

Sygn. akt KIO/UZP 249/09

WYROK
z dnia 13 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Emil Kuriata
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Potronics Sp. z o.o., Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., ul. Jaracza 85, 90-244 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa** protestu z dnia 4 lutego 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Solidex S.A., ul. J. Lea 124, 30-133 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Potronics Sp. z o.o., Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., ul. Jaracza 85, 90-244 Łódź i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Potronics**

**Sp. z o.o., Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., ul. Jaracza 85,
90-244 Łódź,**

- ~~2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez ~~XXX~~ na rzecz ~~XXX~~ stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Potronics Sp. z o.o., Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., ul. Jaracza 85, 90-244 Łódź.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na serwis pogwarancyjny w zakresie sprzętu i oprogramowania dla elementów aktywnych LAN/WAN sieci KSI ZUS. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2008/S 212 – 289367 w dniu 7 listopada 2008 r.

Pismem z dnia 28 stycznia 2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę SOLIDEX S.A. z siedzibą w Krakowie.

Konsorcjum firm: Potronics Sp. z o.o. i Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wniosło protest na tę czynność, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) zwanej dalej Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SOLIDEX S.A. Wykonawca wniósł w proteście o odrzucenie oferty SOLIDEX S.A. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu protestu wykonawca podniósł, że oferta SOLIDEX S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, cen

innych ofert oraz minimalnych kosztów, po których zamówienie może być prawidłowo wykonane. Cena oferty wybranej jest ponad trzy razy niższa od założonego budżetu zamawiającego i średniej ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, prawie dwukrotnie niższa od ceny kolejnej oferty w rankingu ofert oraz ponad dwukrotnie niższa od ceny zaoferowanej na realizację analogicznego zamówienia, o mniejszym zakresie, przed dwoma laty. Wykonawca stwierdził, że cena oferty SOLIDEX S.A. jest rażąco niska na pierwszy rzut oka, a ponadto potwierdza to kalkulacja, wykonana przez protestującego na podstawie jego doświadczenia, przekazana zamawiającemu w ramach wyjaśnień z dnia 6 stycznia 2009 r. Wykonawca wyliczył, iż koszt netto dla wykonania zamówienia (bez kosztów ryzyka i bez marży) wynosi 3 364 000 zł.

SOLIDEX S.A. przystąpił do postępowania wnosząc o oddalenie protestu. Wykonawca podniósł, że niezasadny jest zarzut naruszenia w przedmiotowym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zarzut rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji w stosunku do oferty SOLIDEX S.A. W ocenie wykonawcy odniesienie wysokości ceny do wysokości budżetu zamawiającego jest nietrafne – budżet planowany na realizację zamówienia nie zawsze jest skalkulowany trafnie. SOLIDEX S.A. oferuje produkty Cisco od 1991 r., a od 1996 r. posiada status Cisco GOLD Certified Partner, który pozwala na obniżenie kosztów do 10 kont dla administratorów jedynie do kosztów obsługi administracyjnej. Serwis urzędzeń zamawiającego wykonawca świadczy nieprzerwanie od 1998 r., co pozwala na znaczne obniżenie kosztów usługi z uwagi na rozbudowę placówek serwisowych i składów części zamiennych na terenie całego kraju, poznanie specyfiki funkcjonowania sprzętu zamawiającego. SOLIDEX S.A. ma wsparcie producenta dla urzędzeń dostarczonych zamawiającemu, a wobec tego nie musi dokonywać dodatkowych zakupów i mógł skalkulować cenę tylko w oparciu o koszty pracowników. Serwis świadczony był już uprzednio, zatem łatwo przewidzieć koszt obsługi urzędzeń opisanych w siwz. Na obniżenie kosztów obsługi serwisowej ma wpływ również krótkotrwały dojazd, wynikający z liczby posiadanych placówek serwisowych i magazynów części. Podana w proteście ilość awarii i kosztów części zamiennych odbiega znacznie od rzeczywistej. SOLIDEX S.A. posiada niezbędne oprogramowanie i urządzenia, które pozwalają na ograniczenie kosztów zakupów, przy ponoszeniu kosztów wyłącznie dojazdu i wynagrodzenia pracownika. Warsztaty dla 10 osób odbywać się będą w placówkach szkoleniowych SOLIDEX S.A., co pozwala na znaczne zmniejszenie kosztów szkoleń

