

Sygn. akt: KIO 402/16

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2016 r. przez wykonawcę **Vector sp. z o.o. w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Ciepło sp. z o.o. w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **NMG sp. z o.o. w Bydgoszczy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **AIUT sp. z o.o. w Gliwicach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności aukcji elektronicznej, unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy AIUT sp. z o.o. w Gliwicach, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę AIUT sp. z o.o. w Gliwicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z powodu z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,**
2. **w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**
3. **kosztami postępowania obciąża Tauron Ciepło sp. z o.o. w Katowicach i:**
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Vector sp. z o.o. w Gdyni tytułem wpisu od odwołania,**
 - 3.2. **zasądza od Tauron Ciepło sp. z o.o. w Katowicach na rzecz wykonawcy Vector sp. z o.o. w Gdyni kwotę 17.214 zł 00 gr (słownie: siedemnastu tysięcy**

dwustu czternastu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Ciepło sp. z o.o. w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wdrożenie systemu zdalnego odczytu układów rozliczeniowych, parametrów technologicznych oraz sterowania układami regulacyjnymi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 grudnia 2015 r., nr 2015/S 243-442505.

W dniu 9 marca 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Vector sp. z o.o. w Gdyni, zwanego dalej „odwołującym”, o zaproszeniu go do udziału w aukcji elektronicznej.

Wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę AIUT sp. z o.o. w Gliwicach, zwanego dalej „przystępującym AIUT”,
- 2) czynności zaproszenia przystępującego AIUT do udziału w aukcji elektronicznej, odwołujący wniósł w dniu 9 marca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędną ocenę dokonaną przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez wykonawcę AIUT sp. z o.o.,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu,
- 4) art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt 4.7.4 Instrukcji dla Wykonawców przez nieuprawnione zaproszenie przystępującego AIUT i dopuszczenie wykonawcy do aukcji elektronicznej pomimo niespełniania warunków udziału w postępowaniu skutkującym odrzuceniem oferty tego wykonawcy,
- 5) art. 5 kodeksu cywilnego poprzez nadużycie przysługującego prawa, związanego z oceną i zaniechaniem odrzucenia oferty przystępującego AIUT,
- 6) z ostrożności procesowej, na wypadek zaniechania odtajnienia przez zamawiającego informacji złożonych przez przystępującego AIUT w postępowaniu wyjaśniającym

dotyczącym rażąco niskiej ceny - naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 86 ust. 4 przez zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w złożonych przez przystępującego AIUT sp. z o.o. w postępowaniu wyjaśniającym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej,
- 2) unieważnienia czynności wyboru i zakwalifikowania przystępującego AIUT do udziału w aukcji elektronicznej,
- 3) odtajnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego AIUT w postępowaniu wyjaśniającym dotyczącym rażąco niskiej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie w stosunku do informacji procedury mającej na celu wyjaśnienie, czy stanowią one rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na wypadek zaniechania ujawnienia informacji przez zamawiającego,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 5) odrzucenia oferty przystępującego AIUT,
- 6) powtórzenia aukcji elektronicznej z udziałem wykonawców, których oferta nie podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający zwrócił się z żądaniem wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny do przystępującego AIUT oraz do odwołującego. Odwołujący argumentował, że zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone przez wykonawcę bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązanie techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielanej na podstawie odrębnych przepisów. Wskazywał, że wyjaśnienia wraz z przedstawionymi dowodami muszą być wyczerpujące i przekonujące, by mogły zostać pozytywnie ocenione przez zamawiającego. Wykonawca powinien podać szczegóły odnoszące się do tych elementów oferty, które zostały wskazane przez zamawiającego. Dlatego to wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Ponieważ ich celem jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę.

Odwołujący podniósł, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien odnieść się do wszystkich tych elementów. Zdaniem odwołującego wyjaśnienia złożone przez przystępującego AIUT nie spełniały powyższych kryteriów, nie były one wyczerpujące a także nie były odpowiednio potwierdzone dowodami na okoliczność zaoferowania przez wykonawcę realnej ceny. Argumentował, że zamawiający dokonuje oceny całej oferty wraz ze złożonymi wyjaśnieniami i dowodami. Tak więc brak wyjaśnień i dowodów albo

niewystarczające, w ocenie zamawiającego, wyjaśnienia i dowody potwierdzają powzięte podczas badania ofert przekonanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, co w konsekwencji prowadzi do odrzucenia oferty. Skutkiem tak złożonych wyjaśnień w postępowaniu powinna być prawidłowa ocena zamawiającego skutkująca odrzuceniem przez niego oferty przystępującego AIUT.

