

Sygn. akt: KIO 896/11

WYROK
z dnia 12 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Lubelskie Zakłady Przemysłu Skórzanego „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin, 2) „ARM-ex” Barbara Mruk, Mariusz Mruk Sp. j., Broniszew 71, Gmina Promna, 05-610 Goszczyn, 3) Spółdzielnia Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego, ul. Hutnicza 47, 81-061 Gdynia, 4) WOJAS S.A., ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ**, reprezentowanych przez pełnomocnika Wincentego Boryca, adres: Lubelskie Zakłady Przemysłu Skórzanego „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej reprezentowany przez Agencję Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, 34-400 Nowy Targ, ul. Ludźmierska 29** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Lubelskie Zakłady Przemysłu Skórzanego „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin, 2) „ARM-ex” Barbara Mruk, Mariusz Mruk Sp. j., Broniszew 71, Gmina Promna, 05-610 Goszczyn, 3) Spółdzielnia Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego, ul. Hutnicza 47, 81-061 Gdynia, 4) WOJAS S.A., ul.**

Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ, reprezentowanych przez pełnomocnika Wincentego Boryca, adres: Lubelskie Zakłady Przemysłu Skórzanego „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Lubelskie Zakłady Przemysłu Skórzanego „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin, 2) „ARM-ex” Barbara Mruk, Mariusz Mruk Sp. j., Broniszew 71, Gmina Promna, 05-610 Goszczyn, 3) Spółdzielnia Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego, ul. Hutnicza 47, 81-061 Gdynia, 4) WOJAS S.A., ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ, reprezentowanych przez pełnomocnika Wincentego Boryca, adres: Lubelskie Zakłady Przemysłu Skórzanego „PROTEKTOR” S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759, 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

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Lubelskie Zakłady Przemysłu Skórzanego „PROTEKTOR” S.A. w Lublin, 2) „ARM-ex” Barbara Mruk, Mariusz Mruk Sp. j., Broniszew, 3) Spółdzielnia Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego, Gdynia, 4) WOJAS S.A., Nowy Targ, wniósł odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej reprezentowany przez Agencję Mienia Wojskowego Warszawa odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, Nowy Targ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawy w latach 2011-2013 trzewików (zimowych, oficerskich, z gwoździami i letnich)”, nr postępowania 3/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2011, część 3, 4 i 5.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dz. Urz. UE pod nr 2010/S 238-363509,

Zarzuty sformułowane w odwołaniu.

Odwołujący podał, że zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza narusza art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazał iż, ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego oferta w świetle przyjętych kryteriów powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a zaniechanie odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy, jako naruszające przepisy ustawy Pzp, prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego.

Wnioski/ żądania:

Odwołujący wniósł o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że w części 3, 4 i 5 zamówienia trzech wykonawców złożyło oferty z następującymi cenami:

	Część 3	Część 4	Część 5
--	---------	---------	---------

wykonawcy: Protektor S.A., ARM- ex Sp. j. Spółdzielnia Pracy, Wojas S.A.	cena za parę netto - 225,00 zł cena za parę brutto - 276,75 zł cena oferty brutto - 7.084.800,00 zł	cena za parę netto - 218,49 zł cena za parę brutto - 268,75 zł cena oferty brutto - 15.130.625,00 zł	cena za parę netto - 217,00 zł cena za parę brutto - 266,91 zł cena oferty brutto - 21.192.654,00 zł
DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki	cena za parę netto - 176,90 zł cena za parę brutto - 217,59 zł cena oferty brutto - 5.570.304,00 zł	cena za parę netto - 176,90 zł cena za parę brutto — 217,59 zł cena oferty brutto - 12.250.317,00 zł	cena za parę netto - 176,90 zł cena za parę brutto - 217,59 zł cena oferty brutto - 17.276.646,00 zł
DEMAR Marek Dewódzki	cena za parę netto — 156,90 zł cena za parę brutto - 192,99 zł cena oferty brutto - 4.940.544,00 zł	cena za parę netto — 156,90 zł cena za parę brutto - 192,99 zł cena oferty brutto - 10.865.337,00 zł	cena za parę netto - 156,90 zł cena za parę brutto - 192,99 zł cena oferty brutto - 15.323.406,00 zł
AMW przeznaczyła	za parę brutto 307,91 zł ogółem -	za parę brutto - 307,65 zł ogółem -	za parę brutto - 307,80 zł ogółem -
	7.882.520,00 zł	17.320.711,00 zł	24.439.750,00 zł

