

Sygn. akt KIO/1495/10

**WYROK**  
**z dnia 30 lipca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**  
**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ARFIDO Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, Baranowo, ul. Spokojna 67** od czynności zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński, 31-007 Kraków, ul. Gołębia 24.**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21.**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża ARFIDO Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, Baranowo, ul. Spokojna 67 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ARFIDO Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, Baranowo, ul. Spokojna 67**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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, Biuro Zamówień Publicznych Uniwersytetu Jagiellońskiego prowadzi postępowanie na „Rozbudowę systemu RFID w bibliotekach Wydziału Zarządzania i Komunikacji Społecznej oraz Matematyki oraz Informatyki UJ” Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Publikacji Wspólnot Europejskich 19 marca 2010 r. pod numerem ogłoszenia: 2010/S 55-081613.

W dniu 6 lipca 2010 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Unizeto. Oferta tej firmy, zdaniem Odwołującego, zawiera rażąco niską cenę. Odbiega w sposób istotny zarówno od cen zaproponowanych przez innych wykonawców. Cena zaoferowana przez Unizeto Technologies SA wynosi 448215,80 zł, zaś zaoferowana przez odwołującego wynosi 959932,60 zł.

Zaniechanie odrzucenie oferty o niskiej i nieadekwatnej do przedmiotu zamówienia cenie stanowi zdaniem Odwołującego naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Odwołujący zarzuca także Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz art. 90 ust. 3 poprzez nieodrzućenie przez zamawiającego oferty złożonej przez Unizeto Technologies S.A. (zwanej dalej Unizeto), po ocenie wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami, które potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wnosi o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) ponowne dokonanie czynności badania i oceny złożonych ofert,
- 3) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

1) Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien był odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2) Zamawiający wzywał wykonawcę Unizeto do złożenia wyjaśnień przewidzianych w art. 90 Pzp dopiero po pisemnej prośbie Odwołującego zamieszczonej w piśmie z dnia 23 czerwca 2010 r. oraz w piśmie z dnia 5 lipca 2010 r. Co więcej, Zamawiający badając ofertę, prosił o wyjaśnienia wykonawcę Unizeto dwukrotnie –w pierwszym zapytaniu zamawiający poprosił o wyjaśnienie specyfikacji technicznej oferowanego przez wykonawcę Unizeto przedmiotu zamówienia, a następnie zamawiający wysłał kolejne zapytanie, które dotyczyło ceny. Zdaniem Odwołującego taki sposób prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego przez Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, którzy złożyli oferty z pokrzywdzeniem odwołującego.

3) W wyjaśnieniach, które złożył wykonawca Unizeto wskazano, iż uznana za najkorzystniejszą oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, przy czym nie wskazano na jakich przesłankach opiera ten pogląd, w tym nie wyjaśniono, zdaniem Odwołującego, na czym miałyby polegać sugerowana nieadekwatność ceny oferty do przedmiotu zamówienia. Wskazano jedynie, że Unizeto posiada rabaty 10%, które powodują możliwość złożenia oferty na konkurencyjnych warunkach. Jednak oferta złożona przez wykonawcę Unizeto nie uwzględnia 10% rabatu dotyczącego przedmiotu zamówienia tylko ok. 60%, a jest to zdaniem Odwołującego drastyczna różnica.

W wyjaśnieniach Unizeto powołano się na ofertę złożoną przez Odwołującego w innym postępowaniu, która kształtowała się na poziomie 402.500,00 zł. Odwołujący podkreśla, iż Unizeto nieprawidłowo wskazało cenę w tamtym postępowaniu (cena 462.971,70 zł a nie 402.500,00 zł). Ponadto przedmiot zamówienia, a w szczególności jego zakres - wielkość jest inna (w postępowaniu, na które powołał się wykonawca Unizeto przedmiotem zamówienia było wykonanie jednej biblioteki, a w niniejszym postępowaniu przedmiotem są dwie biblioteki).

4) Ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny zdaniem Odwołującego powinno odbywać się przez porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z ceną zaproponowaną w innych ofertach. W niniejszym postępowaniu cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi mniej niż połowę (46,7%) drugiej najtańszej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu.

5) Ponadto, Zamawiający przy ocenie, czy oferta w swojej całości zawiera rażąco niską cenę powinien brać pod uwagę ogólną cenę oferty. Ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny nie może odbywać się jedynie przez porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, ale powinno mieć również na względzie ceny zaproponowane w innych ofertach. Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym stanowisko, iż 10% różnica pomiędzy cenami ofert nie może być podstawą uznania, iż cena niższa jest ceną rażąco niską, dopiero gdy różnica ta kształtuje się następująco: o 40% (wyrok Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-69/05), 30% (wyrok Zespołu Arbitrów z 21 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-48/05, wyrok KIO z 27 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 588/08), 25%-30% (wyrok Zespołu Arbitrów z 13 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-656/05), 20% (wyrok Zespołu Arbitrów z 4 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/560/05).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

1) Zamawiający stwierdził, iż żaden z podniesionych zarzutów przez Odwołującego nie został przez niego w dostateczny sposób udowodniony, zatem odwołanie winno zostać oddalone. Odwołujący w żadnym stopniu nie udowodnił, iż wybór konkurencyjnej oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym spowodował wyeliminowanie Arfido Sp. z o. o. z rynku.