Zamawiający oddalił protest jako niezasadny. Wyjaśnił, że zwrócił się do SOLIDEX S.A. i do protestującego, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie elementów, które miały wpływ na zaoferowaną cenę. SOLIDEX S.A. złożył szczegółowe wyjaśnienia w dniu 5 stycznia 2009 r. przedstawiając liczne czynniki kosztów uwzględnione w cenie oferty. Oceniając te wyjaśnienia zamawiający wziął pod uwagę obiektywne czynniki,

w szczególności: oszczędność metody i wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia. SOLIDEX S.A. dostarczał zamawiającemu urządzenia i oprogramowanie, które jest objęte serwisem w ramach przedmiotowego zamówienia. Doświadczenie w obsłudze zamawiającego, poznanie specyfiki funkcjonowania jego sprzętu oraz rozbudowa własnych placówek serwisowych i składów części zamiennych miało znaczny wpływ na obniżenie kosztów zapewniając równocześnie osiągnięcie zakładanego zysku. Zamawiający ocenił wyjaśnienia SOLIDEX S.A. jako wiarygodne. W ocenie zamawiającego, wyjaśnienia złożone w przystąpieniu do postępowania z dnia 9 lutego 2009 r. dowodzą, że zaoferowana cena nie jest niższa od minimalnych kosztów umożliwiających prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający uznał za nieuzasadnione porównanie ceny oferty SOLIDEX S.A. do ceny zaoferowanej przez wykonawcę w innym postępowaniu, ze względu m.in. na różny zakres sprzętowy. Wskazał też na błędnie dokonane przez protestującego wyliczenie kwoty miesięcznego ryczałtu na podstawie umowy z 2006 r.

Konsorcjum wniosło odwołanie od oddalenia protestu, zarzucając jak w proteście - naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty SOLIDEX S.A.

W uzasadnieniu odwołujący powołał się na art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podkreślił, że cena oferty SOLIDEX S.A. jest trzykrotnie niższa od wartości umowy z 2006r. przy analogicznym zamówieniu, stanowi zaledwie 33% średniej ceny innych ofert i budżetu zamawiającego. Realizowanie części usług po cenach trzykrotnie niższych od cen konkurencji (poniżej kosztów) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji poprzez wykorzystanie i nadużycie dominującej pozycji na rynku dla wyeliminowania konkurencji. Solidex S.A. wykorzystuje swoją dominującą pozycję u zamawiającego – „daje zaporową ofertę z rażąco niską ceną, która pozwala nadal dominować u Zamawiającego i dyktować warunki w postępowaniach dotyczących urządzeń Cisco”.

Odwołujący stwierdził, że informacje podane przez ZUS w rozstrzygnięciu protestu i przez SOLIDEX S.A. w wyjaśnieniach nie odpowiadają prawdzie. Wskazał, iż zamawiający ustalił budżet zamówienia po przeprowadzeniu rozeznania rynkowego. Na podstawie potencjalnych cen przedstawionych m.in. przez SOLIDEX S.A. i Koncept zamawiający ustalił budżet na 6.000.000.00 zł netto. Taka sama jest średnia arytmetyczna ofert złożonych w tym postępowaniu, oprócz oferty firmy SOLIDEX. Dane o ilości awarii (16 – 20 w miesiącu), uzyskane z ZUS są prawdziwe. Awaryjność ta jest zgodna z danymi producenta i realna dla prawie 10-letniego sprzętu i będzie się nadal zwiększać. Urządzenia w znacznej większości są pogwarancyjne i nie supportowane przez producenta Cisco, a ułatwienia są dostępne w takim samym stopniu dla wszystkich pozostałych wykonawców. SOLIDEX S.A. uwzględnił w kalkulacji jedynie koszty ludzkie, bez kosztów sprzętu - części zamiennych. Przyjęcie