Wskazał, że zamawiający wezwał w dniu 25 marca 2011 r. wykonawców „DEMAR” Marek Dewódzki oraz DEMAR–BIS Tomasz Dewódzki do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w częściach 3, 4 i 5 zamówienia. Wykonawca DEMAR Marek Dewódzki nie złożył żadnych wyjaśnień, więc jego oferta została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Wykonawca DEMAR–BIS Tomasz Dewódzki złożył pismo, w którym wyjaśnił, że koszt wytworzenia jednej pary obuwia w częściach postępowania to kwota 161,38 zł, na którą składają się:

- a) koszty materiałowe - 90,40 zł/para;

- b) koszty robocizny - 48,75 zł/para;
- c) koszty pośrednie - 1,18 zł/para;
- d) koszty zakładowe - 21,05 zł/para.

Jednocześnie wyjaśnił, że cena na tak niskim poziomie wynika z następujących okoliczności:

- a) wynegocjowanie bardzo dobrych cen na usługi, materiały i surowce u dostawców i kooperantów ze względu na znaczną ilość obuwia produkowanego w ramach zamówienia;
- b) zwiększenie wydajności poprzez fakt, iż firma w latach ubiegłych była znaczącym dostawcą trzewików 926/MON dla zamawiającego;
- c) zamortyzowanie się narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do produkcji;
- d) posiadanie nowoczesnych, bardzo wydajnych maszyn obuwniczych;
- e) zautomatyzowanie niektórych etapów produkcji.

W ocenie odwołującego, oferta wykonawcy DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki podlega odrzuceniu ze względu na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a ponadto ocena złożonych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

I. Zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji uzasadnił następująco.

Odwołujący podał, że okoliczności wskazują na wystąpienie zmywy przetargowej pomiędzy wykonawcami DEMAR Marek Dewódzki i DEMAR – BIS Tomasz Dewódzki:

- pokrewieństwo -Tomasz Dewódzki to syn Marka Dewódzkiego;
- wspólna lokalizacji lokalu - wykonawca DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki nie posiada odrębnego zakładu produkcyjnego, obydwie firmy korzystają z tego samego zakładu położonego w Nowym Targu przy ul. Ludźmierskiej 29 (wynika to z załączonych do ofert zaświadczeń z ewidencji działalności gospodarczej);
- różnica w cenach jednostkowych za wykonanie pary obuwia w każdej z części wynosi dokładnie tyle samo (równe 20 zł jeśli chodzi o cenę jednostkową netto), co wskazuje na wspólne uzgodnienie cen pomiędzy Markiem Dewódzkim, a Tomaszem Dewódzkim;
- wykonawca DEMAR Marek Dewódzki nie odpowiedział na wezwanie w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny złożonej przez niego oferty, natomiast odpowiedział wykonawca „Demar - Bis” Tomasz Dewódzki, co wskazuje na istnienie zmywy cenowej pomiędzy tymi wykonawcami.

Podniósł, że zmywa przetargowa została określona w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne

z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stąd, czynem nieuczciwej konkurencji jest zawarcie zmywy cenowej w przetargu, jako porozumienia mającego na celu uzgodnienie cen oraz faktu niezłożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny, które narusza konkurencję i jednocześnie narusza interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego. Złożenie oferty uzgodnionej w ramach zmywy cenowej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i z tego powodu oferta wykonawcy DEMAR – BIS Tomasz Dewódzki powinna zostać odrzucona.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1874/10 (opubl. w LEX), uznający zmywę przetargową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz orzecznictwo administracyjne Prezesa UOKiK.

W ocenie odwołującego z orzecznictwa wynika, że nieuzupełnienie w terminie braków oferty powodujące wykluczenie wykonawcy z postępowania i uzyskanie zamówienia przez przedsiębiorcę—uczestnika porozumienia, którego oferta nie była pierwotnie najkorzystniejsza cenowo (nie stanowiłaby najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy Pzp, gdyby inni wykonawcy uzupełnili brakujące dokumenty), stanowi zmywę przetargową. Okoliczności takie, jak tożsamość zasad ustalania ceny czy nieracjonalne odstępianie od uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę składającego najkorzystniejszą ofertę spowodowały podejrzenia wystąpienia zmywy przetargowej.

