia stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK,

3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w częściach 9, 12, 13, 15, 17, 21, 28, 34, 35, 37.

W zakresie części 9,13,21 - wykonawca CarboHut Projekt Sp. z o.o. Zamawiający w zakresie części 9,13 oraz 21 zdecydował się na przeprowadzenie aukcji elektronicznej, w wyniku której, CarboHut Projekt Sp. z o.o. złożyło następującą ofertę cenową: • w dniu 10.05.2016 r. w zakresie zadania nr 9 - w wysokości 63 000,00 zł brutto, • w dniu 11.05.2016 r. w zakresie zadania nr 13 - wysokości 145 000 zł brutto, • w dniu 12.05.2016 r. w zakresie zadania nr 21 - w wysokości 146 000 zł brutto. Zamawiający powziął wątpliwość co do wysokości oferowanej przez wykonawcę ceny, bowiem spełniała ona przesłanki wymienione w art. 90 ust. 1 Pzp, tj. była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający wszczął obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 ust. 1 Pzp - czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z wykładni literalnej przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie Izby wynika, że Zamawiający jest obowiązany dokonać czynności sprawdzających poprzez wezwanie Wykonawcy, w wyznaczonym terminie, do złożenia wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności jeśli jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy,

kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 90 ust. 2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający pismem znak KPDA01.21.273.2015.PP/129 z 18.05.2016 r. wezwał CarboHut Projekt Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca CarboHut Projekt Sp. z o.o. w dniu 23.05.2016 r. udzielił odpowiedzi na pismo znak KPDA01.21.273.2015.PP/129 z dnia 18.05.2016 r. W wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez CarboHut Projekt Sp. z o.o. za wystarczające i podjął decyzję o udzieleniu zamówienia temu Wykonawcy. W związku z wątpliwościami dotyczącymi poprawności złożonych wyjaśnień przez CarboHut Projekt Sp. z o.o. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez CarboHut Projekt Sp. z o.o. W zakresie rażąco niskiej ceny. Po dokonaniu analizy złożonych przez wykonawcę CarboHut Projekt Sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Odwołujący oświadcza, że nie zgadza się z czynnością Zamawiającego w zakresie części 9,13,21. W ocenie Odwołującego, wykonawca CarboHut Projekt Sp. z o.o. nie przedstawiło jakiegokolwiek kalkulacji kosztów realizacji zamówienia oraz dowodów uzasadniających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Po pierwsze, należy zauważyć, że wykonawca przedstawił tę samą, niemalże identyczną argumentację dotyczącą ceny zaoferowanej w różnych częściach: 9, 13 oraz 21. Po drugie, wykonawca CarboHut Projekt Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia niezwykle ogólne, nie poparte jakąkolwiek kalkulacją, ani jakimkolwiek innym dowodem poza zaświadczeniem o uzyskanej pomocy publicznej. W wyjaśnieniach, wykonawca CarboHut Projekt Sp. z o.o. argumentował dokonaną przez siebie kalkulację takimi czynnikami jak: posiadana wiedza i doświadczenie, dysponowany sprzęt, zaplecze, bliskość do miejsca realizacji zamówienia, uzyskana pomoc publiczna, autorskie zasady wykonywania zamówienia, stosowana u Wykonawcy polityka pracy. Jednakże żaden z wymienionych wyżej czynników nie został poparty jakimkolwiek dowodem, ani nawet choćby minimalną kalkulacją. Zamawiający ze złożonych przez wykonawcę CarboHut Projekt Sp. z o.o. wyjaśnień nie uzyskał wiedzy, w jaki sposób posiadany sprzęt, czy autorskie zasady wykonania zadania wpłynęły na skalkulowanie ceny na tak niskim poziomie. Odwołujący jednocześnie chciałby wskazać, że przyjęty przez wykonawcę CarboHut Projekt Sp. z o.o. kierunek wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny był zupełnie chybiony. Argument, iż posiadana wiedza i doświadczenie miałyby wpływ na skalkulowanie ceny na niższym poziomie nie stanowi wystarczającego uzasadnienia, bowiem każdy z wykonawców