Odwołujący wywiódł także, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na prawdopodobieństwo realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy itd. Wywiódł, że przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co w każdym wypadku grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

W ocenie odwołującego jako punkt odniesienia dla kwalifikacji ceny jako (ewentualnie) rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego kwota przeznaczona na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, a także ceny zgłoszone w trakcie postępowania przez innych uczestników: średnie pozostałych ofert oraz kolejna najniższa cena ofertowa i cena najwyższa a także wyznacznikiem rażącej ceny powinny być także ceny innych złożonych ofert. Odwołujący argumentował, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 8.512.092,00 zł. W postępowaniu zostały złożone 4 oferty:

- a) przystępującego AIUT z ceną brutto 3 880 515,70 zł, co stanowiło 45,55 % szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia,
- b) oferta odwołującego z ceną zł brutto 5.282.850,00 zł brutto,
- c) oferta ACE Instal z ceną 7.318.500,00 zł brutto,
- d) oferta NMG z ceną 15.020.956,80 zł brutto.

Wywiódł, że wystąpiły dysproporcje pomiędzy ceną wykonawcy przystępującego AIUT a kolejnymi wielkościami, o których mowa powyżej. I tak:

- a) kwotą, jaką przeznaczył zamawiający na realizację zamówienia 8.512.092,00 zł,
- b) średnią arytmetyczną pozostałych ofert: 7 875 705,63 zł,
- c) kolejną najniższą ceną ofertową: 5 282 850,00 zł i najwyższą ceną ofertową: 15.020.956,80 zł.

Odpowiednio więc cena zaproponowana przez przystępującego AIUT sp. z o.o. wynosiła: 45,55 % kwoty zamawiającego, 49,27 % wartości ceny uśrednionej, 25,83 % wartości najwyższej ceny.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wprawdzie przeprowadził postępowanie wyjaśniające ale dokonał nieprawidłowej oceny na podstawie złożonych wyjaśnień. Zdaniem odwołującego, zamawiający bezpodstawnie zaniechał rzetelnego badania ceny w tej ofercie, ponieważ zmuszony byłby ją uznać za podlegającą odrzuceniu. Wykonanie zamówienia w

tym postępowaniu nie jest bowiem możliwe dla potencjalnego wykonawcy bez poniesienia straty.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł, że złożenie oferty przez przystępującego AIUT stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem złożenie oferty z tak niską ceną jest „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Odwołujący zwrócił uwagę na istotną i niewytłumaczalną, nie znajdującą potwierdzenia w dowodach różnicę procentową pomiędzy szacunkową wartością zamówienia, a cenę zaoferowaną przez przystępującego AIUT.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zgodnie z tym przepisem zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Oznacza to zatem, że etap zaproszenia do udziału w aukcji poprzedza etap badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, tj. określenie pozycji oraz punktacji ofert złożonych w postępowaniu, w tym także pod kątem zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty wynikających z art. 89 ustawy Pzp. Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że zamawiający ustalił, że oferty wybranych wykonawców nie podlegają odrzuceniu

W końcowej części uzasadnienia odwołujący z ostrożności procesowej podniósł, że jawność jest jedną z podstawowych zasad rządzących ustawą Prawo zamówień publicznych co wynika z art. 8 ust. 1 tej ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a ograniczenie przez zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem może być dokonane wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Ustawa wskazuje, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania wniosków lub ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. O ile wykonawcy przysługuje prawo ochrony informacji będących obiektywnie tajemnicą przedsiębiorstwa, o tyle na zamawiającym ciąży obowiązek prowadzenia postępowania zasadniczo w sposób jawny. Zamawiający jest zatem zobowiązany do analizy wszystkich przedkładanych przez wykonawców informacji, w tym informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa pod kątem uznania czy wykonawca nie przekroczył przewidzianej prawem granicy ochrony informacji. W szczególności zamawiający powinien mieć świadomość, że chociaż samo w sobie zastrzeżenie przez wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji podlegających takiej ochronie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty, a