Stwierdził, że wszelkie zmywy przetargowe, czyli porozumienia zawierane między uczestnikami przetargów, a więc formy działań, które są w stanie ograniczyć wolność działalności gospodarczej uczestników rynku i sztucznie zmienić stosunki rynkowe prowadzą do zakazanego zniekształcenia konkurencji, a przez to godzą w interes publiczny.

Podniósł, że stosownie do art. 231 kpc, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

Stąd, w okolicznościach sprawy, reguła dowodowa z art. 231 kpc powinna mieć zastosowanie — fakt niezłożenia wyjaśnień elementów cenotwórczych przez wykonawcę DEMAR Marek Dewódzki, przy istnieniu powiązań gospodarczych (wspólny zakład produkcyjny) i rodzinnych (pokrewieństwo) z wykonawcą DEMAR–BIS Tomasz Dewódzki, identyczne różnice pomiędzy cenami jednostkowymi ofert we wszystkich częściach, wskazują na istnienie zmywy cenowej, która wpłynęła na naruszenie konkurencji.

Zarzut złożenia wyjaśnień potwierdzających rażąco niską cenę oferty.

Odwołujący dokonał oceny wyjaśnień wezwanego wykonawcy w trybie art. 90 ust.1 ustawy i uznał, że argumenty przedstawione przez wykonawcę nie uzasadniają obniżenia ceny do zaoferowanego poziomu.

Stwierdził, że ilość asortymentu dla każdego z wykonawców uczestniczących w przetargu była taka sama, a zatem każdy z nich negocjował u dostawców korzystniejsze warunki ze względu na wielkość dostaw. Stąd, nie jest to okoliczność wymieniona w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a w szczególności wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne właśnie dla tego wykonawcy. W świetle informacji posiadanych przez odwołującego, że koszt materiałów dla jednej pary obuwia powinien wynosić nie mniej niż 120 zł, to kwota podana przez wykonawcę 90,40 zł jest nierealna, wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających możliwość uzyskania tak niskiego kosztu materiałów, zważywszy, że to zamówienie planowane jest na 3 lata (VAT, inflacja). Tomasz Dewódzki nie wskazał również u jakich dostawców lub kooperantów uzyskał rabaty lub upusty. Zatem wyjaśnienie nie mogło zostać przyjęte jako argument wyjaśniający możliwość obniżenia ceny oferty.

Również wykonawca nie wyjaśnił okoliczności wpływu dotychczasowego świadczenia dostaw na rzecz zamawiającego, na zwiększenie wydajności i wysokość ceny. Nie uzasadnił w jaki sposób poprzednie zamówienia wpłynęły na zaistnienie jednej z okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 2 Pzp, np. na oszczędność metody wykonania.

Wykonawca nie wyjaśnił, jakie stosuje nowoczesne i wydajne maszyny obuwnicze, kiedy je zakupił oraz w jaki sposób je zamortyzował.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z posiadanymi informacjami, metoda wytwarzania obuwia będącego przedmiotem postępowania, to metoda ręczna oraz zastosowanie maszyny do wtrysku. Odwołujący dysponuje nowoczesną maszyną do wtrysku firmy DESMA z Niemiec, a mimo to zastosowanie tej maszyny nie pozwoliło na obniżenie ceny do poziomu proponowanego przez wykonawcę. Podał, że większość firm z branży stosuje takie maszyny. Zaś Tomasz Dewódzki nie podał w wyjaśnieniach, jakimi maszynami obuwniczymi dysponuje, które zwiększałyby wydajność, a więc powodowałyby zmniejszenie ceny oferty.

Ponadto, uznał, że stwierdzenia o posiadaniu nowoczesnych maszyn i jednoczesnym zamortyzowaniu się tych maszyn są ze sobą sprzeczne.