w ofercie ceny części - 0,00 zł stanowi oczywisty czyn nieuczciwej konkurencji. SOLIDEX S.A. zakłada również m.in. bezkosztowe wykorzystanie sal szkoleniowych, zmniejszone koszty wyjazdów serwisowych z uwagi na posiadanie sieci własnych oddziałów, których ma jedynie 9, podczas gdy serwisowanie obejmuje ponad 320 oddziałów ZUS w całej Polsce. Ponadto wszystkie podane przez SOLIDEX S.A. argumenty istniały również w 2006 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu. Odwołujący, który złożył drugą ofertę pod względem uzyskanej punktacji w kryterium ceny (jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu), utraciłby w ten sposób możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do, podniesionego przez odwołującego - zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SOLIDEX S.A. gdyż zawiera ona cenę rażąco niską, Izba uznała - zarzut powyższy za niezasadny.

Pojęcie „rażąco niska cena” jest subiektywne i relatywne, nie jest zdefiniowane w ustawie Pzp. W określeniu jego znaczenia znakomitą rolę odgrywa orzecznictwo ZA, KIO, a w szczególności sądów okręgowych. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia i jego wartość (vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 2194/05). Uzasadnione jest również odniesienie tej ceny do cen innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Izba podziela pogląd, utrwalony w orzecznictwie, że cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego. W tym zakresie wypowiedział się także ETS stwierdzając, że art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. Państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone. (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 ("Transportroute") i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 ("Fratelli Costanzo").

Stosownie do dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający ma prawo i obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przypadku powzięcia jakiegokolwiek podejrzenia, że cena jest rażąco niska.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 5 ofert, których ceny opiewały na 2 430 048,52 zł, 4 647 030,00 zł, 7 000 418,55 zł, 7 852 156,68 zł, 9 913 869,20 zł. Z uwagi na zauważalne różnice wysokości cen dwóch złożonych ofert w stosunku do pozostałych, zamawiający w sposób uzasadniony podjął działania wyjaśniające w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie zaoferowanych cen wobec SOLIDEX S.A. i odwołującego (pismo z dnia 31 grudnia 2008 r.)

Zamawiający zwrócił się do Spółki SOLIDEX o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających istotny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz sposobu w jaki elementy te wpłynęły na cenę oferty. Wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 5 stycznia 2009 r. odnosząc się szczegółowo do całego zakresu zamówienia. Wskazał na następujące okoliczności:

SOLIDEX S.A. świadczy usługi serwisowe na rzecz zamawiającego na terenie Polski od 1998r. W tym okresie nastąpiło rozbudowanie placówek serwisowych oraz składów

oryginalnych części zamiennych niezbędnych do świadczenia usług opisanych w siwz, a dotyczących urządzeń i oprogramowania dostarczonego przez SOLIDEX S.A. Dzięki umowie partnerskiej potwierdzonej certyfikatem Cisco GOLD Partner wykonawca posiada zabezpieczone wsparcie producenta na urządzenia dostarczone. Wykonawca nie musi dokonywać dodatkowych zakupów w celu świadczenia usług serwisowych. Oświadczył, że w ofercie zostały ujęte wszystkie niezbędne koszty dla wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami i w zakresie określonym w siwz. Wykonawca posiada centrum przyjmowania zgłoszeń serwisowych, pracujące całą dobę 7 dni w tygodniu. Koszt pracy centrum stanowi koszt ogólny działalności firmy – usługa jest zapewniona dla wszystkich kontraktów realizowanych przez wykonawcę. Realizacja napraw pociąga niskie nakłady, w tym niskie koszty dojazdu do placówek zamawiającego z uwagi na sieć placówek serwisowych i magazynów części zamiennych na terenie kraju. Wykonawca posiada sprzęt zastępczy, którego wartość uległa już umorzeniu, natomiast koszt części zamiennych został oszacowany na podstawie statystyk serwisowych zebranych w ciągu lat wykonywania usług. Koszt założenia 10 kont dla administratorów na stronach Cisco obejmuje wyłącznie koszty administracyjne z uwagi na posiadanie przez wykonawcę niezbędnych uprawnień do założenia kont. Koszt konserwacji podlega obniżeniu ze względu na świadczenie tych usług dla kilku klientów jednocześnie. SOLIDEX S.A. na mocy umowy partnerskiej posiada prawo do udostępniania uaktualnień i nowych wersji oprogramowania. Koszt ich udostępniania jest obciążony jedynie kosztami administracyjnymi. Koszt diagnozy awarii na życzenie zamawiającego został wyliczony przy założeniu, że zdarzenia te będą sporadyczne, a ponadto wykonawca posiada wszystkie potrzebne w tym celu urządzenia i oprogramowanie. Koszty w tym zakresie ograniczają się do kosztów dojazdu i wynagrodzenia pracownika. Wykonawca przyjął, że aktualizacja bazy danych urządzeń zostanie połączona z coroczną ich konserwacją, co pozwoli na ograniczenie kosztów. Koszty konsultacji technicznych ulegają zmniejszeniu z uwagi na posiadanie własnych laboratoriów i sal szkoleniowych. Wykonawca oświadczył ponadto, że ostateczna cena oferty i poziom stawek uwzględnia tak przedstawione czynniki kosztów, które zostały powiększone o niewielką marżę dla SOLIDEX S.A. Poziom kosztów został dobrany dla zamawiającego na podstawie wcześniejszych wieloletnich doświadczeń oraz na podstawie Umowy partnerskiej z Cisco.