jedynie odtajnienia takich informacji, to jednak oferta taka zasadniczo powinna podlegać badaniu jako oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający Złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca AIUT sp. z o.o. w Gliwicach. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca NMG sp. z o.o. w Bydgoszczy. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół z ustalenia wartości zamówienia z 17 listopada 2015 r., protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego AIUT, wezwanie zamawiającego z 18 lutego 2016 r. do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty przystępującego AIUT mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia przystępującego AIUT z 19 lutego 2016 r., stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego z 26 lutego 2016 r. do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty przystępującego AIUT mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia przystępującego AIUT z 1 marca 2016 r., zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej z 8 marca 2016 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego wraz z załącznikami, pismo procesowe odwołującego wraz z załącznikami jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego AIUT sp. z o.o. w Gliwicach, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący AIUT wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba, działając na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła oddalić opozycję zamawiającego wobec przystąpienia wykonawcy NMG sp. z o.o. w Bydgoszczy, uznając, że zgłaszający opozycję nie uprawdopodobnił, że wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. Dostrzeżenia wymagało, że swoje oferty w postępowaniu złożyło czterech wykonawców. Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej trzech wykonawców: przystępującego AIUT, odwołującego i przystępującego NMG. Czwarty wykonawca – ACE Instal sp. z o.o. w Katowicach wprawdzie nie został przez zamawiającego zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, lecz rozstrzygnięcie zamawiającego w tej kwestii nie było jeszcze ostateczne. Zamawiający przyznał bowiem w trakcie posiedzenia, że nie poinformował jeszcze tego wykonawcy o powodach wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Powyższe okoliczności nie były sporne pomiędzy stronami. We wniesionym odwołaniu odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego AIUT i powtórzenia aukcji elektronicznej bez udziału tego wykonawcy. W tej sytuacji rozstrzygnięcie odwołania na korzyść odwołującego pozostawało w interesie przystępującego NMG. W razie takiego bowiem rozstrzygnięcia Izby o zamówienie nie będzie się już mógł ubiegać się jeden z konkurentów przystępującego NMG to jest przystępujący AIUT. Z kolei w razie skutecznego wniesienia odwołania wobec czynności wykluczenia przez wykonawcę ACE Instal będzie możliwe powtórzenie aukcji elektronicznej, gdyż w postępowaniu pozostaną 3 oferty niepodlegające odrzuceniu (por. art. 91a ust. 1 ustawy Pzp). Przystępujący NMG będzie mógł wziąć udział w powtórzonej aukcji i złożyć najkorzystniejsze postąpienie. W ocenie Izby nie można wykluczyć takiego przebiegu zdarzeń, zaś możliwość skorzystania przez wykonawcę ACE Instal z przysługujących mu środków ochrony prawnej nie może być uznawana za li tylko hipotetyczną. Biorąc powyższe pod uwagę zgłoszona opozycja podlegała oddaleniu, zaś zgłaszający przystąpienie wykonawca NMG został dopuszczony do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący złożył ofertę, która nie podlegała odrzuceniu. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego AIUT i powtórzenia aukcji elektronicznej bez udziału tego wykonawcy. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego AIUT z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w toku powtórzonej aukcji elektronicznej w razie złożenia najkorzystniejszego postąpienia. Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że odwołującemu przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wdrożenie systemu zdalnego odczytu układów rozliczeniowych, parametrów technologicznych oraz sterowania układami regulacyjnymi.

Jak wynika z pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do umowy), zakres przedmiotu zamówienia miał obejmować:

- a) dostarczenie uruchomienie i skonfigurowanie oprogramowania systemu do dokonywania zdalnych odczytów z układów pomiarowych, sterowania parametrami regulacyjnymi sterowników i regulatorów,
- b) dostarczenie, montaż i konfiguracja i uruchomienie urządzeń telemetrycznych,
- c) dostarczenie szafek telemetrycznych,
- d) zapewnienie integracji z obecnym systemem bilingowym,
- e) zapewnienie integracji systemu z systemami informatycznymi zamawiającego,
- f) dostarczenie dokumentacji technicznej i powykonawczej systemu,
- g) zapewnienie szkoleń z montażu, eksploatacji urządzeń i obsługi systemu,
- h) wsparcie techniczne i serwis gwarancyjny.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 16 listopada 2015 r. na kwotę 6.920.400,00 zł netto na podstawie opracowanej koncepcji zdalnych odczytów liczników zużycia ciepła w Tauron Ciepło sp. z o.o. i weryfikacji sytuacji na rynku dostaw urządzeń telemetrycznych i wykonawstwa prac wdrożeniowych w węzłach ciepłych obcych (pkt 2.2. i 2.3. protokołu postępowania, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Na podstawie pkt 8 protokołu postępowania ustalono, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 8.512.092 zł brutto.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy oferując ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ:

- a) przystępujący AIUT 3.880.515,70 zł,
- b) odwołujący 5.282.850,00 zł,
- c) wykonawca ACE Instal sp. z o.o. – 7.318.500,00 zł,
- d) przystępujący NMG sp. z o.o. – 15.020.956,80 zł.

Następnie ustalono, że 18 lutego 2016 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego AIUT do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- a) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- c) oferowanego rozwiązania sprzętowego, w szczególności w odniesieniu do wymagań określonych w punktach 3.2.6, 3.2.11 i 6.35 opisu przedmiotu zamówienia.

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący AIUT złożył pisma z 19 lutego 2016 r. W wyjaśnieniach przystępujący AIUT wskazał następujące czynniki wpływające, jego zdaniem, na cenę:

- a) w 2015 r. wyprodukował ponad 100.000 rozwiązań urządzeń telemetrycznych,
- b) posiada zautomatyzowane linie produkcyjne,
- c) jego głównym obszarem działalności jest automatyka przemysłowa,
- d) oferuje na rynku systemy sterowania do wielu branż,
- e) wskazał na 3 przykładowe projekty w zakresie redukcji tlenków azotu,
- f) swoje 18 letnie doświadczenie w zarządzaniu gospodarką materiałową,
- g) wartość wdrożenia nie zawiera finansowania ze źródeł publicznych.

Następnie ustalono, że 26 lutego 2016 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ponownie wezwał przystępującego AIUT do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Poprosił o wyjaśnienie w

jaki sposób okoliczności wskazane w piśmie z dnia 19 lutego 2016 r. wpłynęły na kalkulację ceny oferty za realizację zamówienia, a w konsekwencji że cena nie jest rażąco niska.

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący AIUT złożył pismo z 1 marca 2016 r. W wyjaśnieniach przystępujący AIUT wskazał następujące czynniki wpływające, jego zdaniem, na cenę oferowanego systemu informatycznego:

- a) posiadanie wieloletniego doświadczenia,
- b) posiadanie wyspecjalizowanej kadry,
- c) oferowany system stanowi sprawdzone w działaniu rozwiązanie,
- d) pracownicy posiadają dostęp do autorskich komponentów systemu.

W odniesieniu do sposobu kalkulacji ceny oferowanych urządzeń odczytu i transmisji przystępujący AIUT wskazał na następujące okoliczności:

- a) jest projektantem i producentem oferowanych urządzeń i posiada wyspecjalizowany dział telemetrii,
- b) nie korzysta z pośredników i dystrybutorów,
- c) zastosował w urządzeniach podzespoły, które obniżają koszty produkcji,
- d) wdrożenie robotyzacji produkcji, pominięcie pośredników i dystrybutorów,
- e) posiadanie buforu magazynowego,
- f) posiadanie zabezpieczeń finansowych,
- g) dostęp do najlepszych rabatów i cen na komponenty.

Co do sposobu kalkulacji kosztów elementu wdrożenia przystępujący AIUT wskazał:

- a) posiadanie siedziby i zaplecza blisko miejsca realizacji przedmiotu zamówienia,
- b) zrealizowanie przez siebie zamówienia na rzecz Lubelskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej.