biorących udział w niniejszym postępowaniu posiada szerokie doświadczenie w realizacji usług związanych z przedmiotem zamówienia, co potwierdzają złożone przez nich wykazy wiedzy i doświadczenia. Również twierdzenie, iż udział w aukcji elektronicznej uzasadniał zaferowanie niższej ceny jest niezasadny, bowiem przy przyjęciu takiego stanowiska należałoby uznać, że aukcja elektroniczna stanowi narzędzie umożliwiające obejście wykonawcom przepisów dotyczących oferowania rażąco niskiej ceny. Nie ulega również wątpliwości, iż posiadanie przez wykonawcę zaplecza, sprzętu, środków transportu umożliwia skalkulowanie ceny na niższym poziomie, jednak nie należy zapominać, iż utrzymanie niezbędnego potencjału technicznego i organizacyjnego również generuje koszty, które wykonawca winien był uwzględnić w swojej kalkulacji. Przywołał wyrok KIO z 24.06.2015r., sygn. akt: KIO 1216/15. Odnosząc się zaś do autorskich zasad wykonania zadania oraz stosowanych: standaryzacji dokumentacji, informatycznej bazy danych i wypracowanych algorytmów postępowania, które rzekomo mają wpływ na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, należy wskazać, że również Odwołującemu, jak również z pewnością pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, znane są liczne usprawnienia w zakresie organizacji pracy, funkcjonowania przedsiębiorstwa i realizacji zamówień, toteż nie można uznać powyższego za czynnik mający szczególne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty wykonawcy CarboHut Projekt Sp. z o.o. W związku z powyższym, wyjaśnienia wykonawcy CarboHut Projekt Sp. z o.o. należy uznać za ogólnikowe i gołosłowne, gdyż nie zostały potwierdzone żadną kalkulacją, ani dowodem, jak również przekonującą argumentacją. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, jest obowiązany wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Interpretację niniejszego przepisu przedstawiła KIO w wyroku z 14.04.2015r., sygn. akt: KIO 637/15. Z powyższego wyroku wynika, że wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody potwierdzające, iż cena została skalkulowana prawidłowo. Przywołał także wyrok KIO z 11.02.2016r., sygn. akt: KIO 121/16. Powyższe orzeczenie wskazuje jednoznacznie, że argumentacja ogólna i lakoniczna, nie wskazująca w żaden sposób na wpływ czynników na wysokość skalkulowanej ceny uzasadnia odrzucenie oferty ze względu na rażąco niską cenę. W ocenie Odwołującego CarboHut Projekt Sp. z o.o. nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 Pzp oraz treścią wezwania, w szczególności zaś nie przedstawił kalkulacji kosztów wraz z dowodami mającymi istotne znaczenie z punktu widzenia niniejszego zamówienia, tj.: • ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia w terminie wskazanym w ofercie, • kosztów wynagrodzenia osób zaangażowanych w realizację zamówienia, • kosztów transportu, • kosztów noclegów, • kosztów materiałów, • kosztów ubezpieczenia OC oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy, • kosztów prowadzenia biura. Odwołujący stoi na stanowisku, iż

wykonawca CarboHut Projekt Sp. z o.o. nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w związku z czym złożona przez niego oferta winna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Ponadto, przytoczone powyżej argumenty potwierdzają, że złożenie oferty przez CarboHut Projekt Sp. z o.o. stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Złożenie oferty przez CarboHut Projekt Sp. z o.o. jest „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Oferowanie wykonania zamówienia za ceny dumpingowe, stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, nad których przestrzeganiem zobowiązany jest czuwać Zamawiający stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z orzecznictwem KIO, art. 90 ust. 1-3 Pzp winien nie tylko chronić Zamawiającego przed składaniem ofert, których realizacja jest wątpliwa, ale również przepis ten ma chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi działaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także, czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na straży której stoi Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze powyższe, zarzuty Odwołującego w zakresie części 9, 13 i 21 są uzasadnione.

W zakresie części 12, 15, 17, 28, 37 - Polska Grupa Inżynierska Sp. z o.o. S.K.A. Zamawiający w zakresie części 12, 15, 17, 28 i 37 zdecydował się na przeprowadzenie aukcji elektronicznej, w wyniku której, Polska Grupa Inżynierska Sp. z o.o. S.K.A. złożył następującą ofertę cenową: • w dniu 11.05.2016 r. w zakresie zadania nr 12 - w wysokości 139 999 zł brutto, • w dniu 11.05.2016 r. w zakresie zadania nr 15 - wysokości 139 999 zł brutto, • w dniu 11.05.2016 r. w zakresie zadania nr 17 - wysokości 95 000 zł brutto, • w dniu 12.05.2016 r. w zakresie zadania nr 28 - w wysokości 99 999 zł brutto, • w dniu 13.05.2016 r. w zakresie zadania nr 37 - w wysokości 160 000 zł brutto. Zamawiający powziął wątpliwość co do wysokości oferowanych przez wykonawcę cen, bowiem spełniały one przesłanki wymienione w art. 90 ust. 1 Pzp, tj. były niższe o ponad 30% od wartości zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający wszczął obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 ust. 1 Pzp - czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający pismem znak KPDA01.21.273.2015.PP/126 z 18.05.2016 r. wezwał wykonawcę Polska Grupa Inżynierska Sp. z o.o. S.K.A. do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca Polska Grupa Inżynierska Sp. z o.o. S.K.A. w dniu 19.05.2016 r. udzielił odpowiedzi na pismo znak KPDA01.21.273.2015.PP/126 z dnia 18.05.2016 r. W wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez Polska Grupa Inżynierska Sp. z o.o. S.K.A. za

wystarczające i podjął decyzję o wyborze oferty niniejszego wykonawcy jako najkorzystniejszej. W związku z wątpliwościami dotyczącymi poprawności złożonych wyjaśnień przez Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący po przeprowadzeniu wnikliwej analizy złożonych przez Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. wyjaśnień wskazuje, że nie zgadza się z czynnością dokonaną przez Zamawiającego w zakresie części 12, 15, 17, 28 i 37. Po pierwsze, należy wskazać, że wykonawca Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. przedstawił argumentację dotyczącą kalkulacji różnych części postępowania według identycznego schematu. W tym zakresie przedstawił lakoniczną kalkulację dotyczącą:

- kosztów związanych z wynagrodzeniem pracowników,
- kosztów zakwaterowania,
- kosztów materiałów,
- kosztów dojazdów.