Biorąc pod uwagę powyższe i stanowisko zamawiającego w przedmiocie ww. wyjaśnień, Izba uznała, że zamawiający dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w sposób prawidłowy, z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia życiowego. Należy stwierdzić, że wyjaśnienia SOLIDEX S.A. pozwalają na ocenę czy zaoferowana cena jest rażąco niska. Podkreślić przy tym należy, że art. 90 Pzp nie normuje formy wyjaśnień

składanych przez wykonawcę. Treść ust. 3 ww. artykułu wymienia jedynie elementy, które zamawiający bierze pod uwagę oceniając wyjaśnienia.

Izba uznała, że dla wykazania, iż cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające wskazanie różnic arytmetycznych - stosunku ceny do kwoty zaplanowanej przez zamawiającego na realizację zamówienia, do cen innych ofert, złożonych w postępowaniu lub też do ceny zaoferowanej w zamówieniu sprzed dwóch lat.

Odwołujący wyliczył, iż realny koszt netto dla wykonania zamówienia (bez kosztów ryzyka i bez marży) wynosi 3 364 000 zł, co dowodzi zaniżonej w stosunku do kosztów ceny zaoferowanej przez SOLIDEX S.A. Izba nie podzieliła powyższego stanowiska. Odwołujący przyznał w toku postępowania, iż do kalkulacji ceny własnej oferty, a zatem również do powyższej kalkulacji modelowej, przyjął średnią miesięczną ilość awarii na poziomie 16-20, podczas, gdy ilość ta oscyluje na poziomie ok. 10,5, co wynika z doświadczeń zamawiającego z poprzednich lat. SOLIDEX S.A. przyjął zaś ilość awarii na poziomie właściwym. Kalkulacja odwołującego może budzić wątpliwości także z uwagi na przyjęcie przez odwołującego niewłaściwej ilości urządzeń objętych zamówieniem - jako sumy „urządzeń i elementów” (5120 szt.), podczas, gdy ilość urządzeń wynika z pozycji zawartych w formularzu cenowym (1326 szt.).

Odwołujący nie zaprzeczył, że status Partnera GOLD różni się od statusu SILVER jeśli chodzi o udogodnienia (np. rabaty) i wsparcie techniczne producenta Cisco dla wykonawcy świadczącego serwis jego urządzeń. Odwołujący wskazał jedynie, że nie różni się on znacząco. W ocenie Izby różnice te mogą jednak pozwalać na obniżenie kosztów świadczenia usług, zważywszy chociażby na to, że sam producent wprowadził rozróżnienie w tym zakresie. Izba uznała za zasługujące na uwzględnienie oświadczenie przystępującego w toku rozprawy, iż w cenie oferty uwzględnił koszt niezbędnych części zamiennych. Powyższe twierdzenie jest zgodne z treścią wyjaśnień złożonych zamawiającemu, gdzie w pkt 5 wykonawca podał, że „koszt zapewnienia części zamiennych został ... oszacowany na podstawie statystyk serwisowych” i „w każdej z placówek serwisowych oszacowano niezbędne zakupy.” W ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, iż na obniżenie kosztów usługi na terenie kraju ma wpływ taki czynnik jak posiadanie własnych sal szkoleniowych i laboratoriów oraz liczba placówek serwisowych.

Wobec powyższego Izba uznała, że twierdzenia podnoszone przez odwołującego, w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, nie znalazły oparcia w materiale dowodowym.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W danym stanie faktycznym brak jest podstaw do uznania, że złożenie oferty przez SOLIDEX S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W toku postępowania zamawiający jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności w celu zachowania uczciwej konkurencji. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 693/05 zamawiający obowiązany jest eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu stawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszające postanowienia z ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania przedsiębiorcy nie wynikają z istoty konkurencji lecz mają na celu utrudnienie dostępu do rynku za pomocą środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK 2003/1/240 pismo z dnia 4 lutego 2003 r.).

Odwołujący zarzucił popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz.1503 ze zmianami). Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zarzut powyższy został zatem podniesiony przez odwołującego w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny.

Twierdzenia w zakresie tego zarzutu nie zostały jednak poparte przez odwołującego dowodami potwierdzającymi wskazywane okoliczności. Odwołujący nie wykazał, że SOLIDEX S.A. zaoferował zrealizowanie usług po cenach poniżej kosztów, co stwierdzono powyżej. Okoliczność, iż zaoferowane ceny są niższe od cen konkurencji nie dowodzi, że cena jest rażąco niska, a tym bardziej nie dowodzi, że została ona skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia. Odwołujący podniósł, że SOLIDEX S.A. wykorzystuje swoją dominującą pozycję u zamawiającego – „daje zaporową ofertę z rażąco niską ceną, która pozwala nadal dominować u Zamawiającego i dyktować warunki w postępowaniach dotyczących urządzeń Cisco”. Powyższe twierdzenie nie zostało dowiedzione przez odwołującego. Ponadto, zakaz nadużywania pozycji dominującej, jako praktyka ograniczająca konkurencję w rozumieniu art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zmianami), odnosi się do przedsiębiorcy, który posiada pozycję umożliwiającą mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym tj. w szczególności posiadający udział w rynku właściwym powyżej 40 %. Przez rynek właściwy należy rozumieć (generalnie) rynek towarów oferowanych na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu,

panują zbliżone warunki konkurencji. W przypadku SOLIDEX S.A. brak jest podstaw do stwierdzenia, że zachodzą przesłanki uznania pozycji dominującej tego przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która to pozycja jest wykorzystywana do utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku. W ocenie Izby, każde przedsiębiorstwo ma prawo do korzystania z wypracowanej przez siebie pozycji na rynku, o ile nie stosuje niedozwolonych praktyk. Nie ulega wątpliwości, iż lepsza pozycja tego wykonawcy, w stosunku do pozostałych, polegająca w szczególności na posiadaniu wiedzy, doświadczenia i związanej z tym odpowiedniej infrastruktury, jest wynikiem wieloletniej współpracy z zamawiającym. Odwołujący nie wykazał, iż zamówienie nie może zostać zrealizowane za cenę przedstawioną w ofercie SOLIDEX S.A. Wręcz przeciwnie, odwołujący przyznał w toku rozprawy, że cenę własnej oferty (która jest ok. dwa razy wyższa od ceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza) skalkulował przyjmując szacunkową ilość awarii w okresie całego zamówienia na liczbę 600, podczas gdy ilość ta będzie wynosiła ok. 500. Dowodzi to bezsprzecznie, że cena oferty odwołującego mogła być skalkulowana na niższym poziomie.

W świetle powyższego należało uznać, że wysokość ceny oferty SOLIDEX S.A. wynika z mechanizmu wolnej konkurencji – tj. konkurowania ceną, co stanowi jeden z istotniejszych elementów dozwolonej konkurencji. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie udowodnił w toku postępowania odwoławczego, zamiaru wykonawcy SOLIDEX S.A. w zakresie wyeliminowania z rynku odwołującego lub innych wykonawców, co jest koniecznym elementem dla uznania działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, Izba uznała, iż zarzut powyższy nie jest zasadny w świetle ustalonych okoliczności sprawy. W konsekwencji braku potwierdzenia się naruszenia przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*