Wskazał, że w myśl przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych, roczna stawka amortyzacyjna dla maszyn i urządzeń do produkcji wyrobów włókienniczych i odzieżowych oraz do obróbki skóry i produkcji z niej, wynosi 14%, co oznaczałoby, że maszyna amortyzuje się około 7 lat. Urządzenie zakupione 7 lat temu, budzi wątpliwość, czy jest nowoczesne. Wykonawca nie wyjaśnił, jaką stawkę amortyzacyjną zastosował i w jakim okresie, dlatego również i ta część wyjaśnień nie zasługiwała na uwzględnienie. Podniósł, że budzi wątpliwości fakt zakupu maszyn obuwniczych, skoro zakład produkcyjny, z którego korzysta firma Tomasza Dewódzkiego należy również do firmy DEMAR Marek Dewódzki.

Wykonawca nie wyjaśnił jakie etapy produkcji, odmiennie niż u innych producentów, zostały zautomatyzowane. Podkreślił, że zgodnie z regułami dowodowymi wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp tworzy domniemanie rażąco niskiej ceny. Wykonawca wezwany powinien swoimi

wyjaśnieniami obalić to domniemanie. Na wezwanym wykonawcy spoczywał ciężar wykazania, że tak nie jest. Wskazał wyrok z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 360/10 i 385/10, przywołujący wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 r. sygn. akt VI Ca 464/05 oraz Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4 czerwca 2008 r. sygn. akt X Ga 127/08 i wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 r., sygn. akt X Ga 294/07.

Odwołujący uznał, że argumenty podane przez DEMAR-BIS w wyjaśnieniach nie są okolicznościami indywidualnie dotyczącymi tego wykonawcy lecz odnoszą się do wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Wskazał zbyt ogólnikowość wyjaśnień i brak dowodów na potwierdzenie okoliczności podanych w ich treści oraz fakt, iż nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy stanowi o dowodach.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki.

Wskazał, iż odwołanie narusza nasz jego interes *prawny*, ze względu na fakt, że zamawiający uznał ofertę wykonawcy za najkorzystniejszą.

Wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność stawianych zarzutów.

W uzasadnieniu odniósł się do zarzutów zawartych w odwołaniu.

I. Zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca potwierdził pokrewieństwo oraz prowadzenie działalności pod tym samym adresem co P.W. DEMAR, to jest w Nowym Targu przy ulicy Ludźmierskiej 29. Jednocześnie podniósł, że sam fakt pokrewieństwa nie może świadczyć o jakiegokolwiek zмовie przetargowej. Przystępujący jest w pełni niezależnym, samodzielnym podmiotem gospodarczym i od lat uczestniczy w przetargach na dostawę obuwia dla służb mundurowych.

Podał, że prowadzi działalność gospodarczą pod adresem 34-400 Nowy Targ, ul. Ludźmierska 29, co w sposób jednoznaczny wynika z załączonego do oferty zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. P.W. DEMAR Marek Dewódzki prowadzi działalność gospodarczą w Mstowie przy ul. Kościelnej 26, jak również jeden z wielu oddziałów firmy znajduje się w Nowym Targu przy ul. Ludźmierskiej 29. Pod wskazanym adresem działalność gospodarczą prowadzi kilkanaście podmiotów gospodarczych, w tym również jedna z firm wchodzących skład konsorcjum, które złożyło odwołanie - to jest firma „WOJAS” SA.

Wynajmuje powierzchnię użytkową na prowadzenie działalności gospodarczej tak samo je wiele innych podmiotów, między innymi z branży informatycznej i elektronicznej. Przystępujący jest samodzielnym i niezależnym podmiotem. Posiada własny park maszynowy i kadrę pracowniczą. Zarzut, że różnica w zaoferowanych cenach jednostkowych pomiędzy ofertą DEMAR a ofertą przystępującego wynosi równo 20,00 zł nie może być dowodem na wspólne uzgodnienie cen.

Taka sama różnica w cenie jednostkowej netto w poszczególnych zadaniach wynika z przyjętych obliczeń. Przystępujący stwierdził, że nie może odnieść się do faktu dlaczego wykonawca P.W. DEMAR Marek Dewódzki nie odpowiedział na wezwanie w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny, ponieważ takiej wiedzy nie posiada.

II. Zarzut złożenia wyjaśnień potwierdzających rażąco niską cenę.

Przystępujący podał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia odnośnie zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia poparł również liczbami i udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Wobec uznania przez odwołującego ceny jednostkowej netto w wysokości 176,90 zł za parę trzewików letnich wzór 926/MON za rażąco niską, załączył dokumenty, że firma wchodząca w skład konsorcjum (odwołujący), Spółdzielnia Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego z Gdyni realizowała w roku ubiegłym dostawy tożsamyh trzewików letnich wzór 926/MON po cenie jednostkowej netto wynoszącej 163,00 zł za parę (postępowanie nr 6/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2010).