O ile można by było zgodzić się z przyjętym kierunkiem kalkulacji, o tyle nie można samej kalkulacji uznać za wystarczającą i prawdopodobną ze względu na brak jakiegokolwiek dowodu. Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. przedstawił lakoniczne obliczenia, powołując się na kwoty, które nie znajdują potwierdzenia w jakimkolwiek dowodzie. W związku z powyższym, Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy podane przez wykonawcę w kalkulacji liczby stanowią realne kwoty umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie. Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. zaniechał przedstawienia dowodów potwierdzających podane kwoty wynagrodzenia za pracę, choćby w formie przykładowej umowy o pracę, bądź w postaci listy płac. Nie podał również uzasadnienia dla zastosowania podanej liczby pracowników dla realizacji danej części zamówienia. Na potwierdzenie kosztów zakwaterowania nie przedstawił dowodów w formie faktur, cenników czy też ofert. W zakresie kosztów materiałów biurowych, przedstawioną kalkulację należy uznać za co najmniej lakoniczną, bowiem nie zostało w tym zakresie podane, co właściwie wykonawca wliczył w tę pozycję, pomijając już fakt, że nie przedstawiono również żadnych dowodów na potwierdzenie przyjętej kwoty. Także koszty dojazdów nie zostały należycie uzasadnione - wykonawca podał zryczałtowaną kwotę, której metody kalkulacji nie sposób zweryfikować, jak również brak w tym zakresie jakichkolwiek dowodów w formie faktur, bądź cenników. Powoływanie się na wiedzę i doświadczenie, podobnie jak w przypadku wykonawcy CarboHut Projekt Sp. z o.o. również należy uznać za chybione i nie można tego poczytać za argument przemawiający przeciwko stwierdzeniu rażąco niskiej ceny w ofercie. Przywołał również fragment wyroku KIO z 10.06.2015r., sygn. akt: KIO 1103/15. W powyższym wyroku KIO uznała za słuszną decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ponieważ przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzającymi jedynie część czynników mających wpływ na kalkulację ceny Izba uznała za niewystarczające. O obowiązku

przedstawienia szczegółowej kalkulacji elementów składających się na cenę wspomniana również KIO w wyroku z 13.08.2015r., sygn. akt: KIO 1664/15. Biorąc pod uwagę, że Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, zaś przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja jest lakoniczna i ma liczne braki, żądanie Odwołującego należy uznać za uzasadnione. W związku z powyższym, oferta Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. winna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Podobnie jak w przypadku wykonawcy CarboHut Projekt Sp. z o.o. przytoczone powyżej argumenty potwierdzają, że złożenie oferty przez wykonawcę Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Złożenie oferty przez Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. jest „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Oferowanie wykonania zamówienia za ceny dumpingowe, stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, nad których przestrzeganiem zobowiązany jest czuwać Zamawiający stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z orzecznictwem KIO, art. 90 ust. 1-3 Pzp winien nie tylko chronić Zamawiającego przed składaniem ofert, których realizacja jest wątpliwa, ale również przepis ten ma chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi działaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także, czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na straży której stoi Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, zarzuty oraz żądania Odwołującego w zakresie części 12, 15, 17, 28 i 37 są uzasadnione.

W zakresie części 34 i 35 - Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. Zamawiający w zakresie części 34 i 35 zdecydował się na przeprowadzenie aukcji elektronicznej, w wyniku której, Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. złożył następującą ofertę cenową: • w dniu 13.05.2016 r. w zakresie zadania nr 34 - w wysokości 126 000,00 zł brutto, • w dniu 13.05.2016 r. w zakresie zadania nr 35 - w wysokości 114 000,00 zł brutto. Zamawiający powziął wątpliwość co do wysokości oferowanych przez wykonawcę cen, bowiem spełniały one przesłanki wymienione w art. 90 ust. 1 Pzp, tj. były niższe o ponad 30% od wartości zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający wszczął obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 ust. 1 Pzp - czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający pismem znak KPDA01.21.273.2015.PP/125 z 18.05.2016 r. wezwał wykonawcę Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. w dniu 20.05.2016 r. udzielił odpowiedzi na pismo znak

KPDA01.21.273.2015.PP/125 z 18.05.2016 r. W wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. za wystarczające i podjął decyzję o udzieleniu zamówienia tej firmie. W związku z wątpliwościami dotyczącymi poprawności złożonych wyjaśnień przez wykonawcę Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. w zakresie rażąco niskiej ceny. Przeprowadzona analiza wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. prowadzi do wniosku, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w zakresie części 34 i 35 zamówienia. Przede wszystkim, należy podnieść, iż wykonawca Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. złożył wyjaśnienia wybitnie lakoniczne, zawierające jedynie ogólne stwierdzenia, nie powołuje się na jakiegokolwiek zastosowane w kalkulacji kwoty oraz ilości. Jedyną informację, jaką uzyskuje Zamawiający po lekturze wyjaśnień wykonawcy to procentowy udział kosztów realizacji zamówienia, stawki podatku VAT oraz zysku w podanej cenie ofertowej brutto, której Zamawiający w żaden sposób nie może zweryfikować. Odnosząc się bardziej szczegółowo do argumentacji podanej przez wykonawcę w wyjaśnieniach, należy wskazać, iż sama deklaracja o prawidłowym skalkulowaniu ceny oferty i uwzględnieniu wszystkich przewidywanych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia dla skalkulowania ceny na tak niskim poziomie. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wymienił czynniki cenotwórcze, o których chciał uzyskać wiedzę. Tymczasem, z wyjaśnień wykonawcy można jedynie wywnioskować, że wykonawca przy kalkulacji ceny wziął pod uwagę obowiązującą stawkę podatku VAT, płace pracowników, zysk oraz koszty realizacji określone jako: „(noclegi, diety, uposażenie, ZUS, itp.)”. Zamawiający nie jest jednak w stanie tego w żaden sposób sprawdzić, gdyż wykonawca nie powołuje się na konkretne kwoty: wynagrodzeń za pracę, kosztów noclegów, przewidzianego zysku, kosztów uposażenia, ani tym bardziej nie przedstawia dowodu, który by potwierdzał zastosowane liczby. Podobnie powoływanie się na wiedzę i doświadczenie oraz znajomość stanu technicznego obiektów nie może uzasadniać kalkulacji ceny na tak niskim poziomie. Jak wcześniej wskazywał Odwołujący, każdy z wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu posiada szerokie doświadczenie i wiedzę w realizacji usług związanych z przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym, nie można uznać wiedzy i doświadczenia wykonawcy Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. za czynnik mający szczególne znaczenie przy kalkulowaniu ceny oferty. Zorganizowany zespół pracowników również nie stanowi przyczyny uzasadniającej zaproponowanie cen o takiej wysokości, bowiem wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu, w tym również Odwołujący, dysponują doświadczonymi pracownikami, jak

