

**WYROK**  
**z dnia 2 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2016 r. przez Sanit Sp. z o.o. w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna w Krakowie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Sanit Sp. z o.o. w Gliwicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sanit Sp. z o.o. w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest sukcesywna dostawa łączników rurowych oraz łączników rurowo kołnierzowych - uniwersalnych dla stali, żeliwa, A-C, PCV, PE w zakresie średnic od DN 50 do DN 600 mm. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 13 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 072-126643. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 11 lipca 2016 r. informacji o wyniku postępowania wykonawca Sanit Sp. z o.o. w Gliwicach wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty KANWA Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wniósł o nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty KANWA Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że ceny cząstkowe składające się na ofertę KANWA Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie są niższe niż ceny rynkowe, a nawet ceny zakupu towaru. Argumentował, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca ten jedynie sposób bardzo ogólnikowy wskazał, dlaczego zastosowane przez nią ceny są prawie trzykrotnie niższe od cen rynkowych. Wobec powyższego nie można przyjąć, że dokonywanie dużych zakupów, czy oszczędzanie na kosztach transportu (te musi także ponieść dystrybutor w Polsce) pozwalają na tak znaczne obniżenie ceny. Zdaniem odwołującego, KANWA sp. z o.o. oferuje produkty Belgicast 3.100 - DN 350, 400, 450, 500, 600 oraz Belgicast 3.100 - DN 350, 400, 450, 500, 600 poniżej kosztów ich zakupu, transportu, opakowania i magazynowania.

Odwołujący wywiódł, że brak wykazania realności ceny jednostkowej, nawet jeśli nie przełoży się na odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny, gdyż matematycznie nie powoduje tak znaczącego obniżenia ceny oferty, może jednak spowodować odrzucenie oferty z powodu wypełnienia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Skonkludował, że skutek dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu przez KANWA Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie towarów poniżej kosztów ich zakupu spowodowało, że odwołujący faktycznie został pozbawiony możliwości uczciwej konfrontacji cenowej w ramach przetargu.

Jako dowody potwierdzające stawiane zarzuty odwołujący powołał ofertę Talis Polska Sp. z o.o.. Żądał również dopuszczenia oraz przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu

kosztorysowania, norm i cen kosztorysowania i rozliczania w warunkach ofertowych i przetargowych oraz prawidłowości przeprowadzania przetargów - na okoliczność tego, czy zaoferowane przez KANWA Sp. z o.o. Sp. k. ceny produktów Belgicast 3.100 - DN 350, 400, 450, 500, 600 oraz Belgicast 3.200 - DN 350, 400, 450, 500, 600 są cenami rynkowymi, a jeżeli nie to o ile odbiegają od cen rynkowych oraz czy jest możliwe osiągnięcie takich cen w przypadku spełnienia warunków wskazanych w wyjaśnieniach złożonych przez KANWA Sp. z o.o. Sp. k. pismem z dnia 8 lipca 2016 r. oraz zobowiązania KANWA sp. z o.o. do przedłożenia w oryginałach lub poświadczonych za zgodność z oryginałem fotokopiach wszystkich faktur zakupowych produktów Belgicast 3.100 - DN 350, 400, 450, 500, 600 oraz Belgicast 3.200 - DN 350, 400, 450, 500, 600 dokonanych w roku 2016 i 2015.

Wykonawca KANWA Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie faksem z 22 lipca 2016 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający ustalił łączną wartość zamówienia na 3.000.000 zł (brutto: 3.690.000 zł.) na podstawie zamówień z ostatnich 12 miesięcy, wartość części zamówienia, którego dotyczy odwołania wynosi 800.000 zł (brutto 984.000 zł.)

W postępowaniu złożono 3 oferty z cenami odpowiednio:

1. Odwołujący – 779.515, 82 zł;
2. KANWA Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie – 587.170,06 zł;
3. P. Sp. z o.o. w Jaśle – 514.322,79 zł.

Zamawiający wykluczył P. Sp. z o.o. w Jaśle i za najkorzystniejszą uznał ofertę KANWA Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie. Wybór ten odwołujący zakwestionował w odwołaniu z 16 czerwca 2016 r. wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty KANWA Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie zawierającej rażąco niską cenę i której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uzasadnieniem zarzutów odwołania były ceny pozycji 1-10 w załączniku A-04 na str. 5-6 oferty KANWA Sp. z o.o. Sp. k. cena rynkowa łącznika DN600 produkcji Belgicast seria 3100, którego dystrybutorem jest w Polsce firma TALIS Polska Sp. z o.o. wynosi około 1.735 zł (w zależności od kursu EUR/PLN). Tymczasem cena z oferty wykonawcy KANWA Sp. z o. o. Sp. k. wynosi 612 zł i jest ceną kilkakrotnie niższą i przez to niewiarygodną i dumpingową.

W związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania przez zamawiającego w całości Izba

umorzyła postępowanie odwoławcze postanowieniem z 22 czerwca 2016 r. Zamawiający wykonał czynność, do której zobowiązał się przy uwzględnieniu zarzutów tj. wezwał KANWA Sp. z o.o. Sp. K. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę pismem z 27 czerwca 2016 r. Wskazał w tym piśmie, że cena oferty jest niższa o więcej niż 30% od średniej ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, a ponadto w niektórych pozycjach ceny jednostkowe w sposób rażąco odbiegają od pozostałych ofert. Zobrazował to zestawieniem cen za wybrane artykuły w ofertach odwołującego i KANWA Sp. z o.o. Sp. K., które w pozycjach 1-10 od 85,97% do 92,59% netto.

Wezwany wykonawca udzielił wyjaśnień pismem z 8 lipca 2016 r. Wskazał, że kupując łączniki składa zamówienia za minimum 10-15 tys. euro, co powoduje, że posiada warunki specjalne z uwagi na bardzo duże jednorazowe zamówienia. Oświadczył, że dodatkowo na zadania specjalne jak niniejszy przetarg otrzymuje oferty specjalne oraz kupuje towar w ofertach wyprzedażowych i pakietowych, gdzie ceny na poszczególne wyroby stanowią niejednokrotnie 10-20 % standardowej ceny zakupu.

KANWA Sp. z o.o. Sp. K. wyjaśnił dodatkowo, że optymalizuje rozliczenia z dostawcą z UE kupując euro w okresach, kiedy kurs jest korzystny co powoduje, że ani my, ani nasz dostawca nie musi zakładać ryzyka kursowego, a dodatkowo w przeliczeniu na złotówki uzyskuje tańszy produkt. Podniósł, że bardzo ważnym elementem wpływającym na cenę jest transport. Kupując większe ilości łączników KANWA Sp. z o.o. Sp. K. korzysta z własnego transportu, co oznacza, że jego cena zakupu jest kalkulowana EXW (w fabryce).

Wyjaśnił ponadto, że jest bezpośrednim importerem towarów z wielu krajów Europy: Hiszpania, Francja, Niemcy, Holandia, co pozwala na optymalizację kosztów transportu - przywożenie łączników razem z innymi towarami. Ponadto wskazał, że dostawy są realizowane ciężarówkami o ładowności 24 ton, zazwyczaj w proporcji 80-90% inne towar,; 10-20% łączniki, zatem transport łączników nie wpływa na koszt zakupu, a niejednokrotnie koszty transportu przewyższają wartość towaru.

Ocenił ponadto, że oferta złożona przez firmę Sanit Sp. z o.o. zawiera rażąco wysoką cenę i w porównaniu z nią każda, normalnie kalkulowana oferta musi wydać się tania, co wykazywała przez porównanie cen jednostkowych zawartych w ofercie Sanit Sp. z o.o. dotyczących cen pozycji kwestionowanych w odwołaniu.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zostało rozpoznane według stanu prawnego obowiązującego w dacie wszczęcia postępowania.

Przystąpienie KANWA Sp. z o.o. Sp. K. zostało uznane za bezskuteczne z racji niedochowania przez wykonawcę formy zgłoszenia przystąpienia. Art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp nakazuje, aby oświadczenie zawierające zgłoszenie przystąpienia zostało złożone w formie

pisemnej lub formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Tymczasem oświadczenie KANWA Sp. z o.o. Sp. K. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem poczty elektronicznej co nie wypełnia wskazanego wymagania.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania da odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Podkreślenia wymaga na wstępie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznaje odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. W kontradiktoryjnym postępowaniu odwoławczym sformułowanie zarzutów odwołania jest samodzielną dyspozytywną czynnością odwołującego się wykonawcy. Na rozprawie odwołujący reprezentowany przez radcę prawnego wyraźnie oświadczył, że nie podnosił zarzutu rażąco niskiego charakteru ceny oferty wybranej, lecz wyłącznie zarzut zaniechania odrzucenia tej oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Izba rozpoznała zatem odwołanie w granicach tego zarzutu i stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący twierdził, że KANWA Sp. z o.o. Sp. K. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji wskazanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przesłanki zaistnienia wskazanego czynu nieuczciwej konkurencji powinny być udowodnione przez odwołującego zgodnie z podstawową regułą rozkładu ciężaru dowodu wskazaną w art. 190 ust. 1 Pzp w ślad za art. 6 k.c., zgodnie z którymi ciężar udowodnienia faktów spoczywa na tym, kto z nich wywodzi skutki prawne.

W sporze, którego osnową prawną jest wyłącznie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, nie znajduje zastosowania szczególna reguła postępowania dowodowego wskazana w art. 190 ust. 1a Pzp nakładająca ciężar dowodu w zakresie rzetelności obliczenia ceny oferty na wykonawcę, który tę ofertę złożył, albo na zamawiającego. Zasada ta – będąca wyjątkiem od reguły *ei incubit probatio qui dicit, non qui negat* – stosowana jest bowiem wyłącznie przy badaniu w postępowaniu odwoławczym zarzutu rażąco niskiego charakteru ceny oferty, a ten – jak wskazano wcześniej – nie był podniesiony przez odwołującego.

Ten stan rzeczy powoduje, że gros stanowiska odwołującego okazało się nieadekwatne do rozpoznawanego zarzutu. Odwołujący bowiem wskazywał na niedostatki wyjaśnień przez KANWA Sp. z o.o. Sp. K. elementów oferty mających wpływ na jej cenę, a w szczególności ich zbyt ogólny charakter, podczas gdy powinien odnieść się do przesłanek wskazanego przez siebie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych

przedsiębiorców. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania odnosił się do drugiego z kontratypów deliktu zawartego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyli odsprzedaży towarów poniżej kosztów ich zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zaistnienie przesłanek tego czynu nieuczciwej konkurencji nie zostało udowodnione przez odwołującego. Złożona przez niego oferta firmy Talis Polska Sp. z o.o. nie dowodzi aktualnego poziomu cen rynkowych kwestionowanego asortymentu. Lektura tego dokumentu wskazuje bowiem, że jest to oferta wstępna, a taka oferta może podlegać jeszcze negocjacom. Po drugie – jak wynika z uzasadnienia odwołania – firma ta nie jest producentem, lecz dystrybutorem, którego ceny z natury rzeczy są wyższe, niż ceny uzyskiwane przy zakupie bezpośrednio od producenta. Po trzecie, oferta ta może stanowić wyłącznie dowód na wysokość cen stosowanych przez Talis Polska Sp. z o.o., nie zaś aktualny poziom kosztów zakupu na konkurencyjnym rynku tych towarów. Potwierdza to złożenie w postępowaniu oferty z ceną niższą niż w ofercie KANWA Sp. z o.o. Sp. K.

Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołującego. Zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, że wiedza biegłego z zakresu kosztorysowania w robotach budowlanych jest nieadekwatna do okoliczności sporu, gdzie przedmiotem zamówienia jest dostawa. Poziomu cen rynkowych nie dowiodłyby również faktury zakupowe KANWA Sp. z o.o. Sp. K. z roku 2015. Badane postępowanie zostało wszczęte i jest prowadzone w roku 2016, zatem koszty nabycia przedmiotu dostaw z roku poprzedniego, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zawisłego sporu.

Podstawą do uznania, że wnioskowane dowody zostały powołane jedynie dla zwłoki jest również przekonanie Izby, że skutek w postaci eliminacji innych przedsiębiorców z powodu odsprzedaży towarów poniżej kosztów ich zakupów nie następuje wyłącznie z powodu ewentualnego zniżenia wartości części zamawianego asortymentu, lecz wynikać powinien z wyboru danej oferty będącego skutkiem tego zniżenia. O zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji nie może świadczyć samo zniżenie ceny części elementów składających się na ofertę w oderwaniu od wpływu tych elementów na cenę całej oferty lub na warunki (w tym opłacalność) wykonania zamówienia. Tym samym zaoferowanie towaru przez KANWA Sp. z o.o. Sp. K. poniżej kosztów jego zakupu co do zasady powinno pozostawać w związku z wyborem tej oferty i jej oceną w kryterium ceny. Element ten został zlekceważony przez odwołującego.

Wobec braku przeciwnej tezy oraz argumentacji odwołującego Izba stwierdziła, że porównanie ofert KANWA Sp. z o.o. Sp. K. i odwołującego nie daje podstaw do uznania, że cena produktów wskazanych w pozycjach 1-10 zaważyła na wyborze oferty KANWA Sp. z o.o. Sp. K., gdyż również cena pozostałego asortymentu w ofercie tego wykonawcy jest niższa niż w ofercie odwołującego.

W konsekwencji zamawiający uznając tę ofertę za najkorzystniejszą nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.  
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....