2) Zamawiający podniósł, iż: „Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 765/08). Tę linię orzeczniczą przyjął Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyrażając w następujący sposób: „[...] niedopuszczalne - jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu...” (wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88-Constanzo).

3) Ponadto Zamawiający wykazywał, iż w orzecznictwie z tego zakresu nie wytworzył się żaden jednolity standard wskazujący na krytyczną różnicę między ceną oferty a wartością zamówienia. Występują bowiem orzeczenia wskazujące na różnicę 20% czy nawet 40% różnicy. Dlatego też każda sprawa i późniejsze wyjaśnienia wykonawców muszą być każdorazowo analizowane a wykonawcy muszą mieć możliwość wykazania, że ich oferta jest rzetelna.

4) Zamawiający ustalając na etapie badania ofert, iż cena oferty Unizeto Technologies SA odbiega od ceny oferty Odwołującego, wezwał ją w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień. W odpowiedzi otrzymał w jego ocenie wiarygodne i obiektywne wytłumaczenie na temat zaoferowanej przez tego Wykonawcę ceny, co w konsekwencji pozwoliło Zamawiającemu na wybór oferty Unizeto Technologies Spółki Akcyjnej jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu.

5) Zamawiający wskazał na otrzymane przez niego w dniu 5 lipca 2010 r. pismo Odwołującego, wraz z załącznikiem nr 1, zawierającym ceny rynkowe systemu zabezpieczeń i cyrkulacji zbiorów bibliotecznych RFID. Zgodnie z pkt 3 załącznika nr 1 ceny w zakresie elementów systemu są bardzo rozbieżne i kształtują się w sposób następujący:

- stanowisko do samodzielnych wypożyczeń - NBIT Sp. jawna: 80.000 zł. - Arfido Sp. z o.o.: 30.000 zł.

- montaż, uruchomienie wdrożenie - NBIT Spółka Jawna: 96.000 zł. - Arfido Sp. z o.o.: 10.000 zł.,

W pkt 4 załącznika nr 1 natomiast stosunek cen oferowanych przez firmę Informa Usługi Informatyczne Marcin Mojrokowski do cen oferowanych przez Odwołującego - Arfido Sp. z o. o. przedstawia się następująco:

- wrzutnia zewnętrzna RFID - 201.500zł. do 72.400zł.
- asystent bibliotekarza - 55.241,56 zł. do 11.200 zł. (różnica 5x)
- wózek na książki - 31.750 zł. do 2.000 zł. (różnica prawie 16x)
- stanowisko do samodzielnych wypożyczeń - 37.500 zł. do 63.996 zł.

Powyższe zdaniem Zamawiającego jednoznacznie wskazuje, że dwukrotna różnica w cenie oferty w przypadku zamówień systemu RFID jest zjawiskiem typowym i wynika z konkurencji na rynku tego rodzaju przedmiotu zamówienia, nie jest zaś skutkiem stosowania nieuczciwych praktyk zaniżających cenę i nie może skutkować uznaniem takiej ceny za rażąco niską.

W niniejszym postępowaniu przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Unizeto Technologies SA, wskazując w treści przystąpienia na następujące okoliczności:

- 1) Cena zaproponowana w ofercie przez Unizeto Technologies SA została skalkulowana poprawnie, zgodnie z regułami sztuki. Unizeto Technologies SA jako profesjonalny podmiot zajmuje się od wielu lat realizowaniem projektów informatycznych, dotyczących także materii obejmującej przedmiot zamówienia. Cena zaproponowana przez Unizeto Technologies SA nie jest nierealną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień
- 2) Wycena systemu stanowiącego przedmiot zamówienia tworzona jest indywidualnie pod konkretne wymogi Zamawiającego
- 3) Rosnąca popularność technologii RFID na świecie, która powoduje nieustanny i systematyczny spadek cen komponentów systemów RFID, co potwierdzają statystyki (zwłaszcza bardzo szybki spadek cen etykiet RFID oraz czytników).
- 4) W niniejszym postępowaniu złożono tylko dwie oferty, zatem nie jest możliwe dokonanie oceny zaoferowanej przez Przystępującego ceny względem innych jeszcze Wykonawców w niniejszym postępowaniu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego, ciężar dowodu faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. W niniejszej sprawie ciężar udowodnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Unizeto Technologies S.A. spoczywał na Odwołującym. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. o sygn. akt XIX Ga 3/07: „Zamawiający odrzuca ofertę, gdy na podstawie dokonanej oceny dojdzie do wniosku, że cena jest rażąco niska. Jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c zgodnie, z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne...”. Zatem, skoro w niniejszym postępowaniu Zamawiający po wyjaśnieniach Przystępującego, nie uznał, iż zaoferowana przez Unizeto Technologies SA cena jest rażąco niska, to ciężar udowodnienia rażąco niskiej ceny spoczywa na Odwołującym i to Odwołujący winien był wykazać, że cena zawarta w ofercie Unizeto Technologies S.A. jest ceną rażąco niską. W ocenie Izby okoliczność ta nie została przez Odwołującego wykazana.

Przedstawiane przez Odwołującego argumenty stanowiły jedynie twierdzenia nie poparte żadnymi dowodami w postaci chociażby wyliczeń, statystyk, w szczególności Odwołujący nie wykazał, że przedstawione w wyjaśnieniach przez Unizeto Technologies S.A. poszczególne pozycje zostały niewłaściwie skalkulowane – zawierają nierealne ceny.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego w trakcie rozprawy twierdzenia, iż na cenę systemu znaczący wpływ mają rosnące ceny miedzi, z której wykonuje się etykiety RFID, Izba uznała, że twierdzenie to nie zostało przez Odwołującego poparte żadnymi dowodami. Odwołujący w szczególności nie wykazał o ile i w jakim okresie wzrosły ceny miedzi oraz w jaki sposób cena miedzi wpływa na wartość całego zamówienia.

W niniejszej sprawie istotne znaczenie ma także fakt, iż na rynku w zakresie podobnych zamówień istnieją znaczne różnice, rozbieżności cenowe. Potwierdza to wykaz oferowanych urządzeń i usług, przedstawiony w odpowiedzi Zamawiającego, a pochodzący z zestawienia sporządzonego przez Odwołującego. Odwołujący przedstawiając oferowane usługi oraz elementy wchodzące w skład oferowanego systemu w innych postępowaniach wykazał, że rozbieżność cen poszczególnych elementów systemu może sięgać 64 %. Co więcej, z informacji Zamawiającego (którym Odwołujący nie zaprzeczył) wynika, że ceny

poszczególnych elementów systemu są kilka, kilkanaście lub kilkadziesiąt razy niższe od cen zaoferowanych przez podmioty konkurencyjne.

Jak wykazywał Zamawiający oraz Przystępujący, system RFID jest systemem coraz powszechniejszym, ceny w zakresie jego elementów, jak np. etykiety spadają. Ponadto powszechnie wiadomo, iż spadają także ceny poszczególnych elementów systemu, w szczególności takich jak oprogramowania, monitory, czytniki.

Istotne znaczenie ma również fakt, iż Przystępujący jako swojego podwykonawcę i dostawcę elementów systemu wskazał (w szczególności w trakcie rozprawy) firmę HADATAP, która jest jednym prekursorów technologii RFID w Polsce oraz dysponuje dostępem do poszczególnych elementów systemu bezpośrednio – bez pośredników.

W świetle powyższych faktów, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, zawarte w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego dotyczące ceny wskazanej w ofercie Przystępującego, Zamawiający mógł uznać za wiarygodne. Przystępujący wskazał kalkulację ceny ofertowej z rozbiem na poszczególne pozycje, wskazując poszczególne elementy składające się na tę cenę (w tym zysk Przystępującego).

Podkreślenia wymaga fakt, iż za każdym razem przy ocenie rażąco niskiej ceny decydujące znaczenie mają wyjaśnienia złożone Zamawiającemu jak również ocena sytuacji w zakresie innych postępowań w podobnym zakresie lub też sytuacja na rynku w zakresie elementów lub usług tego samego rodzaju. Ocena okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych. Jak wcześniej wskazywano, ceny na rynku w zakresie podobnego przedmiotu zamówienia są bardzo rozbieżne.

Izba podziela stanowisko wyrażone zarówno przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, jak i w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu...”

Izba nie dopatrzyła się także podstaw do uznania, że złożona przez Unizeto Technologies SA z dużo niższą ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, uzasadniający jej odrzucenie. Do stwierdzenia popełnienia takiego czynu niezbędne jest wystąpienie drugiej przesłanki, tj. działania z zamiarem wyeliminowania z rynku innego przedsiębiorcy (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), czego Odwołujący nie wykazał.

Izba podziela także stanowisko Zamawiającego w zakresie wezwania Unizeto Technologies SA do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy PZP, który nie zakazuje wielokrotnego wnioskowania o wyjaśnienie treści złożonej oferty lub złożonych oświadczeń i dokumentów w toku postępowania, w szczególności, gdy wyjaśnieniom podlegają różne okoliczności, różne fakty, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu. W pierwszej kolejności Zamawiający wyjaśnił treść przedmiotu zamówienia, w dalszej kolejności kwestię wysokości ceny.

Czynność Zamawiającego polegająca wezwaniu Wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty w oparciu o art. 87 ustawy PZP, stanowi zdecydowanie odrębną czynność postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, od zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 PZP. Obydwie wymienione czynności mają odrębną postawę prawną. Dla pierwszej z nich taką postawę stanowi art. 87 PZP, zaś druga z nich dokonywana jest w oparciu o art. 90 ust. 1 PZP, co powoduje, iż są one wobec siebie niezależne.

W świetle powyższego nie znajduje uzasadnienia także zarzut naruszenia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....