również stosują nowoczesne metody zarządzania, umożliwiającymi optymalizację procesu realizacji zamówienia. Tym samym, nie można tej okoliczności uznać za czynnik cenotwórczy charakterystyczny dla wykonawcy Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K.. Odnośnie wyjaśnień lakonicznych, zbyt ogólnych, nie odnoszących się do konkretnych danych wypowiedziała się KIO w wyroku z 13.08.2015r., sygn. akt: KIO 1664/15. W ocenie Odwołującego, Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. nie podołał obowiązkowi dowodowemu, o którym mowa w art. 90 ust. 2 Pzp, nie odpowiadając w żaden sposób na pytanie Zamawiającego. W szczególności, wykonawca nie przedstawił kalkulacji kosztów wraz z dowodami: • ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia w terminie wskazanym w ofercie, • kosztów wynagrodzenia osób zaangażowanych w realizację zamówienia, • kosztów transportu, • kosztów noclegów, • kosztów materiałów, • kosztów ubezpieczenia OC oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy, • kosztów prowadzenia biura. W tym zakresie, orzecznictwo przywołane wyżej w niniejszym odwołaniu, pozostaje jak najbardziej aktualne. W ocenie Odwołującego wykonawca Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w związku z czym oferta Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. winna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Przytoczone powyżej argumenty potwierdzają, że złożenie oferty przez wykonawcę Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Złożenie oferty przez Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. jest „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Oferowanie wykonania zamówienia za ceny dumpingowe, stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, nad których przestrzeganiem zobowiązany jest czuwać Zamawiający stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z orzecznictwem KIO, art. 90 ust. 1-3 Pzp winien nie tylko chronić Zamawiającego przed składaniem ofert, których realizacja jest wątpliwa, ale również przepis ten ma chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi działaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także, czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na straży której stoi Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 06.06.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Firma Budowlana

PANORAMA-BUD A. K. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości w zakresie cz. 34 i 35. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

W dniu 08.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Polska Grupa Inżynierska S.A. S.K.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całość w zakresie cz. 12, 15, 17, 28 i 37. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu. Zgodnie z art. 180 ust. 4 Pzp odwołanie powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określić żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Natomiast § 4 ust. 1 pkt 8 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. nr 48, poz. 280 ze zm.) zwanego dalej: „*Rozporządzeniem*” wskazuje ponadto na konieczność wskazania dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W związku z powyższym wskazał, że Odwoływający:

1. nie wyjaśnił co zarzuca Zamawiającemu wyliczając jedynie wybrane artykuły z Pzp oraz UZNK,
2. Odwoływający nie przedstawił oraz nie wniósł o przeprowadzenie jakichkolwiek dowodów na uprawdopodobnienie swoich twierdzeń,
3. wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert we wskazanych częściach, dokonanie odrzucenia ofert wymienionych w odwołaniu wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty Odwoływającego w określonym zakresie przez KIO pomimo faktu, iż w obowiązującym stanie prawnym KIO może jedynie nakazać Zamawiającemu dokonanie ww. czynności.

Ad. 1. W odniesieniu do zarzutów Odwoływającego stawianych Zamawiającemu wydaje się, że można domniemywać, iż Odwoływający zarzuca Zamawiającemu naruszenie wskazanych przepisów ww. ustaw. Co charakterystyczne Odwoływający się stawia identyczne zarzuty co do postępowania Zamawiającego wobec każdego z wykonawców wskazanych w odwołaniu pomimo faktu, iż poszczególne oferty oraz charakterystyki każdego z wykonawców są odmienne - czego oczywistym dowodem jest fakt zróżnicowanej oceny poszczególnych ofert przez Zamawiającego. Ponadto uzasadnienie stawianych Zamawiającemu zarzutów jest praktycznie identyczne dla każdego z wykonawców pomimo ww. okoliczności.

W przedmiocie wyboru wykonawcy zadań 12, 15, 17, 28, 37 tj. Polskiej Grupy Inżynierskiej Odwoływający nie zgadza się z czynnością dokonaną przez Zamawiającego w zakresie ww. zadań stwierdzając, iż Polska Grupa Inżynierska nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na wskazanie realności zaproponowanej ceny, zaś przedstawiona w wyjaśnieniach wykonawcy kalkulacja jest lakoniczna i ma liczne braki w związku z czym cena zaproponowana przez

