

Sygn. akt: KIO 1506/14

**WYROK**  
**z dnia 8 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2014 r. przez wykonawcę: **„GRANNA” sp. z o.o. w Warszawie (03-788), ul. Księcia Ziemowita 47** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Pamięci Narodowej – Komisję Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w Warszawie (02-675), ul. Wołoska 7**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **„GRANNA” sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **„GRANNA” sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Wykonanie druku gier edukacyjnych dla IPN” zostało wszczęte przez Instytut Pamięci Narodowej – Komisję Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 102-179091) w dniu 28 lipca 2014 r.

W dniu 24 lipca 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: „GRANNA” sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Trefl S.A., a w konsekwencji wobec czynności uznania tej oferty za najkorzystniejszą. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- I. *„art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie przedmiotowego postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, oferty TREFL niezgodnie z przepisami ustawy PZP,*
- II. *art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., - dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TREFL, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,*
- III. *art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TREFL, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,*
- IV. *art. 90 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez dokonanie błędnej oceny wyjaśnień TREFL, iż oferta złożona przez tego wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty TREFL.”*

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności uznania wyjaśnień złożonych przez wykonawcę: Trefl S.A., a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Trefl S.A, a także wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 lipca 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Trefl S.A. w Sopocie Zgodnie z przekazaną przez Zamawiającego Prezesowi Izby informacją zawartą w piśmie z dnia 25 lipca 2014 r., kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiający przekazał powołanemu wykonawcy w dniu 25 lipca 2014 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej (potwierdzenie otrzymania tych pism przesłane przez Kierownika Działu Kontraktów wykonawcy: Trefl S.A. w dniu 25 lipca 2014 r. o godz. 11:07 znajduje się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem). Jak to podnosił Odwołujący, a co potwierdził sam wykonawca zgłaszający przystąpienie, kopia zgłoszenia przystąpienia została przesłana Odwołującemu (dzień nadania w placówce pocztowej) w dniu 29 lipca 2014 r., a doręczona w dniu 4 sierpnia 2014 r. Tym samym kopia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego została przesłana Odwołującemu po upływie określonego prawem terminu. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż określony w art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp termin 3 dni oznaczony dla dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odnosi się również do czynności przesłania kopii powołanego zgłoszenia, tak Zamawiającemu, jak i Odwołującemu. Za taką wykładnią powołanego przepisu przemawia w ocenie Izby zasada szybkości postępowania i wiążące się z nią nierozzerwalnie dążenie do zapewnienia Stronom możliwości poznania kręgu uczestników biorących udział w postępowaniu odwoławczym oraz zapoznania się z reprezentowanym przez nich stanowiskiem. W ocenie składu orzekającego zdanie pierwsze powołanego art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ustanawia warunki co do treści oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz terminu w jakim musi ono zostać zgłoszone, zdanie drugie zaś ustanawia warunki co do jego formy, określając ponadto komu ma ono zostać doręczone lub przesłane, aby mogło ono zostać uznane za skutecznie dokonane. Dlatego też przepisy te należy czytać łącznie, jako stanowiące jedną normę prawną. Skład orzekający Izby nie znajduje w ich treści uzasadnienia, dla przyjęcia za słuszną tezy, iż nie jest istotną dla oceny skuteczności zgłoszenia przystąpienia okoliczność terminu przesłania jego kopii Stronom postępowania odwoławczego. W tym kontekście należy zauważyć, iż w przywołanym art. 185 ust. 2 w zdaniu drugim ustawy Pzp ustawodawca uregulował w sposób odmienny obowiązek