Do wyjaśnień przystępujący AIUT dołączył szereg dokumentów referencyjnych.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 8 marca 2016 r. zawiadomił odwołującego o zaproszeniu go do udziału w aukcji elektronicznej i że jego oferta znajduje się na drugim miejscu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z kolei w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zdaniem Izby zamawiający zaniechał wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego AIUT z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że cena oferty przystępującego AIUT różniła się o ponad 30% zarówno od wartości szacunkowej zamówienia jak i od średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica tego rodzaju pomiędzy ceną oferowaną a średnią arytmetyczną cen musi wzbudzić podejrzenia i prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wezwał przystępującego AIUT do przedstawienia wyjaśnień. Wyjaśnienia te zaś powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie.

Nie można podzielić stanowiska zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący nie odniósł się w odwołaniu do żadnych okoliczności faktycznych leżących u źródła formułowanych żądań. Lektura odwołania prowadziła do jednoznacznego wniosku, że w piśmie tym znajdowały się zarzuty co do braku konkretności wyjaśnień przystępującego

AIUT, ich ogólności, zaniechania poparcia wyjaśnień dowodami jak również zarzuty odnośnie ich nieprawidłowej oceny. Powyższe zarzuty znajdowały się na str. 5-8 odwołania.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do tych zarzutów podniesionych w odwołaniu, zgodnie z którymi wyjaśnienia przystępującego AIUT nie były wyczerpujące ani przekonujące, nie były odpowiednio potwierdzone dowodami a także do zarzutów dotyczących nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień. Okoliczność, że odwołujący zdecydował się niejako „w ciemno” kwestionować konkretność wyjaśnień i ich ocenę (gdyż nie zapoznał się z wyjaśnieniami do momentu wniesienia odwołania nie zwalniała Izby ze zbadania omawianych zarzutów.

Izba stwierdziła, że zamawiający pismem z dnia 18 lutego 2016 r. wyraźnie wezwał przystępującego AIUT do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zdaniem Izby, użyte w art. 90 ustawy Pzp oraz powtórzone w wezwaniu sformułowanie „elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny”, jednoznacznie wskazywały na to, że wyjaśnienia miały zawierać element kalkulacyjny. Jest to oczywiste dlatego, że - jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie - celem procedury wyjaśniającej jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę.

Przypomnienia wymagało, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do wzoru umowy przedmiot zamówienia obejmował:

- a) dostarczenie uruchomienie i skonfigurowanie oprogramowania systemu do dokonywania zdalnych odczytów z układów pomiarowych, sterowania parametrami regulacyjnymi sterowników i regulatorów,
- b) dostarczenie, montaż i konfiguracja i uruchomienie urządzeń telemetrycznych,
- c) dostarczenie szafek telemetrycznych,
- d) zapewnienie integracji z obecnym systemem bilingowym,
- e) zapewnienie integracji systemu z systemami informatycznymi zamawiającego,
- f) dostarczenie dokumentacji technicznej i powykonawczej systemu,
- g) zapewnienie szkoleń z montażu, eksploatacji urządzeń i obsługi systemu,
- h) wsparcie techniczne i serwis gwarancyjny.

W tej sytuacji przystępujący AIUT obowiązany był w przedstawianych przez siebie wyjaśnieniach wykazać prawidłowość kalkulacji zaoferowanej przez siebie ceny ofertowej za tak opisany przedmiot zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystępujący AIUT w swym piśmie z 19 lutego 2016 r. wskazał następujące czynniki wpływające, jego zdaniem, na cenę:

- a) w 2015 r. wyprodukował ponad 100.000 rozwiązań urządzeń telemetrycznych,
- b) posiada zautomatyzowane linie produkcyjne,

- c) jego głównym obszarem działalności jest automatyka przemysłowa,
- d) oferuje na rynku systemy sterowania do wielu branż,
- e) wskazał na 3 przykładowe projekty w zakresie redukcji tlenków azotu,
- f) posiada 18 letnie doświadczenie w zarządzaniu gospodarką materiałową,
- g) wartość wdrożenia nie zawiera finansowania ze źródeł publicznych.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przystępujący AIUT w złożonym zamawiającemu piśmie nie ujawnił ani nie uzasadnił żadnego z elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny za opisany w SIWZ przedmiot zamówienia. W piśmie zabrakło jakiegokolwiek elementu kalkulacyjnego. Jedyny czynnik, które ewentualnie mógł odnosić się do kalkulacji części wycenianego przedmiotu zamówienia, to jest automatyzacja linii przemysłowych, nie został rozwinięty, uzasadniony ani udowodniony. Nie został obliczony i uzasadniony wpływ czynnika na możliwość ewentualnego obniżenia niektórych elementów cenotwórczych. Nie wiadomo też, na który z elementów ceny ten czynnik miał wpłynąć ani w jakiej wysokości uzasadniał jej obniżenie. Podkreślić należy również, że w procedurze wyjaśniającej o której mowa w art. 90 ustawy Pzp nie podlega badaniu doświadczenie wykonawcy przy realizacji zbliżonych dostaw. Doświadczenie wykonawcy podlega badaniu w ramach oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Na tę okoliczność przystępujący przedstawił już wykaz zamówień i dokumenty referencyjne, które załączył do oferty.