Przystępującego jest rażąco niska i winna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Ponadto według Odwołującego złożenie przedmiotowych ofert przez Polską Grupę Inżynieryjną sp. z o. o. S.K.A. stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK gdyż jest sprzedażą usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Odnosząc się do powyższych zarzutów wskazał, że Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o. o. S.K.A. w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została wezwana do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy jej oferta zawiera rażąco niską cenę. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył obszerne wyjaśnienia (wezwanie zamawiającego z dnia 18.05.2016 r., nr pisma KPDA01.21.273.2015.PP/126 wraz z odpowiedzią wykonawcy). W swoich wyjaśnieniach Polska Grupa Inżynieryjna S.A. S.K.A. w sposób jasny i metodyczny wyjaśnia szacunek kosztów dla poszczególnych zadań przedmiotowego zamówienia publicznego, z określeniem wysokości wynagrodzeń osób odpowiedzialnych za realizację, kosztów zakwaterowania z podziałem na noclegi, kosztów materiałów biurowych, kosztów dojazdu etc. Ponadto wykonawca wskazuje, że atrakcyjna cena ofertowa wynika ze skrócenia terminów realizacji z czterech do trzech miesięcy (zgodnie z SIWZ), zmniejszenia stopy zwrotu z realizacji o około 5% oraz ogromne doświadczenie w zakresie realizacji dla Zamawiającego umów w zakresie kontroli stanu technicznego obiektów budowlanych na co składa się ponad 30 zrealizowanych umów i 50 000 skontrolowanych obiektów Zamawiającego. Wykonawca wskazuje ponadto, że mając tak rozległą wiedzę o lokalizacji obiektów mających być przedmiotem kontroli oraz szczegółowych danych technicznych możliwe jest w sposób znaczny obniżyć koszty wykonania umów. W tym miejscu należy ponadto podnieść, że tak rozległe doświadczenie Wykonawcy w zakresie kontroli obiektów Zamawiającego obejmuje również wiadomości na temat najbardziej korzystnych ofert w zakresie kwaterunku oraz dojazdów pracowników wykonawcy. Odwołujący, na co wskazuje Przystępujący, sam przyznaje, że należy zgodzić się z przyjętym kierunkiem kalkulacji wykonawcy oraz że Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za wystarczające. Podnosi natomiast, że Zamawiający nie mógł zweryfikować podanych przez wykonawcę kalkulacji oraz że brak było dowodów na ich poparcie. Powyższe stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uznanie przynajmniej z dwóch powodów. Po pierwsze Zamawiający uznając wyjaśnienia za wystarczające, a następnie dokonując wyboru ofert wykonawcy uznał je za zweryfikowane i udowodnione. Wystosowanie wezwania do wykonawcy rodzi po stronie wykonawcy obowiązek obalenia domniemania, iż zawarta w ofercie cena nosi znamiona rażąco niskiej (wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1287/14 czy KIO 918/14). Skoro zatem przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia zostały zweryfikowane i zaakceptowane przez Zamawiającego to obalone zostało domniemanie, że jego oferta nosi znamiona rażąco

niskiej ceny. Po drugie dowodami na poparcie przedstawionych kalkulacji jest właśnie fakt, że wykonawca realizował już podobne umowy na rzecz Zamawiającego, że posiada on bogate doświadczenie w tej materii oraz, że wskazane koszty realizacji są zgodne z cenami rynkowymi dla podmiotów posiadających odpowiedni *know-how*. Wskazał, że cenę podaną w swojej ofercie przez Odwołującego różnią się w bardzo nieznacznym stopniu od cen określonych przez Przystępującego oraz, że Odwołujący sam nie przedstawił żadnych dowodów, kalkulacji, opinii biegłych lub danych rynkowych, że wskazane przez Przystępującego ceny są rażąco niskie, co mogłoby chociażby uprawdopodobnić twierdzenia Odwołującego. Przystępujący udowodnił Zamawiającemu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że jego oferta nie zawiera cen rażąco niskich a taki zarzut czyni teraz Odwołujący na poparcie swojego odwołania. Jednakże to Odwołujący winien ten fakt uprawdopodobnić. Tymczasem Odwołujący nie wniósł o przeprowadzenie jakiegokolwiek dowodu na choćby uprawdopodobnienie swoich twierdzeń. W odniesieniu do zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, iż sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku należy podnieść, że staje się on bezprzedmiotowy w związku z brakiem zaistnienia przesłanki sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia oraz ze względu na brak wykazania przez Odwołującego, że Przystępujący działał z zamiarem eliminacji innych przedsiębiorców oraz utrudniania im dostępu do rynku. Poza przedmiotem niniejszego pisma można natomiast rozważyć charakter działań Odwołującego, który korzysta ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp w celu eliminacji innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo oczywistej ich bezpodstawności.

Ad. 2. W odniesieniu do braku przedstawienia dowodów na poparcie swoich tez przez Odwołującego pozostają aktualne powyższe rozważania co do uprawdopodobnienia swoich twierdzeń. Ponadto należy wskazać, że zgodnie z Rozporządzeniem odwołanie musi zawierać wskazanie dowodów na poparcie przytoczonych w nim okoliczności. Reguła określona w art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp stanowi, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył jeśli jest uczestnikiem postępowania. Powyższy ciężar dowodu aktualizuje się jednak w przypadku skutecznego zarzutu, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Po pierwsze jednak taki zarzut został obalony jeszcze na etapie wyjaśnień wykonawcy. Po drugie Odwołujący musi chociażby uprawdopodobnić, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. Tymczasem Odwołujący ani nie przedstawił dowodów na uprawdopodobnienie swoich twierdzeń ani nie zakwestionował wyjaśnień wykonawców. Odwołujący wskazał jedynie na ewentualne środki dowodowe które Zamawiający mógł wykorzystać w ramach postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Podsumowując, Odwołujący nie wskazał dowodów na okoliczność, że istnieje choćby prawdopodobieństwo, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska.

Ad. 3. W przedmiocie wniosków odwołania należy wskazać, że stoją one w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z art. 192 ust. 3 Pzp. Zgodnie bowiem ze wskazanym przepisem Izba może, w przypadku uwzględnienia odwołania, nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Nieznane natomiast ustawie jest rozstrzygnięcie, o które wnioskuje do KIO Odwołujący, tj. o unieważnienie czynności, dokonanie odrzucenia ofert oraz dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W świetle powyższego oczywiste jest, iż Odwołujący w sposób błędny sformułował zarzuty wobec Zamawiającego, nie udowodnił swoich twierdzeń oraz nie uprawdopodobnił, że oferta Polskiej Grupy Inżynierskiej S.A. S.K.A. z siedzibą w Warszawie zawierała cenę rażąco niską a ponadto pomimo bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa nie wskazał dowodów na okoliczności wskazane w odwołaniu. Co więcej Odwołujący wniósł o wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą rozstrzygnięcia nieznanego ustawie.

W dniu 09.06.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) CarboHut Projekt Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości w zakresie cz. 9, 13, 21. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba uznała zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne – uzasadnienie w dalszej części orzeczenia.

W dniu 13.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym.

W dniu 13.06.2016 r. podczas posiedzenia z udziałem stron na podstawie art. 186 ust.3-5 Pzp obaj Przystępujący - Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. oraz Polska Grupa Inżynierska S.A. S.K.A. - złożyli sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących 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, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert dla części 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 24, 28, 30, 33, 34, 35 i 37, w wypadku potwierdzenia zarzutów względem Firmy Budowlanej PANORAMA-BUD A. K. ma szanse na uzyskanie zamówienia w części 34 i 35, względem Polskiej Grupy Inżynierskiej S.A. S.K.A. w części 12, 15, 17, 28 i 37, zaś względem CarboHut Projekt Sp. z o.o. w części 9, 13 i 21.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia – CarboHut Projekt Sp. z o.o., z uwagi na brak wykazania w terminie na zgłoszenie przystąpienia umocowania do reprezentacji dla w/w osoby. Izba ustaliła, że w terminie wymaganym na zgłoszenie przystąpienia nie zostało wykazane umocowanie dla osób podpisujących zgłoszenie, w związku z tym Izba uznała zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu. Podobnie w wyroku KIO z 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703/13, czy też wyroku KIO z 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13. (za wyrokiem KIO z 15.10.2014 r., sygn. akt: 2013/14), jak i w wyroku KIO z 27.04.2015 r., sygn. akt: KIO 721/15, sygn. akt: KIO 741/15, czy też wyroku KIO z 23.03.2016 r., sygn. akt: KIO 368/16. Dodatkowo podkreślając, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający do czasu posiedzenia przedstawił jedynie dokumentację w formie skanu na płycie CD.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z oryginalnej dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego na czas wydania orzeczenia oraz dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem (co nastąpiło po wydaniu orzeczenia z uwagi na pierwotne przesłanie całej dokumentacji jedynie na płycie CD), w tym w szczególności postanowień SIWZ, oferty Firmy Budowlanej PANORAMA-BUD A. K. w części 34 i 35, oferty Polskiej Grupy Inżynierskiej S.A. S.K.A. w części 12, 15, 17, 28 i 37, jak i oferty CarboHut Projekt Sp. z o.o. w części 9, 13 i 21, wezwań wystosowanych do niniejszych Wykonawców po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej – wezwania z 18.05.2016 r., wyjaśnień z 20.05.2016 r. Firmy Budowlanej PANORAMA-BUD A. K., wyjaśnień z 19.05.2016 r. /wpływ z 20.05.2016 r./ Polskiej Grupy Inżynierskiej S.A. S.K.A., wyjaśnień z 23.05.2016 r. wraz z kopią zaświadczenia nr DR-9400-26/ALB/16 z 16.03.2016 r. o udzielonej pomocy publicznej oraz zawiadomienia o wyborze

oferty najkorzystniejszej dla części 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10,12,13,15,17, 19, 21, 23, 24, 28, 30, 33, 34, 35 i 37.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie – złożone na rozprawie przez Odwołującego wraz z pismem procesowym dowody – tj. analizę tabelaryczną ofert rynkowych popartą ofertami konkurencji /formularzami cenowymi/. Dodatkowo uznaje jako dowód zestawienie tabelaryczne oferty Odwołującego – poparte 10 – cioma umowami z podwykonawcami /owe umowy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa/. Nadto, uznaje jako dowód również zestawienie tabelaryczne ofert konkurencyjnych w przedmiotowym postępowaniu - zawierająca porównania wartości złożonych ofert dla wskazanych zadań w stosunku do wartości zamówienia określonego przez Zamawiającego.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie – złożone na rozprawie przez Firmę Budowlaną PANORAMA-BUD A. K. wraz z pismem procesowym – zestawienie cen ofertowych w postępowaniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Odwołującego złożone na rozprawie oraz pismo procesowe Firmy Budowlanej PANORAMA-BUD A. K. złożone na rozprawie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

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

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje treść oferty Firmy Budowlanej PANORAMA-BUD A. K. w części 34 i 35, oferty Polskiej Grupy Inżynieryjnej S.A. S.K.A. w części 12, 15, 17, 28 i 37, jak i oferty CarboHut Projekt Sp. z o.o. w części 9, 13 i 21, wezwań wystosowanych do niniejszych Wykonawców po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej – wezwania z 18.05.2016 r., wyjaśnień z 20.05.2016 r. Firmy Budowlanej PANORAMA-BUD A. K., wyjaśnień z 19.05.2016 r./wpływ z 20.05.2016 r./ Polskiej Grupy Inżynieryjnej S.A. S.K.A., wyjaśnień z 23.05.2016 r. wraz z kopią zaświadczenia nr DR-9400-26/ALB/16 z 16.03.2016 r. o udzielonej pomocy publicznej. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego - art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: CarboHut Projekt Sp. z o.o., Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. oraz Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. w zakresie części 9, 12, 13, 15, 17, 21, 28, 34, 35, 37 ze względu na rażąco niską cenę zawartą w tych ofertach, Izba uwzględniła zarzut – uzasadnienie poniżej.