Podkreślił, że cena zaoferowana przez firmę Kiliński dotyczyła dostawy 8 515 par, a przedmiotowy przetarg opiewa na dostawę 161 300 par trzewików.

Przystępujący jeszcze raz zaprzeczył jakoby między nim a firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DEMAR Marek Dewódzki była jakakolwiek zmowa. Podniósł, że przedstawiona przez odwołującego argumentacja nie ma żadnego potwierdzenia, zarówno w faktach jak i dowodach. Stanowisko w istocie sprowadza się do domysłów i próby manipulacji. Uznał argumenty za całkowicie bezpodstawne i nie podlegające uwzględnieniu.

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.

Izba uznała, oceniając odwołanie w kontekście art. 179 ust. 1 ustawy, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w wyniku dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty w częściach 3, 4, 5 złożonej przez P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki.

I. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w skrócie ustawa Pzp, w zw. a z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w zw. z art.6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zaniechanie przez zamawiającego

odrzućenia oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż jest efektem tzw. zmowy przetargowej.

Zgodnie z art. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Z kolei art. 3 ust. 1 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który został przywołany w odwołaniu stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, jest to przepis ogólny definiujący czyny nieuczciwej konkurencji. Treścią przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów jest zakaz zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na (...) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (...) warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Przez pojęcie „porozumienie”, zgodnie z definicją zawartą w słowniczku pojęć ustawowych (art. 4 pkt 5), należy rozumieć obok umów, uchwał i innych aktów zawieranych między przedsiębiorstwami, również uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Naruszenie zakazu zawierania porozumień skutkuje uznaniem wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli jego skutek znajduje odzwierciedlenie w którymś z przepisów definiujących czyny niedozwolone wskazane w części szczególnej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 5-17 (stypizowane czyny nieuczciwej konkurencji).

W rozpoznawanej sprawie, czyn nieuczciwej konkurencji zobowiązujący zamawiającego do odrzućenia oferty W.P. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, miałby miejsce wówczas, gdyby odwołujący udowodnił dokonanie uzgodnień między wykonawcami w zakresie cen ofert (oferta DEMAR Marek Dewódzki niższa od oferty P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki) oraz, że fakt niezłożenia wyjaśnień na wezwanie zamawiającego w zakresie kalkulacji ceny oferty, miał na celu umożliwienie wykonawcy P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki uzyskania zamówienia.

Odwołujący nie przedstawił dowodu w tym zakresie. Zarzut ferował wyłącznie na zasadzie domniemania opartego na stosunku pokrewieństwa między wykonawcami, braku odrębnego zakładu wykonawcy P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki, korzystania przez obu wykonawców z tego samego zakładu położonego w Nowym Targu przy ul. Ludźmierskiej 29 (stwierdzenie dokonane na podstawie załączonych do ofert zaświadczeń z ewidencji działalności gospodarczej); różnicy w cenach jednostkowych pary obuwia w każdej części przedmiotu zamówienia 20 zł netto oraz brakiem odpowiedzi wykonawcy DEMAR Marek Dewódzki na wezwanie zamawiającego. Powołując się na stanowisko prezentowane przez

Prezesa UOKiK przyjął, że wobec braku bezpośrednich dowodów na udowodnienie praktyk ograniczających konkurencję dopuszczalne jest oparcie się na dowodach pośrednich, poprzez odwołanie się do przepisów kpc dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych. Wskazał, że na podstawie art. 231 kpc, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

Izba podnosi, że zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy kpc wyłącznie odnoszące się do sądu polubownego i pod warunkiem, że ustawa Pzp nie stanowi inaczej.

Postępowanie dowodowe przed Izbą zostało uregulowane w art.190 ustawy Pzp. Przepis ust.1 tego artykułu stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (...). W ust. 3 wskazano rodzaje dowodów. Zatem, rozstrzygnięcie Izby może być dokonane wyłącznie na podstawie przedstawionych dowodów przez strony, a contrario, rozstrzygnięcie nie może być oparte na podstawie domniemania strony.

W ślad za orzecnictwem sądowym i KIO, Izba przyjmuje pogląd, że „wyrażona w art. 6 kc zasada nakłada ciężar udowodnienia faktu na osobę, która twierdzi i z tego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Nawet uprawdopodobnienie zaistnienia okoliczności, które mogłyby ewentualnie potwierdzać zasadność zarzutu zmywy przetargowej nie może stanowić podstawy do uwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu - stosowne okoliczności muszą być dowiedzione w toku postępowania” (wyrok wydany przez Izbę w analogicznym stanie faktycznym w sprawie z udziałem części obecnych stron i uczestnika postępowania odwoławczego w niniejszym postępowaniu).

„Izba opierając się na dokonanych ustaleniach uznała, że nie potwierdził się fakt zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami Tomaszem Dewódzkim i Markiem Dewódzkim porozumienia co do ceny składanych ofert przetargowych. Odwołujący nie przedstawił w toku postępowania dowodów potwierdzających niezbieżność fakt zawarcia porozumienia pomiędzy P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki i DEMAR Marek Dewódzki, którego treścią było ustalenie warunków składanych ofert co do oferowanej ceny, w celu pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego. W tym stanie rzeczy, Izba nie uwzględniła zarzutu w zakresie zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez P.W. DEMAR-BIS Tomasz Dewódzki na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp” (wyrok KIO z dnia 21 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 965/09 utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Warszawie – wyrok z dnia 9 lutego 2010 r. sygn. akt V Ca 2446/09 o treści „odnosząc się do zarzutu zmywy przetargowej należy tylko podzielić argumentację Krajowej Izby Odwoławczej, która uznała zarzut ten za nieudowodniony”).

W innym wyroku, z dnia z dnia 5 stycznia 2011 r. sygn. akt: KIO 2766/10 Izba stwierdziła, że „skoro Odwołujący podnosi, iż w niniejszym postępowaniu dopuszczono się czynu nieuczciwej konkurencji w świetle art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), to powinien powyższe wykazać, wskazując w tym zakresie na konkretne dowody uzasadniające istnienie takiego porozumienia, tzw. zmowy przetargowej.”

Również Izba uznała, że jeżeli w postępowaniu „jeden z podmiotów należący do tej samej grupy kapitałowej (oferujący niższą cenę) składa ofertę zawierającą usuwalne braki formalne, zaś drugi z podmiotów należący do tej samej grupy kapitałowej, składa ofertę zawierającą cenę wyższą, przy czym oferta drugiego z podmiotów nie zawiera braków formalnych, należy stwierdzić iż powyższa argumentacja Odwołującego jest niewystarczająca do stwierdzenia istnienia takiej „zmowy przetargowej” i nie zasługuje w konsekwencji na uwzględnienie”.

Izba wskazała, że orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości potwierdza, iż „uregulowanie oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu, bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami” (wyrok ETS w sprawach połączonych C 21/03 i C 34/03 Fabricom przeciwko państwu belgijskiemu z dnia 3 marca 2005 r.).

Stwierdziła, że „odwołujący nie wykazał, że równoległe działania/zaniechania wykonawców w postępowaniu miały swoje bezpośrednie przełożenie na treść złożonych ofert w postępowaniu i wpływ na jego wynik oraz, iż równoległe zachowania tych wykonawców są wyłącznie działaniami uzgodnionymi, skoordynowanymi oraz ze sobą powiązanymi. Przy czym równoległe, niezależne od siebie działania wykonawców podejmowane przez nich w toku innego postępowania nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.”

Izba uznała, iż „na wykonawcy, który skorzysta z prawa zaskarżenia czynności zamawiającego spoczywa ciężar wykazania, że konkretne zachowanie zamawiającego (działanie bądź zaniechanie) w postępowaniu jest sprzeczne z przepisami ustawy. Odwołujący powinien przedstawić na tę okoliczność konkretne dowody, zaś analizując argumentację odwołującego przywołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (orzeczenie KIO z dnia 14 września 2010 r., sygn. akt KIO 1874/10), Izba uznała, że orzecznictwo niejednokrotnie odnosi się do odmiennych stanów faktycznych, dlatego też nie wystarczy, że wykonawca powoła się w tym zakresie na bogate orzecznictwo, konieczne jest przede wszystkim wykazanie okoliczności, z których wywodzone są określone skutki

prawne”.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie, zdaniem Izby, należy stwierdzić w okolicznościach sprawy, że zasadne jest stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu w rozumieniu przepisów ustawy, potwierdzającego, że zawarto porozumienie między wykonawcami w celu osiągnięcia skutków wskazanych w odwołaniu. Zarzut oparty jest wyłącznie na domniemaniu, w sytuacji, gdy do udowodnienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji wymagane są „niezbite dowody”, którymi nie może być nawet uprawdopodobnienie zarzutu (wskazane wyżej wyroki KIO i Sądu Okręgowego w Warszawie).