Jak się wydaje, braki pisma złożonego przez przystępującego AIUT dostrzegane były na tym etapie również przez samego zamawiającego. W piśmie z 26 lutego 2016 r. zamawiający zdecydował się ponownie wezwać przystępującego AIUT w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający poprosił bowiem o wskazanie w jaki sposób okoliczności wymienione w piśmie z 19 lutego 2016 r. wpłynęły na sposób kalkulacji ceny. Jak wynikało z powyższego wezwania, ogólnikowe oświadczenia przystępującego zawarte w piśmie z 19 lutego 2016 r. nie przekonywały nawet samego zamawiającego.

W odpowiedzi na drugie wezwanie przystępujący AIUT złożył pismo z 1 marca 2016 r. W wyjaśnieniach przystępujący AIUT wskazał następujące czynniki wpływające, jego zdaniem, na cenę oferowanego systemu informatycznego:

- a) posiadanie wieloletniego doświadczenia,
- b) posiadanie wyspecjalizowanej kadry,
- c) oferowany system stanowi sprawdzone w działaniu rozwiązanie,
- d) pracownicy posiadają dostęp do autorskich komponentów systemu.

W odniesieniu do sposobu kalkulacji ceny oferowanych urządzeń odczytu i transmisji przystępujący AIUT wskazał na następujące okoliczności:

- a) jest projektantem i producentem oferowanych i urządzeń i posiada wyspecjalizowany dział telemetrii,
- b) nie korzysta z pośredników i dystrybutorów,
- c) zastosował w urządzeniach podzespoły, które obniżają koszty produkcji,
- d) wdrożenie robotyzacji produkcji, pominięcie pośredników i dystrybutorów,
- e) posiadanie buforu magazynowego,
- f) posiadanie zabezpieczeń finansowych,
- g) dostęp do najlepszych rabatów i cen na komponenty.

Co do sposobu kalkulacji kosztów elementu wdrożenia przystępujący AIUT wskazał:

- a) posiadanie siedziby i zaplecza blisko miejsca realizacji przedmiotu zamówienia,
- b) zrealizowanie przez siebie zamówienia na rzecz Lubelskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej.

Jak wynikało z powyższego przystępujący AIUT powołał w swym piśmie kilka dalszych okoliczności, które jego zdaniem miały wpłynąć na oferowaną cenę, poprzestając jednak na takim samym poziomie ogólności. Zdaniem Izby wyjaśnienia nie były dostatecznie konkretne, zabrakło w nich jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych. Jeżeli zaś chodzi o czynniki, które miały wpłynąć na obniżenie nieujawnionych elementów kalkulacyjnych, to przystępujący ograniczył się do ogólnych twierdzeń. Przykładowo stanowisko co do dostępu do „najlepszych rabatów i cen” nie zostało poparte jakimikolwiek danymi pozwalającymi ocenić, czy rzeczywiście sytuacja udostępniania rabatów miała miejsce. Ponadto przystępujący AIUT nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na okoliczność nie tylko wysokości, ale nawet posiadania tych rabatów. Nie wiadomo zatem czy, a jeżeli tak, to w jaki sposób, omawiane czynniki wpływały na wycenę któregoś z elementów przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zasadne okazały się zarzuty odwołującego, iż wyjaśnienia przystępującego AIUT nie były wyczerpujące, przekonujące ani umotywowane a także że nie były odpowiednio potwierdzone dowodami na okoliczność zaoferowania przez wykonawcę realnej ceny. Należało również przyznać rację odwołującemu, że zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, obowiązany jest wziąć pod uwagę obiektywne czynniki, czego w omawianej sprawie jednak nie uczynił. Za niedopuszczalne należy uznać ocenianie przez zamawiającego realności zaoferowanej ceny na podstawie „okoliczności, które nie zawsze są uchwytne”, jak to stwierdzono w trakcie rozprawy.