Wykonawcy zgłaszającego przystąpienie w odniesieniu do Prezesa Izby i do Stron postępowania odwoławczego – Prezesowi Izby wyznaczonym w zdaniu pierwszym terminie należy bowiem doręczyć zgłoszenie przystąpienia w określonej tym przepisem formie, natomiast Zamawiającemu i Odwołującemu kopia tegoż zgłoszenia ma być jedynie przesłana (termin „przesłanie” został przez ustawodawcę użyty również przy redakcji zapisów art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie moment przesłania informacji rozpoczyna bieg terminu na wniesienie odwołania). Tym samym ustawodawca nie wymaga od Wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, aby w terminie 3 dni od doręczenia mu kopii odwołania umożliwił on Stronom postępowania odwoławczego zapoznanie się z treścią zgłoszenia przystąpienia. Ma on jedynie obowiązek w tym terminie przesłać im jego kopię, innymi słowy nadać ją za pomocą dopuszczonego przepisami sposobu przesyłania informacji, chociażby faksem lub drogą elektroniczną. W rozpatrywanym przypadku ciężar dowodu spoczywał na Wykonawcy zgłaszającym przystąpienie i to on powinien wykazać, że dochował przewidzianych ustawą terminów na przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tymczasem, jak przyznał sam wykonawca: Trefl S.A., nie przesłał on powołanej kopii w ustawowym terminie Odwołującemu. Tym samym nie udowodnił spełnienia obowiązku nałożonego na niego przepisami prawa. Mając to na uwadze, Izba stwierdziła, iż wykonawca: Trefl S.A. nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sposób skuteczny, a tym samym nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Niezależnie od powyższego, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym adwokat K..... D.....-L....., która w imieniu Trefl S.A. złożyła oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, nie była do dokonania tej czynności należycie umocowana. Wraz z oświadczeniem o zgłoszeniu przystąpienia przedłożone Prezesowi Izby zostały dwa pełnomocnictwa – pierwsze udzielone w imieniu Trefl S.A. radcy prawnemu A..... C.....-W..... w dniu 25 lipca 2014 r., oraz drugie, substytucyjne, udzielone przez radcę prawnego A..... C.....-W..... adwokat K..... D.....-L..... w dniu 28 lipca 2014 r. Zdaniem Odwołującego, pełnomocnictwo z dnia 25 lipca 2014 r. nie zawierało w swej treści umocowania dla radcy prawnego A..... C.....-W..... do udzielania dalszych pełnomocnictw, co było konieczne w świetle przepisu art. 106 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121), zwanej dalej kc. Odwołujący zdawał się nie zauważać, iż powołany przez niego przepis kc, upoważnia pełnomocnika do ustanawiania dla mocodawcy dalszych pełnomocników nie tylko gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, ale również w przypadku, gdy wypływa ono z ustawy lub ze stosunku prawnego. Tymczasem zgodnie z art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach

prawnych (Dz. U. z 2014 poz. 637) radca prawny może udzielić dalszego pełnomocnictwa (substytucji) innemu radcy prawnemu, adwokatowi, prawnikowi zagranicznemu wykonującemu stałą praktykę w zakresie wynikającym z ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej. Mając na uwadze powołane przepisy, Izba uznała, iż adwokat K..... D.....-L....., która w imieniu wykonawcy: Trefl S.A. złożyła oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, była do dokonania tej czynności należycie umocowana. Fakt ten nie mógł jednak wpłynąć na poczynioną przez Izbę ocenę skuteczności dokonana zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę: Trefl S.A.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, jak również dokumenty przedstawione Izbie w toku postępowania odwoławczego przez Strony, w zakresie w jakim zostały one złożone w języku polskim. Zgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.) wszystkie dokumenty przedstawia się Izbie w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Z uwagi na tę właśnie regulację Izba władna była uwzględnić przedstawione jej dokumenty tylko i wyłącznie w zakresie, w jakim zostały one jej przedstawione wraz z tłumaczeniem na język polski, i tylko w tym zakresie mogła kierować się ich treścią przy rozstrzygnięciu o zasadności odwołania.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 6 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”. W pkt XIV SIWZ Zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny,

gdzie wskazał m.in., że cena musi wynikać z formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) i obejmować wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia.

Termin składania ofert upłynął w dniu 7 lipca 2014 r. Przed jego upływem dwóch wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty: Odwołujący i Trefl S.A. Zaoferowali oni Zamawiającemu realizację przedmiotu zamówienia za cenę odpowiednio: 722 379,00 zł oraz 456 526,80 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 769 207,05 zł (995 350,18 zł z uwzględnieniem zamówień uzupełniających).

Pismem z dnia 9 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę: Trefl S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wezwany wykonawca złożył Zamawiającemu swe wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 14 lipca 2014 r. Twierdził on, iż „*narzucił na zlecenie marżę 1%, zamiast standardowo stosowanej 8-12%*”. Wyjaśniał ponadto, że ze względu na skalę działalności i całosamochodowe zamawianie surowców bezpośrednio z fabryk, uzyskuje kilku, a nawet kilkunastoprocentowe, rabaty, wskazał przy tym na całkowitą wysokość przewidywanego kosztu zakupu materiałów i komponentów. Powołał się na posiadanie własnej, nowoczesnie wyposażonej fabryki (z przywołaniem poszczególnych urządzeń i ich przeznaczenia), a także narzędziowni (w tym na posiadanie części wykrojników potrzebnych do realizacji zlecenia), co doprowadzić miało do obniżenia kosztów produkcji, w tym robocizny. Wskazywał, że wszystkie komponenty zewnętrzne kupowane będą od stałych dostawców wraz z komponentami do gier standardowych, co zapewni uzyskanie dobrych cen zakupu. Przedstawił również Zamawiającemu zestawienie zakładanych przez siebie kosztów produkcji.

Zamawiający uznał przedstawione mu wyjaśnienia za wystarczające i uznał złożoną przez wykonawcę: Trefl S.A. ofertę za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie. Jego zdaniem zaoferowana przez wykonawcę: Trefl S.A. cena rażąco odbiegała od przewidzianego przez Zamawiającego budżetu, była niewiarygodna i nie uwzględniała pełnych kosztów wytworzenia (w tym oprzyrządowania np. wykrojników), transportu, ryzyka związanego z utratą lub uszkodzeniem przedmiotu zamówienia, kosztów administracyjnych, a także zysku. Uwzględniając zakładaną przez wykonawcę: Trefl S.A. marżę na poziomie

1%, Odwołujący, uwzględniając grożące wykonawcy kary umowne (wskazywał na wysokie ryzyko konieczności ich uiszczenia), stanął na stanowisku, iż wykonawca: Trefl S.A. nie dąży w praktyce do osiągnięcia zysku. Zdaniem Odwołującego, fakt, iż Zamawiający nie ma obowiązku złożenia zamówienia na realizację wszystkich gier (pełnego przedmiotu zamówienia) w jednym terminie, czyni nieuzasadnionym przyjęcie możliwości optymalizacji zamówień surowców, szczególnie ze względu na występowanie w poszczególnych grach elementów nietypowych nieoferowanych „przez przytłaczającą większość producentów” (np. bączek w grze „Reglamentacja”). W uznaniu Odwołującego deklaracje o posiadaniu nowoczesnej linii produkcyjnej (zaznaczył przy tym, iż sam taką posiada) i wpływie tego faktu na kalkulację ceny uznać należy za całkowicie arbitralne i niepotwierdzone żadnymi danymi. Odwołujący twierdził również, że ze względu na lokalizację siedziby wykonawcy: Trefl S.A. oraz posiadanej przez niego drukarni nierealna jest kwota kosztów transportu wskazywana przez tegoż wykonawcę. W uzasadnieniu twierdzeń o braku podstaw do sporządzonej przez wykonawcę: Trefl S.A. kalkulacji cenowej Odwołujący odwołał się do dokonanego przez siebie badania rynku wykonawców niemieckich, który jego zdaniem jest bardziej konkurencyjny od rynku polskiego. Uwzględniając powyższe twierdził również, że w rozpoznawanej sprawie istnieją podstawy do tego, aby stwierdzić, że Przystępujący dopuścił się czynów nieuczciwej konkurencji stypizowanych w art. 3 ust. 1 oraz w art. 15 ust. 1 pkt 1) i 5) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2009 r. Nr 201 poz. 1540), co również rodziło po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustaliła Izba, wykonawca: Trefl S.A. otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w odpowiednim terminie nie zaskarżył czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień, w szczególności jej zasadności czy też wyrażonych w nim oczekiwań Zamawiającego co do zakresu informacji, którego żądał w składanych mu wyjaśnieniach. Wprost przeciwnie, odpowiedział na to wezwanie, *de facto* uznając w sposób dorozumiany wezwanie Zamawiającego