Zarzut rażąco niskiej ceny w wybranej ofercie.

Zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W opinii Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczonej na stronie internetowej pt. ”Rażąco niska cena” zawarto istotne wskazania służące ocenie rażąco niskiej ceny. Podkreślono, że podstawę oceny, czy cena oferty jest rażąco niska stanowi odniesienie ceny oferty do przedmiotu zamówienia.

„Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.” „Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. (...). Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością (o czym jeszcze poniżej). Ponadto, wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy, a więc żądania wyjaśnień. Nie może jednak decydować jeszcze o tym, że cena jest ceną rażąco niską. W tym przypadku, odniesienie ceny do wartości zamówienia powiększonej o VAT ma charakter jedynie

pomocniczy i służyć powinien jedynie podjęciu decyzji o tym, czy na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy”.

Zdanie Izby należy podnieść, że ustawodawca nie określił żadnych wymogów co do zakresu udzielanych wyjaśnień, ograniczając się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazany przepis nie kreuje obowiązku przedstawienia dowodów na tę okoliczność. Istotne jest natomiast, żeby złożone wyjaśnienia dały zamawiającemu możliwość dokonania oceny. Ocena zamawiającego, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, wyliczone przykładowo w powołanym przepisie.

Poziom szczegółowości wyjaśnień przystępującego nie może prowadzić do ich dyskwalifikacji, jak wniósł odwołujący. Ustawodawca w tym względzie nie postawił żadnych wymogów. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny.

Wykonawca składający wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, nie ma statusu strony w postępowaniu cywilnym. Ustawodawca nie nadał takiego charakteru postępowaniu wyjaśniającemu, stąd też nie ma wymogu, aby prawdziwość oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach była poparta dowodami. Zamawiający w postępowaniu wyjaśniającym jedynie weryfikuje treść wyjaśnień z uwzględnieniem specyfiki zamówienia oraz warunków rynkowych, przy uwzględnieniu zasad logiki i doświadczenia życiowego.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień nie ma obowiązku wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, ma natomiast obowiązek przedstawić elementy oferty mające wpływ na jej wysokość. Domniemanie rażąco niskiej ceny i ocena wyjaśnień ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający, nie może być natomiast przenoszona na grunt postępowania odwoławczego.

Dopiero, gdy ocena wyjaśnień dokonana przez zamawiającego potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę.

Skuteczne zakwestionowanie oceny dokonanej przez zamawiającego, na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zgodnie z 6 kc, nakłada na wykonawcę podnoszącego zarzut rażąco niskiej ceny, obowiązek wykazania, iż ocena zamawiającego jest obarczona błędem ze wskazaniem przyczyn i ich udowodnieniem. Podkreślenia wymaga, że postępowanie wyjaśniające nie może prowadzić, jak podniósł odwołujący, do zapoznania się przez innych wykonawców ze strategią kształtowania ceny oferty (ujawnienie specyfiki produkcji oraz kontaktów handlowych).

W przedmiocie rażąco niskiej ceny, przykładowe wyroki Izby, m.in.: sygn. akt KIO 752/10 z dnia 11 maja 2010 r., sygn. akt KIO 476/11. W wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł, że „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”.

Odwołujący kwestionujący cenę miał obowiązek udowodnić, iż cena jest nierealna, niewiarygodna i nie pozwala wykonać zamówienia w sposób właściwy.

Składając wyjaśnienia i oświadczenia na rozprawie przez stronę odwołującą nie potwierdzono zarzutów rażąco niskiej ceny oferty. Odwołujący zarzut w tym zakresie oparł na twierdzeniu, że w świetle posiadanych informacji, koszt materiałów dla 1 pary obuwia powinien wynosić 120 zł, a nie 90,40 zł, jak podał przystępujący. Wykonawca wskazał, że posiada zakład w Nowym Targu i produkcję uboczną w Mstowie. Fakt wspólnej lokalizacji, udostępniania wzajemnie wyposażenia nie stanowi czynności dyskwalifikującej możliwości produkcyjnych wykonawcy. Jak podkreślił na rozprawie zamawiający, nie wymagał by wykonawcy wykazali się prawem własności urządzeń czy maszyn do produkcji butów. W sprawie lokalizacji zakładów produkcyjnych wykonawcy, nie wykazano, by okoliczność ta negatywnie wpływała na cenę obuwia.

Oświadczenia złożone przez p. Kazimierza O w ramach przesłuchania strony co do siedzib i lokalizacji zakładów produkcyjnych nie wniosły konstruktywnych ustaleń, gdyż przedstawiciel w szczególności potwierdził, że był tylko w biurze Marka Dewódzkiego i nie ma rozeznania w przedmiocie wyposażenia zakładu w Mstowie. Również nie potwierdził w sposób jednoznaczny dysponowania przez wykonawcę załogą wykonującą produkcję, ograniczając się do wskazania 7 osób, które zna osobiście, ale wobec pytań zamawiającego nie potwierdził, że osoby te pełnią funkcje u obu wykonawców. Przyznał, że ma rozeznania, co do zainstalowania w zakładzie w Nowym Targu dwóch maszyn wtryskarek DESMA 524 i 583, które według oceny zeznającego nie są nowoczesne (zakup w latach 80. i 90.). Co do innego wyposażenia oświadczył w konsekwencji, iż nie ma rozeznania. Oświadczenia przedstawiciela strony odwołującej p. Mariana C wraz z okazaniem faktury, potwierdziły zakup w 2006 r. przez Spółdzielnię Pracy Wyrobów Skórzanych w Gdyni im. Jana Kilińskiego maszyny DESMA, co miało być dowodem, że maszyny zakupione w tym okresie są nowoczesne. Przedstawiciel podniósł, iż przystępujący nie przedłożył dowodów dotyczących zautomatyzowania produkcji oraz zwiększenia wydajności pracy. Przedstawił swoje stanowisko na temat cen oferowanych przez przystępującego. Wskazał także na wzrost cen materiałów używanych do produkcji obuwia w stosunku do poprzednich okresów, wynikający z posiadanej wiedzy na temat cen rynkowych. Oświadczył, w wyniku pytania zamawiającego, że w zakresie zakupu materiałów obowiązują ceny rynkowe, negocjowane indywidualnie przez poszczególnych wykonawców. Z zestawienia złożonego do akt sprawy, w którym wymieniono 43 pozycje różnych materiałów, stosowanych do produkcji obuwia (trzewik letni

926 MON), jak oświadczył odwołujący, wynika, że koszt materiałów i surowców do produkcji 1 pary butów wynosi 120,38 zł.

Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący złożył: 4 kserokopie fragmentów pism w sprawie zmiany cen, 7 kserokopii fragmentów faktur, 1 kserokopię pełnej faktury wystawionej przez PPHU POL-SKÓR Krystyna Bednarek. Pisma i faktury wskazywały zakup dokonany przez LZPS „PROTEKTOR”. Ze wskazanych pism i faktur wynika, że dostawcami dla LZPS „PROTEKTOR” są: „GUMPLAST PODHALE” Sp. z o.o. i PPHU POL-SKÓR Krystyna Bednarek. Odwołujący wykazywał wyłącznie możliwości swojego zaopatrzenia w materiały. Nie wskazał u jakich dostawców mogą zaopatrywać się w surowce i materiały inni wykonawcy, w tym odwołujący, wyjaśniając, że są to tajemnice handlowe, poza stwierdzeniem, że przystępujący zaopatruje się we wkładki gumowe firmy „GUMPLAST PODHALE”.

W ocenie Izby, na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, brak jest podstaw do stwierdzenia, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska, w sytuacji, gdy obie oferty różnią się wielkościami: w części 3-21,38%, w części 4-19,04% i w części 5-18,48%, przy możliwości zaopatrzenia się u różnych producentów, na podstawie indywidualnych negocjacji cenowych.

Tym samym należy uznać że, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a 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:

.....