Rolą zamawiającego, któremu składane są wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp, jest zweryfikowanie, czy dowodzą one tego, że wykonawca nie zaoferował ceny rażąco niskiej. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywał na wykonawcy wezwanym do złożenia

wyjaśnień, w tym przypadku na przystępującym AIUT. Przystępujący AIUT uchylając się od złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie sprostął temu obowiązkowi. Ponieważ nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia należało stwierdzić, że zaoferował zamawiającemu taką właśnie cenę. W konsekwencji oferta przystępującego AIUT powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czego jednak zamawiający zaniechał. Zarzut naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów należało zatem uznać za zasadny. W konsekwencji zamawiający naruszył także art. 91 b ustawy Pzp przez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. Za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż z uzasadnienia odwołania wynikało, że o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców świadczyć miały okoliczności przywołane dla uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem zarzut ten jako wtórny dzielił los zarzutu podstawowego.

O tym, że można było podjąć próbę wskazania czynników cenotwórczych i przedstawić kalkulację świadczyło zaś stanowisko przystępującego AIUT w trakcie rozprawy. Dopiero na etapie postępowania odwoławczego starał się on przedstawić i uzasadnić niektóre z elementów kalkulacyjnych. Powyższe nie mogło jednak prowadzić do oddalenia zarzutu. Jak słusznie wskazywali odwołujący i przystępujący NMG, dowodzenie realności ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego czy skargowego należało uznać spóźnione. Dostrzeżenia wymaga, iż w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów, czy wyjaśnień składanych zamawiającemu a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza – w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może, jeśli umowa nie została zawarta, uwzględniając odwołanie nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności zamawiającego. Zamawiający dokonał oceny oferty przystępującego AIUT z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez niego w trakcie badania i oceny ofert i prawidłowość tej oceny jest przedmiotem badania na skutek wniesionego odwołania. Zatem przedstawienie przez wykonawcę w toku postępowania odwoławczego, a więc po dokonaniu przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert nowych wyjaśnień i dowodów mających świadczyć o tym, iż cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską nie mogło podlegać ocenie zamawiającego, w konsekwencji również Izby. Dlatego za niedopuszczalne należy uznać składanie kalkulacji

obrazującej sposób obliczenia ceny ofertowej dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Można się zgodzić, że w pewnym, ograniczonym zakresie można prowadzić postępowanie dowodowe celem doprecyzowania oświadczeń lub dowodów odnośnie elementów kalkulacyjnych złożonych w wyjaśnieniach przed zamawiającym celem ich doszczegółowienia. Jednak z pewnością za niedopuszczalne należało uznać dopiero rozpoczynanie na tym etapie próby przedstawiania elementów kalkulacyjnych, której nie podjęto w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Co do braku możliwości złożenia dopiero na etapie postępowania odwoławczego wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podzielono stanowisko wyrażane w orzecznictwie sądów okręgowych. *„Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków i zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (..) terminu udzielonemu do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłaby do naruszenia art. 90 ust. 3 pzp, z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez (...) na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.”* „ Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art.90 ust. 1 pzp powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji. (Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08).

„W ocenie Sądu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są

one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty” (Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że oferta przystępującego AIUT podlegała odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.* Zgodnie zaś z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest *„sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”.*

Stosownie do art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* Zgodnie zaś z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Biorąc powyższe pod uwagę, w omawianym zakresie ciężar wykazania spornych faktów spoczywał na odwołującym.

Odnosząc się do czynu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, wskazać należy, że do stwierdzenia popełnienia tego czynu konieczne jest wykazanie łącznego wystąpienia następujących przesłanek: utrudnianie innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu, działanie w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Sam fakt jednorazowego oferowania sprzedaży usług czy towarów poniżej kosztów ich świadczenia nie przesądza o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest bowiem wykazanie, że wykonawca utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku w celu ich eliminacji, przez co należy rozumieć zachowanie szersze niż w jednym konkretnym postępowaniu przetargowym. Konieczne jest również wykazanie, że zamiarem wykonawcy jest eliminacja innych przedsiębiorców. Powyższe okoliczności nie zostały udowodnione.