jako uzasadnione. Tym samym, w ocenie Izby, zaakceptował fakt, iż Zamawiający powziął wątpliwości co do wysokości zaoferowanej przez niego ceny, a także godził się na złożenie wyjaśnień o treści požądanej przez Zamawiającego. Dlatego też wykonawca ten na obecnym etapie postępowania nie posiadałby już legitymacji do kwestionowania prawidłowości wezwania go w trybie art. 90 ustawy Pzp do złożenia odpowiednich wyjaśnień.

Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Odwołującego, iż w przypadku otrzymania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny to na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że kwota zaproponowana nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona na podstawie obiektywnych czynników. Natomiast zamawiający, działając na podstawie art. 90 pkt. 2 (oraz ewentualnie ust. 3, jeżeli zajdzie w jego ocenie taka potrzeba) ustawy Pzp, zobowiązany jest we właściwy sposób ocenić złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Co istotne, wyjaśnienia te, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, złożone muszą zostać zamawiającemu w określonym przez niego terminie, dlatego też niedopuszczalne jest ich późniejsze (po upływie wyznaczonego terminu) uzupełnianie czy uszczegóławianie, czy to bezpośrednio Zamawiającemu, czy też Izbie, na etapie postępowania odwoławczego. Podobnie Izba w sprawie KIO 893/14, a także przywołany tam Sąd Okręgowy w sprawie IV Ca 1299/09.

Kierując się tym przekonaniem, Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, który to wniosek, w swej istocie, zmierzał do uzupełnienia treści wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 14 lipca 2014 r. o nowe okoliczności i rozwinięcie argumentacji już w tych wyjaśnieniach zawartej (wysokość marży stosowanej zwyczajowo przy produkcji gier, procesy logistyczne związane z tą produkcją, czy też wpływ użycia konkretnych maszyn na koszt produkcji). Ich podnoszenie na tym etapie postępowania zostało ocenione przez Izbę jako nieskuteczna próba niedopuszczalnego w postępowaniu odwoławczym uzupełnienia złożonych Zamawiającemu w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnień. Nowe informacje, o których świadczyć miałby wnioskowany świadek, a które nie zostały zawarte przez wykonawcę: Trefl S.A. na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, nie mogłyby zostać przez Izbę uwzględnione przy rozstrzygnięciu, te zaś fakty które wynikają z samych wyjaśnień, stwierdzone są już tymi właśnie wyjaśnieniami. Próba poszerzenia samych wyjaśnień na etapie postępowania odwoławczego podjęta poprzez zgłoszenie powołanego wniosku dowodowego musiała zostać uznana za działanie spóźnione, a zatem niezasługujące na uwzględnienie



przy rozstrzygnięciu o zasadności podniesionych zarzutów. Zasadnie podnosił bowiem Odwołujący, iż przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie było to, czy wykonawca: Trefl S.A. w piśmie z dnia 14 lipca 2014 r. należycie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także to, czy Zamawiający prawidłowo wyjaśnienia te ocenił. Mając na uwadze te okoliczności, Izba uznała, iż przeprowadzenie wnioskowanego przez Zamawiającego dowodu prowadziłoby jedynie do zwłoki w postępowaniu.

Na marginesie właściwym wydaje się podkreślenie, iż zgodnie z przepisem art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (kpc) o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa Pzp nie stanowi inaczej. Tym samym przepisy kpc znajdują zastosowanie w postępowaniu odwoławczym jedynie we wskazanym tam wąskim zakresie i to z zastrzeżeniem, że przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Brak zatem podstaw, jak czynił to Zamawiający, do bezpośredniego powoływania się na zawartą w kpc regulację odnoszącą się do postępowania dowodowego i określonych tam reguł prowadzenia takiego postępowania. Podobnie Izba w sprawach KIO 1045/12, KIO 692/12, czy też w połączonych sprawach KIO 1126/11; KIO 1154/11; KIO 1158/11.

Dla rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie istotnym było to, jaki w sprawie był rozkład ciężaru dowodu między Stronami. Zgodnie z art. 6 kc, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Analogiczną regulację zawiera przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W rozpoznawanej sprawie, jak to zostało ustalone, Zamawiający uznał ofertę złożoną przez wykonawcę: Trefl S.A. za najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych mu ofert. Wyboru tego dokonał po przeprowadzeniu postępowania opisanego w art. 90 ustawy Pzp, a zatem po uzyskaniu od powołanego wykonawcy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W takim właśnie kontekście Odwołujący zakwestionował prawidłowość decyzji Zamawiającego. Twierdził on, iż cena zaoferowana przez wykonawcę: Trefl S.A. jest ceną rażąco niską, a złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie dowodzą twierdzeń przeciwnych.

Zgodnie z powołanym przepisem art. 6 kc, a także odpowiednimi przepisami ustawy Pzp, Odwołujący powinien był dowieść w tej sytuacji zasadności swoich twierdzeń. Tym samym powinien on w sposób rzeczowy odnieść się do przedstawionych Zamawiającemu w trybie

art. 90 ustawy Pzp wyjaśnień i wykazać zawarte w nich uchybienia merytoryczne, które mogłyby zostać uznane za wystarczającą podstawę do odrzucenia kwestionowanej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. W przypadku, gdyby nie wykazał zaistnienia powoływanych przez siebie okoliczności, jego odwołanie powinno zostać oddalone. Koniecznym było, aby Odwołujący podjął, co ważne – finalnie skuteczną, próbę wykazania, iż w oparciu o obiektywnie istniejące i znane znawcom odpowiedniego segmentu rynku, na którym działają obaj wykonawcy, przesłanki, nie sposób przyjąć, iż możliwe jest uznanie ceny ukształtowanej na poziomie zaoferowanym przez wykonawcę: Trefl S.A. za cenę, która nie jest ceną rażąco niską. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja powinna być spójna i oparta na rzetelnych podstawach – winna odnosić się tak do odpowiednich zapisów SIWZ kształtujących odpowiednie elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, jak i wyceny tych elementów na rynku, a ponadto zwracać uwagę na wszystkie istotne dla wyceny przedmiotu zamówienia okoliczności, które w danej sprawie oddziaływałyby na ustalenie ostatecznego poziomu ceny. Stąd też Odwołujący powinien wykazać, że w istniejących realiach rynkowych nie jest możliwe zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie, jak uczynił to wykonawca: Trefl S.A.. Przyjęcie odmiennego niż opisany rozkładu ciężaru dowodu doprowadziłoby do tego, że wystarczającym po stronie Odwołującego byłoby samo zanegowanie prawidłowości działań Zamawiającego. Rozwiązanie takie, w ocenie Izby, nie byłoby właściwe. Z takim, nie popartym żadnymi argumentami stanowiskiem wykonawcy stawiającego zarzuty, zrównać co do wywieranego przez niego skutku, należy również przypadek, gdy odwołujący stawiając zarzuty podejmuje próbę przedstawienia argumentów mających przemawiać za ich słusznością, niemniej jednak przywołane przez niego okoliczności nie znajdują wystarczającego oparcia w przywoływanych przez niego dowodach, bądź też nie pozwalają uznać, że przedstawione przez niego stanowisko odnosi się do wszystkich istotnych elementów cenotwórczych, a tym samym, że jest ono spójne, wyczerpujące i należycie uzasadnione.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący, w ocenie składu orzekającego, nie sformułował zarzutów, które zasługiwały na uwzględnienie z uwagi na stojącą za nimi argumentację popartą adekwatnymi dowodami. W ocenie Izby, z przedstawionych przez Odwołującego własnych wyliczeń, wbrew jego intencji wynika, że zaoferowana przez Wykonawcę: Trefl S.A. cena nie odbiega w sposób istotny od poziomu ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Elementem, który znacznie odróżnia zaoferowane przez obu wykonawców ceny, jest wysokość zakładanego zysku – różnica dzieląca obie oferty w tym zakresie odpowiada kwocie blisko dziewięćdziesięciu pięciu tysięcy złotych. Jak sam to przyznał w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący, sam fakt ograniczenia marży, jako mający wpływ na kalkulację wykonawcy: Trefl S.A., uznał on za wiarygodny,

a zatem mogący mieć wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Kwestionował jedynie zakładaną przez tego wykonawcę wysokość przewidzianego zysku, twierdząc, iż został on zastrzeżony jedynie pozornie. Trudno jednak zaprzeczyć temu, iż zgodnie z treścią złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, wykonawca Trefl S.A. w sporządzonej przez siebie kalkulacji ceny zysk, choć niewielki, przewidział. Trudno zakładać, jak chciałby tego Odwołujący, iż wykonawca składając ofertę i zamierzając należycie zrealizować przedmiot zamówienia przyjmował będzie, iż określona, z góry przyjęta, kwota w kalkulacji cenowej zabezpieczać będzie koszt poniesienia ewentualnych kar umownych przewidzianych postanowieniami wzoru umowy na wypadek nienależytego świadczenia usługi. Po odjęciu przewidywanego przez każdego z wykonawców zysku, obie ceny netto dzieli kwota niewiele wyższa od stu dwudziestu tysięcy złotych. Na tę różnicę składało się nieuwzględnienie przez Odwołującego w swojej kalkulacji jakichkolwiek kosztów transportu (co uzasadniał on położeniem swojej siedziby, podobnie jak w przypadku Zamawiającego, w Warszawie – co ciekawe, w drugim z zestawień takie koszty w wysokości ponad dwóch tysięcy już Odwołujący przewidział, co czyni przedstawione przez niego wyliczenia niewiarygodnymi, z uwagi na zawarte w sobie wewnętrzne sprzeczności), czy też zakładana przez obu wykonawców wysokość kosztów pośrednich (w tym przypadku obie oferty, zgodnie z wyliczeniami Odwołującego, dzieli niespełna dwadzieścia tysięcy złotych – co istotne Odwołujący nie kwestionował tak określonej przez wykonawcę: Trefl S.A. kwoty tych kosztów) lub kosztów robocizny (kwota około pięciu tysięcy złotych). Największa różnica dzieli obie oferty, zgodnie z wyliczeniami Odwołującego, w zakresie wyceny materiałów i komponentów. Na poparcie dokonanej przez siebie wyceny tego elementu oferty Odwołujący odwołał się do przedstawionych przez siebie wycen materiałów dokonanych, w głównej mierze przez niemieckich dostawców, co samo w sobie czyni powołane dowody nieadekwatnymi do zarzutów stawianych przez Odwołującego. Jak sam Odwołujący twierdził, wykonawca: Trefl S.A. posiada własną drukarnię w Krakowie, nie kwestionował on też samego faktu, że iż podmiot ten, zgodnie z twierdzeniami zawartymi w wyjaśnieniach z dnia 14 lipca 2014 r., posiada własne narzędziownie, czy też rozbudowany i nowoczesny park maszynowy. Mając to na uwadze, a także wypływające z wiedzy powszechnej przekonanie o znacznie wyższych, niż występujące w Polsce, kosztach produkcji, szczególnie robocizny, na rynku niemieckim, Izba uznała, że nie jest właściwym odnoszenie wyceny przedmiotu zamówienia sporządzonej przez wykonawcę: Trefl S.A. do wycen sporządzonych na życzenie Odwołującego przez niemieckie firmy. Jedynymi wycenami, które można byłoby wykorzystać z uwagi na miejsce pochodzenia oferty (firmy działające na rynku polskim) są te, które odnoszą się do wykonania bączka z gry „Reglamentacja” oraz puzzli. W odniesieniu do bączka stwierdzić jednak należało, iż Odwołujący nie przedstawił pełnej, wiarygodnej wyceny realizacji w polskich realiach rynkowych kompletnego pudełka

tej gry. Co do puzzli zaś, to jak twierdził Zamawiający w toku rozprawy (a czemu nie zaprzeczał Odwołujący) wykonawca: Trefl S.A. produkuje je, w przeciwieństwie do Odwołującego, we własnym zakresie, stąd nie musi ponosić kosztów zlecenia ich realizacji podwykonawcom, co rodzi określone oszczędności. Na marginesie dostrzec należy, że fakt ten znajduje również potwierdzenie w przywoływanym przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izłą piśmie z dnia 1 sierpnia 2014 r., które zostało doręczone w imieniu wykonawcy: Trefl S.A. Prezesowi Izby w dniu 5 sierpnia 2014 r. Twierdzeniom Odwołującego o braku możliwości zoptymalizowania zakupów surowców przeczą zawarte w wyjaśnieniach z dnia 14 lipca 2014 r., a nie negowane przez Odwołującego, twierdzenia wykonawcy: Trefl S.A., zgodnie z którymi posiada on magazyn wysokiego składowania, który pozwala na optymalizację kosztami produkcji.

Zauważenia również wymaga to, że na trzy spośród sześciu gier, których wykonanie obejmował przedmiot zamówienia, w przypadku trzech, zgodnie z wyliczeniami przedstawionymi przez Odwołującego, wykonawca: Trefl S.A. zaoferował wyższe niż Odwołujący ceny częściowe, największa zaś różnica pomiędzy szacunkami obu wykonawców występowała w wycenie wykonania puzzli (oferta Odwołującego było o ponad sto tysięcy droższa – co stanowić może, zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego, niekorzystania przez wykonawcę: Trefl S.A. z podwykonawców w tym zakresie). Niewłaściwym, w ocenie Izby, było również odwoływanie się przy ocenie ekwiwalentności cen zaoferowanych przez wykonawcę: Trefl S.A. do cen oferowanych przez sklepy internetowe końcowym użytkownikom gier planszowych (ich detalicznym nabywcom). Wszak powszechnie wiadomym jest, że inny jest koszt wyprodukowania określonego produktu, a tym samym inna jest cena oferowana przez producenta na rynku hurtowym, a inna, znacznie wyższa jest cena, którą płaci konsument - nabywca tegoż produktu, który ponieść musi nie tylko koszt wszelkich podatków i opłat nakładanych przez Fiskusa na kolejnych pośredników, ale również koszt marży przez każdego z tych pośredników kolejno naliczanych. Za niezrozumiałe Izba uznała przedstawienie przez Odwołującego 5 sporządzonych przez niego tabel, które to tabele miały uzasadniać twierdzenie, iż do tak skonstruowanej tabeli (wzorowanej na tabeli zawartej w wyjaśnieniach z dnia 14 lipca 2014 r.) możliwym jest wpisanie dowolnej wartości liczbowej. O ile samo tak skonstruowane twierdzenie jest z gruntu prawdziwe, to już w kontekście odwołania, i przywołanych w nim argumentów, jak i dowodów powoływanych przez Odwołującego, nie mogło zostać uznane za rozstrzygające o zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu.

Wszystkie te okoliczności nie pozwoliły Izbie ocenić stanowiska Odwołującego jako wyczerpującego i należycie uzasadnionego, a zatem takiego, które przemawiałoby za podważeniem przez Izbę efektu weryfikacji przez Zamawiającego złożonych przez wykonawcę: Trefl S.A. wyjaśnień, a w szczególności za uznaniem czynności ich oceny przeprowadzonej przez Zamawiającego za naruszającą przepisy ustawy Pzp. Brak było bowiem w rozpoznawanej sprawie podstaw do przyjęcia punktu odniesienia (konkretnej sytuacji rynkowej należycie opisanej przez Odwołującego), do którego miałyby się odnosić treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę: Trefl S.A. w trybie art. 90 ustawy Pzp. Co istotne Odwołujący nie podważył wiarygodności tych wyjaśnień – nie wykazał bowiem, że przy uwzględnieniu danych podanych przez wykonawcę: Trefl S.A. nie jest możliwym zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia w zamian za cenę przez niego zaoferowaną, a także, że same wyjaśnienia z dnia 14 lipca 2014 r. nie pozwalają stwierdzić, że cena ta nie jest ceną realną, wiarygodną, należycie osadzoną w zaistniałych warunkach gospodarczych, stanowiącą odzwierciedlenie istniejącej na rynku konkurencji, a przede wszystkim uzasadnioną obiektywnymi czynnikami dostępnymi wykonawcy: Trefl S.A.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o nazbyt ogólnej naturze wyjaśnień złożonych przez wykonawcę: Trefl S.A. Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał (gros argumentów użytych w odwołaniu opierało się na czystej negacji twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach z dnia 14 lipca 2014 r., za czym nie szły przekonujące o słuszności takiej argumentacji dowody – co szczególnie istotne, z uwagi na ciężący na Odwołującym ciężar dowodowy), aby nie można było przyjąć, że wyjaśnienia te w swej istocie odpowiadają na wezwanie sformułowane przez Zamawiającego i wprost z nim korespondują. Wezwanie to w swej treści stanowiło proste powielenie zapisów art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wraz z przywołaniem poglądów ukształtowanych w orzecznictwie i w doktrynie. Wykonawca: Trefl S.A. w swojej odpowiedzi wskazał na zaistnienie szeregu okoliczności, które pozwoliły mu łącznie na zaoferowanie niskich cen. Przywołał tam m.in. posiadany przez siebie potencjał techniczny, który pozwolił mu zagwarantować realizację przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną Zamawiającemu. Zgodnie z treścią powołanych wyjaśnień, cena zaoferowana Zamawiającemu uwzględniała również odpowiedni, choć minimalny w swej wysokości, zysk. Jak to już zaznaczono, trudno zakładać, jak chciałby tego Odwołujący, iż wykonawca składając ofertę i zamierzając należycie zrealizować przedmiot zamówienia przyjmował będzie, iż określona, z góry przyjęta, kwota w kalkulacji cenowej zabezpieczać będzie koszt poniesienia kar umownych przewidzianych postanowieniami wzoru umowy.

Mając to na uwadze, Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego udowodnione, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4), czy też art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. To z kolei przekonanie, pozwoliło Izbie przyjąć, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Skoro bowiem brak było podstaw do przyjęcia, iż cena zaoferowana przez wykonawcę: Trefl S.A. jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, to nie sposób było przyjąć, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, na który wskazywał Odwołujący (art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) i 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Brak było również postaw, aby uznać, iż zostały naruszone pozostałe przepisy ustawy Pzp przywołane w odwołaniu (art. 7 ust. 1 i 3).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:** .....