Izba przeanalizował cały zgromadzony materiał dowodowy w postępowaniu. W przedmiotowym stanie faktycznym przeanalizowano w szczególności wezwania z 18.05.2016 r. wystosowane do wybranych ostatecznie w zakwestionowanych przez Odwołującego częściach trzech Wykonawców, jak i uzyskane wyjaśnienia. Izba również weryfikowała pod względem informacji zawartych w wyjaśnieniach oraz oświadczeń wynikających z przystąpień oraz złożonych na rozprawie – treść złożonych ofert przez tych trzech Wykonawców.

W pierwszej kolejności, Izba stwierdza, że wezwania wynikały niewątpliwie z obowiązku zawartego w przepisie – art. 90 ust. 1 Pzp. Kwestia ta, tj. wielkości procentowej warunkującej obowiązek była przedmiotem wieloletnich sporów doktrynalnych, zaś orzecznictwo Izby wskazywało nawet na absurdalność takich wielkości, i ostatecznie została przyjęta dla jasności progu od którego wezwanie jest obligatoryjne.

Z kolei konieczne jest podniesienie, że błędem jest ze strony Wykonawców uznawanie wyjaśnień udzielonych z tego tytułu, jako czystej formalności, Izba w tym zakresie, bazując na wieloletnim doświadczeniu orzecznictwem nie rozumie, ciągle powtarzającego się bagatelizowania tej procedury przez Wykonawców, która ma charakter kluczowy dla „*być albo nie być*” oferty danego Wykonawcy w postępowaniu. Należy zauważyć, że okoliczność, że dany Wykonawca ma doświadczenie zdobyte w ramach wieloletniego realizowania podobnych zamówień na rzecz Zamawiającego jest informacją cenną i Izba wzięła to pod uwagę – weryfikując pod tym względem oferty wszystkich trzech Wykonawców. Jednakże oczekiwałyby, w tym zakresie jednoznaczności w wyjaśnieniach od Wykonawców. Sytuacja poszczególnych trzech Wykonawców była różna, niewątpliwie - Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. – takie wieloletnie doświadczenie wprost wynikało z wykazu dotyczącego doświadczenia zawartego w ofercie, w pozostałym zakresie – względem innych Wykonawców, częściowo tak było na analogicznych odcinkach, częściowo na zupełnie innych. Jednak przełożenie tego faktu na zaoferowaną cenę nie zostało w żaden sposób jasno wykazane.

W dalszej kolejności, Izba rozumiejąc obiektywne trudności w wykazywaniu dowodami swoich wyjaśnień, po raz kolejny podnosi, że aktualnie brzmienie przywołanego powyżej przepisu, jest wynikiem wieloletnich sporów i jednoznacznie (w odróżnieniu od poprzedniego) tą kwestie reguluje. Dowody są konieczne, co istotne wprost zostały

wskazane w samych trzech wezwaniach z 18.05.2016 r. skierowanych do poszczególnych Wykonawców. W tym miejscu, Izba przypomina, że jeśli Wykonawca uzna niecelowość wezwania w całości albo w jakiejś części, z uwagi np. na przeprowadzoną aukcję elektroniczną, udzielanie już wyjaśnień przed aukcją dla danej części (co wynika generalnie z dokumentacji postępowania - CarboHut Projekt Sp. z o.o., Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A., Odwołujący – wszyscy w kwietniu 2016 r. /w zakresie części 4 i 7 także po aukcji/) lub brak możliwości dowodowych, to winien powyższe zakwestionować na odpowiednim etapie postępowania przetargowego, a nie aktualnie, w ten czy inny sposób starać się o poczytywanie tej okoliczności /cena po aukcji, wcześniejsze wyjaśnienia przed aukcją/ na swoją korzyść. Sytuacja i ocena wyjaśnień każdego z trzech Wykonawców jest odmienna. Generalnie podnosząc, że - CarboHut Projekt Sp. z o.o. przedstawił interesujące wyjaśnienia, nie poparte jakimkolwiek wyliczeniem, ani dowodem z jednym wyjątkiem odnośnie pkt 4. Izba podzieliła argumentację Odwołującego z rozprawy, która jest adekwatna do wszystkich części. W zakresie pkt 1 - brak jest pokazania kosztów amortyzacji wykonawcy. W zakresie pkt 2 brak potwierdzenia nie korzystania z pożyczek. Nie przedstawiono sprawozdania finansowego czy też zaświadczeń z banku. W zakresie pkt 3 w żaden sposób nie wykazano braku rozbudowanej struktury wykonawcy. W zakresie pkt 5 w żaden sposób wykonawca nie wykazał, iż owe doświadczenie z lat ubiegłych rzeczywiście ma miejsce, tzn., że ci sami pracownicy, którzy realizowali zamówienia na rzecz Zamawiającego będzie to czyniło aktualnie. W zakresie pkt 6 - odnośnie informatycznej bazy, wykonawca nie przedstawił jaki jest koszt z tym związany, tak aby była możliwość w jakiś sposób oceny tego kosztu w ramach zaoferowanej ceny. Względem pkt 7 - wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż koszt pozostałych uczestników jest porównywalny. W zakresie pkt 8 – wykonawca - nie przedstawił żadnych liczb, które by wpływały na obniżenie zaoferowanej ceny. W zakresie pkt 9 - zawarte tam stwierdzenia nie mają oparcia w dowodach. Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. z kolei przedstawiła bardzo lakoniczne wyjaśnienia z tabelą „szczętkową”, bez dowodów. Izba podzieliła argumentację Odwołującego z rozprawy, która jest adekwatna do wszystkich części. Brak jest jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie tego, iż wszelkie koszty do prawidłowego wykonania zamówienia zostały ujęte przez wykonawcę, a także, że przewidział on zysk na tym zamówieniu. Podnosi również, że brak jest w jakiś sposób uwiarygodnienia wskazywanych kosztów związanych z wynagrodzeniem pracowników i obciążeniem podatkowym. Brak przedstawienia optymalizacji kosztów związanego z wieloletnim doświadczeniem tego wykonawcy w jego cenie. Brak jest wskazania standardowej stawki jaką przewiduje wykonawca w ramach swojej działalności. Wykonawca nie przedstawił w jaki sposób jego doświadczenie w realizacji podobnego zamówienia w okresie wcześniejszym wpływa na obniżenie kosztów. Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. przedstawiła bardzo interesujące wyliczenie

zawierające cenne informację, jednakże bez jednoznacznej informacji określającej jaki jest przełożenie tych wyliczeń i informacji w sytuacji tego podmiotu. Nadto, Izba podzieliła argumentację Odwołującego z rozprawy, która jest adekwatna do wszystkich części, że dane dotyczące osób zatrudnionych należałoby w jego ocenie potwierdzić kopiami umów o pracę lub zlecenie. Może bowiem być tak, iż ilość ta ulegnie zmniejszeniu na etapie realizacji umowy w ramach zaoferowanej kwoty. W zakresie kosztów zakwaterowania - brak jest dowodu, który potwierdzał przedstawioną cenę. Podobnie w zakresie kosztów materiałów biurowych, jakichś faktur z ostatnich miesięcy na zbliżone wartości. Nie wiadomo również jakiego typu koszty dojazdu zostały wykazane, za pomocą jakich środków komunikacji. Izba podnosi również, że nie jest jej rolą doszukiwanie się potwierdzeń w argumentacji podmiotów – analizowanie również w poprzednich kontraktach – skrócenia z 4 do 3 m., jak twierdzi Polska Grupa Inżynierska Sp. z o.o. S.K.A. w przystąpieniu, czy też wyjaśnieniach – winno to wynikać jasno z wyjaśnień i dowodów, a nie własnej analizy Izby.

Należy także podkreślić, że ostatnia nowelizacja określiła jednoznacznie, że w postępowaniu – na rozprawie – art. 190 ust.1a Pzp – ciężar dowodu spoczywa na Wykonawcy, który przystąpił i złożył wyjaśnienie lub Zamawiającym, jeżeli nie jest uczestnikiem postępowania. Obaj Przystępujący (Zamawiający uwzględnił odwołanie), którzy złożyli sprzeciw winni więc udowodnić brak podstaw do uznania ich ofert za zawierające rażąco niską cenę. Odwołującemu wystarczy, że uprawdopodobni cenę rażąco niską. Składający sprzeciw nie sprostali ciężarowi dowodowemu spoczywającemu na nich. Izba przeanalizowała pismo Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. wraz z tabelą – złożone na rozprawie i podkreśla, że informacje tam zawarte – nie wnoszą nic nowego do sprawy (część informacji dotyczy innych części, w których była odmienna sytuacja – gdyż nie było w nich aukcji, a wybór Odwołującego uprawomocnił się po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, po aukcji w dwóch wypadkach – gdy nie było postąpień /część 22 i 31/, w dwóch wypadkach /część 4 i 7/ wybór Odwołującego po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego po aukcji), nawet częściowo pokrywają się z dowodami i opracowaniem Odwołującego złożonymi na rozprawie. Z kolei oświadczenie z rozprawy, nie poparte dowodami także nic nie daje. Nadto, winno ono mieścić się w ramach udzielonych wcześniej wyjaśnień, a nie ich przekraczać. Z tej przyczyny, tak istotna rola wyjaśnień i dowodów. Izba naturalnie pamięta o możliwości wieloetapowego wezwania do wyjaśnień, ale także w granicach pierwszych wyjaśnień, a nie ponad je. Izba wskazuje, że można wnosić o dowody dodatkowe, a nie dowody których nie było, gdyż jest to przejaw (brak ich załączenia do wyjaśnień) – braku współpracy ze strony Wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego - art. 7 ust.1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie zwanej dalej; „UZNK” odrzucenia ofert: CarboHut Projekt Sp. z o.o., Firma Budowlana PANORAMA-BUD A. K. oraz Polska Grupa Inżynieryjna Sp. z o.o. S.K.A. w zakresie części 9, 12, 13, 15, 17, 21, 28, 34, 35, 37 ze względu na złożenie oferty, co stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uwzględniła zarzut – uzasadnienie poniżej.

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 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 utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z rynku ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej

konkurencji. Zgodnie z powyższym uznać należy, że samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdy zarzut tak jak w treści niniejszego odwołania dotyczy sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia) i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej. Zdaniem Izby, Odwołujący na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 6 kc nie wykazał popełnienia (...) 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 jakakolwiek 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.

W konsekwencji wobec naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, doszło także do naruszeniu przez Zamawiającego – art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie w sposób nieprawidłowy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 9,12,13,15,17,21, 28, 34, 35, 37.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania Izba obciążyła kosztami postępowania Przystępujących, stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 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:

.....