Zdaniem Izby, odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie twierdził, że przystępujący AIUT stosuje szerszą praktykę zaniżania cen poniżej kosztów celem zniekształcenia konkurencji na tym rynku. Nie wskazał żadnych innych cen oferowanych przez przystępującego AIUT temu samemu zamawiającemu lub innym podmiotom, które miałyby świadczyć o takiej praktyce. Brak było również dowodów na okoliczność, jaką

pozycję na badanym rynku zajmuje przystępujący AIUT celem oceny, czy stosowane przez niego ceny posiadają potencjał do zaburzenia sytuacji na tym rynku.

Za niewystarczające do wykazania spornego faktu uznano cytowane przez odwołującego i wyrwane z kontekstu sformułowanie, jakiego istotnie użył przystępujący AIUT w swym piśmie z 19 lutego 2016 r. Wykonawca wskazał, że strategią jego firmy jest oferowanie rozwiązań wycenionych na poziomie pozwalającym na uzyskanie większościowego udziału w rynku.

W braku dowodu przeciwnego, Izba dała wiarę stanowisku przystępującego, że opisywana strategia oparta jest na zgodnej z zasadami uczciwego konkutowania polityce firmy polegającej na konkutowaniu jakością, to jest wprowadzaniu coraz to nowych, doskonalszych i przez to tańszych rozwiązań. Na konieczność takiej interpretacji spornego oświadczenia wskazywała także treść zdania poprzedzającego, w którym była mowa o deprecjacji cen na rynku, jaka jest wynikiem wprowadzania nowych rozwiązań. Biorąc powyższe pod uwagę zarzut podlegał oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 5 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że instytucja nadużycia prawa, o której mowa w art. 5 KC ma zapobiegać powstawaniu sytuacji, w których zastosowanie litery prawa prowadziłoby do rozstrzygnięć rażąco niesłusznych. W efekcie, ochrony odmawia się uprawnionemu dlatego, że w konkretnej sytuacji faktycznej wykonywanie prawa jest naganne.

Izba wzięła pod uwagę, że jeżeli wykonawca powołuje się na jedną z zasad współzycia społecznego lub na społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa stwierdzając, że doszło do jej nadużycia (naruszenia), powinien wskazać, o jaką zasadę (przeznaczenie prawa) konkretnie chodzi. Bez takiego wskazania i dostatecznego wykazania rozstrzygnięcie Izby uwzględniające ten zarzut narażone byłoby na uzasadniony zarzut dowolności. Oznaczałoby bowiem, iż Izba odmówiła uprawnionemu możliwości korzystania z jego prawa z uwagi na bliżej nieskonkretyzowaną zasadę. Powyższe znajduje uzasadnienie m.in. w wyroku z dnia 20 grudnia 2006 r., IV CSK 263/06, Lex, nr 257664, w którym Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż aby zarzut nadużycia prawa w rozumieniu art. 5 KC mógł odnieść skutek prawny należy wskazać jakie zasady współzycia społecznego w okolicznościach sprawy zostały naruszone. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał podniesionego przez siebie zarzutu. Nie wiadomo jaka zasada współzycia społecznego została naruszona, jak również na czym miałyby polegać sprzeczność ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem prawa.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż odwołujący w trakcie rozprawy cofnął ten zarzut.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności aukcji elektronicznej, unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej przystępującego AIUT, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego AIUT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w zakresie wskazanym w sentencji.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Oдноśnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w

piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Izba uznała, że pomimo, iż zamawiający uległ tylko co do części żądań odwołującego, to jednak należało odstąpić od zasady orzekania o kosztach stosownie do wyników postępowania wynikającej z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp i nałożyć na zamawiającego obowiązek zwrotu wszystkich kosztów postępowania. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem iż z uwagi na brak w przepisach ustawy Pzp odpowiednika art. 100 zdanie 2 kpc nie można włożyć na zamawiającego obowiązku poniesienia całości kosztów postępowania odwoławczego, pomimo iż uległ odwołującemu jedynie w części, z uwagi na znaczenie żądań zasadnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 2.214 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: