

Sygn. akt KIO/UZP 1140/09

WYROK
z dnia 21 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska
Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego „**PKP Intercity**” **Spółka Akcyjna, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** protestu z dnia **20 lipca 2009 r.**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego Mińsk Mazowiecki Spółka Akcyjna, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** na rzecz „**PKP Intercity**” **Spółka Akcyjna, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz.**

Uzasadnienie

Zamawiający – „PKP Intercity” S.A., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych 112 wagonów osobowych.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 20 lipca 2009 roku wykonawca NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz wniósł protest do zamawiającego zarzucając mu:

- 1) naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1, 5, 6 oferty złożonej przez Tabor Szynowy Opole S.A., ul. Rejtana 7, 45-332 Opole oraz w zakresie zadania nr 2, 3 i 4 – oferty złożonej przez konsorcjum: Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz S.A. Holding ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego Mińsk Mazowiecki S.A., ul. Gen. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki (dalej: konsorcjum Pesa).
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych w zadaniach 1 – 6 przez wykonawców: Tabor Szynowy Opole S.A. oraz Konsorcjum Pesa, mimo że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych w zadaniach 1 – 6 przez wykonawców: Tabor Szynowy Opole S.A. oraz Konsorcjum Pesa, mimo że zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe protestujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców: Tabor Szynowy Opole S.A. i Konsorcjum Pesa w zadaniach 1 – 6
- 4) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez protestującego w zakresie zadań 1, 5, 6.

W uzasadnieniu protestujący podniósł, iż oferta złożona przez Konsorcjum Pesa winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia -dalej "siwz" - "Wykonawca przed wyliczeniem ceny ofertowej dla danego zadania zobowiązany jest określić cenę jednostkową naprawy. Na cenę jednostkową naprawy w danym zadaniu (dotyczy również zadań składowych w zadaniach złożonych) składa się:

- 1) cena jednostkowa stałego zakresu jednej naprawy rewizyjnej, w skład której wchodzi:
 - a) cena prac stałego zakresu naprawy rewizyjnej, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do Mw-1, w tym cena uzupełnienia galanterii wagonowej wyszczególnionej w Załączniku nr 6 do SIWZ oraz
 - b) cena prac wyszczególnionych w Rozdziale IV ust. 6, 7, 12 i 13 SIWZ
- 2) cena jednostkowa prac wykraczających poza stały zakres naprawy (odpowiedni załącznik nr 2.1-2.6 do SIWZ).

Cenę jednostkową naprawy ustala się sumując poszczególne ceny jednostkowe wymienione w pkt. 1 i 2.

8. Cenę ofertową dla każdego zadania Wykonawca zobowiązany jest obliczyć za pomocą wzoru:

Cena ofertowa (brutto) = ilość napraw x cena jednostkowa naprawy + podatek VAT".

W ocenie protestującego nie może zatem budzić wątpliwości, że załącznik nr 2 do oferty zawiera cenę za realizację zamówienia. Istotne przy tym są również postanowienia zawarte we wzorze umowy, z których jednoznacznie wynika, że ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawców są stałe w całym okresie obowiązywania umowy a także stanowią podstawę do określenia wynagrodzenia należnego wykonawcy.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że konsorcjum Pesa oferując wykonanie niektórych prac wykraczających poza stały zakres naprawy rewizyjnej wagonów osobowych (załączniki 2.1-2.6) za 1 zł -np. poz. 11 zał. 2.1 zastosował ceny dumpingowe, nie obejmujące nawet kosztów wszystkich materiałów niezbędnych do wykonania usługi, nie

mówiąc już o pozostałych kosztach związanych z realizacją usługi jak koszty robocizny, koszty zakładowe czy zysk wykonawcy.

Zastrzeżenia powyższe dotyczą również następujących pozycji załączników 2.1 -2.6:

1. zadanie 1 -poz. 1, 2, 6, 7, 8, 31, 32, 34.
2. zadanie 2 -poz. 2, 7, 8, 26, 41, 42.
3. zadanie 3 -poz. 2, 5, 6, 25, 39, 40.
4. zadanie 4 -poz. 2, 7, 8, 40, 41.
5. zadanie 5 -poz. 1, 2, 9, 10, 49, 50.
6. zadanie 6 -poz. 1,3, 5,7, 8, 47, 48.

Nadto oferta konsorcjum Pesa winna zostać odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Protestujący wskazał, że zamawiający wykonując dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy wezwał ww. konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Konsorcjum Pesa -ZNTK Mińsk Mazowiecki złożyło wyjaśnienia, niemniej nie zawierają one jakiegokolwiek kalkulacji uzasadniającej wysokość zaoferowanej ceny ani jakichkolwiek dowodów przemawiających za tym, że cena oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca poprzestał jedynie na ogólnych stwierdzeniach, że oferta obejmuje wszystkie koszty powstałe w procesie naprawczym i jest adekwatna do przedmiotu zamówienia w takim znaczeniu, że umożliwia jego należyte wykonanie. W tej sytuacji zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy uznając, że przedstawione wyjaśnienia są niewystarczające winien odrzucić ofertę tego wykonawcy. Fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia wynika również z faktu, że wykonawca skalkulował cenę na podstawie cen jednostkowych, które jak wykazano wyżej mają charakter dumpingowy.

Protestujący wskazał również, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dotyczące złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny protestujący wyjaśnił, że zaoferowane za realizację zadań 2, 3 i 4 nie pokrywają całości kosztów realizacji, potwierdzając zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Tym większe zdumienie budzi działanie zamawiającego, który nie odrzucił ani oferty protestującego ani oferty Konsorcjum Pesa, który zaoferował ceny jeszcze niższe niż protestujący.

Z tych samych względów w ocenie protestującego odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy podlega oferta Taboru Szynowego Opole.

Wykonawca ten zaoferował ceny dumpingowe za realizację poszczególnych usług wchodzących w skład zamówienia, w następujących pozycjach zał. 2.1-2.6:

- 1) zadanie 1 – poz. 1, 2, 6, 7, 8, 31, 32
- 2) zadanie 2 – poz. 1, 2, 5, 7, 8, 41, 42

- 3) zadanie 3 -poz. 1, 2, 5,6, 7, 39,40
- 4) zadanie 4 -poz. 1, 2, 5, 7, 8, 40, 41.
- 5) zadanie 5 -poz. 1, 2,6, 7, 10, 49, 50, 53, 54
- 6) zadanie 6 - poz. 1, 3, 5, 7, 8, 9, 47, 48, 51, 52.

Również ten wykonawca wezwany zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie przedstawił jakichkolwiek dowodów ani kalkulacji kosztów, poprzestając na stwierdzeniu, że ponoszone przez niego koszty są stosunkowo niewielkie, a także wskazując jako powód zaoferowania rażąco niskich cen ogólny kryzys ekonomiczny i chęć utrzymania potencjału naprawczego wagonów osobowych oraz grupy niezbędnych fachowców.

Podobnie jak w przypadku konsorcjum Pesa potwierdzeniem zaoferowania przez Tabor Szynowy Opole rażąco niskiej ceny jest skalkulowanie ceny oferty na podstawie jednostkowych cen mających charakter cen dumpingowych.

Dodatkowym argumentem uzasadniającym zdaniem protestującego zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny jest wysokość cen oferowanych przez wykonawców w uprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie podobnych zamówień. Protestujący wskazał dane z lat 2008 oraz 2004-2007, które potwierdzają obowiązywanie wówczas cen wyższych aniżeli zaoferowane w niniejszym postępowaniu przez wskazanych wyżej wykonawców.

Protestujący podniósł, iż począwszy od I kwartału br. mamy do czynienia z drastycznym ograniczeniem zleceń na rynku napraw taboru kolejowego. Taka sytuacja spowodowała nieracjonalne zachowania wielu z uczestników tego rynku, a w szczególności firm realizujących zadania naprawcze taboru kolejowego. Niektóre z firm w sytuacji braku jakiegokolwiek pracy zdecydowały o oferowaniu cen za usługi abstrahujących od rachunku kosztów, na poziomie nie pokrywającym kosztów realizacji napraw.

W podobnym postępowaniu uprzednio prowadzonym przez PKP Intercity na naprawy rewizyjne wagonów ci sami wykonawcy zgłosili gotowość realizacji tożsamej usługi (naprawy rewizyjne wagonów tego samego lub technicznie podobnego typu) za cenę na poziomie około 160 000,00 zł w zależności od typu wagonu. Obecnie, po upływie zaledwie kilku miesięcy, czyli w okresie, który nie może mieć znaczącego wpływu na zmianę kosztów napraw, oferowane ceny wynosiły odpowiednio od 47.000,00 zł do 50.300 zł. W ocenie protestującego ceny te, w zależności od klucza kalkulacji stosowanego przez wykonawców, nie pokrywają lub są na poziomie kosztów bezpośrednich.

Pismem z dnia 27 lipca 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu stwierdził, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest rynkową konfrontacją oferowanych

przez przedsiębiorców towarów i usług. Rzeczą naturalną i pożądaną jest konkurencja cenowa pomiędzy podmiotami startującymi w przetargu, występowanie istotnych różnic cenowych pomiędzy wykonawcami. Nawet błędy w szacowaniu wartości zamówienia nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do odrzucenia jakiegokolwiek oferty.

W ocenie zamawiającego protestujący nie wykazał, iż ceny określone w kwestionowanych ofertach są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie przedstawił żadnej analizy i kalkulacji elementów cenotwórczych na poparcie stawianych zarzutów, wobec czego postawione w proteście zarzuty należy uznać za gołosłowne. Protestujący stwierdził jedynie, iż na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia zaoferowane ceny nie pokrywają kosztów wytworzenia, w żaden sposób nie uzasadniając postawionej tezy.

Ponadto godnym podkreślenia jest fakt, iż ujęte w proteście tabele przedstawiające ceny na rynku napraw, które kształtowały się w minionym okresie (2004 -2008 rok) są nieadekwatne do cen uzyskanych w postępowaniu, którego dotyczy wniesiony protest. Protestujący powołuje się bowiem na ceny napraw rewizyjnych wagonów osobowych, których stały zakres naprawy i ilość, jak również rodzaj prac wykraczający poza stały zakres naprawy rewizyjnej są całkiem inne i nie należy ich ze sobą porównywać. Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest po raz pierwszy i dotyczy wagonów osobowych, które zostały przejęte przez zamawiającego w dniu 1 grudnia 2008 roku w ramach realizacji zatwierdzonej w dniu 17 kwietnia 2007 roku przez Radę Ministrów „Strategii transportu kolejowego”.

Zamawiający podniósł, iż wystąpił w trybie przepisów art. 90 ustawy Pzp do wykonawców o wyjaśnienie ceny i otrzymał takie wyjaśnienia. Po ich analizie uznał je za wystarczające. Mając dodatkowo na uwadze, że złożone oferty zawierały ceny nie odbiegające od siebie w znacznym stopniu stwierdził, że nie widzi w tym zakresie naruszenia przywołanych przez protestującego przepisów prawa. Wskazać należy przy tym, że protestujący nie zarzuca zamawiającemu błędnej oceny wyjaśnień wykonawców, złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez wybranych wykonawców, tzn. nie podnosi zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp.

Według zamawiającego ceny zaproponowane przez wybranych wykonawców są cenami rynkowymi, realistycznymi umożliwiając wykonanie zamówienia oraz nie noszą znamion rażąco niskiej ceny jak również ceny dumpingowej wobec czego oferty nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i pkt. 4 Ustawy Pzp.

W dniu 6 sierpnia 2009 roku pismem złożonym w polskiej placówce operatora publicznego NEWAG S.A. złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty i argumenty wyrażone w proteście i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego konsorcjum złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp nie może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Stosownie do wzmiankowanego przepisu Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które Państwa Członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. Artykuł 1 ust. 3 dotyczy przede wszystkim niezadowolonych przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w przetargu prowadzonym z naruszeniem norm prawnych i nie wygrali kontraktu lub którzy nie zostali dopuszczeni do uczestnictwa w przetargu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego również na nieprawidłowym wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty (*vide: Aleksandra Sołtysińska Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Zakamycze 2006 str. 774*).

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp należy uznać za bezpodstawny. Dyspozycja wzmiankowanych przepisów obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarówno ustawa Pzp, jak również Dyrektywy Unii Europejskiej nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa istotne jest to, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z „rażąco niską ceną” należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny za poszczególne elementy oferty. Wniosek taki wypływa wprost z literalnego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś w stosunku do pewnej części (w tym przypadku kilku cen jednostkowych) przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko zajął również Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 24 marca 2005 roku oraz Sąd Okręgowy w Poznaniu w dniu 17 stycznia 2006 roku.

Izba stoi na stanowisku, że ceny całkowite ofert złożonych przez konsorcjum Pesa i Tabor Szynowy Opole S.A. nie są cenami rażąco niskimi. Ceny te nie odbiegają w sposób rażący od cen rynkowych, wartości szacunkowej zamówienia, są zbliżone również do uplasowanej na trzecim miejscu oferty odwołującego się. Nie można zatem uznać, że całkowita cena zaskarżonych ofert jest ceną nierealną, niewiarygodną, za którą nie jest możliwa należyta i zgodna z wymaganiami realizacja przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby odwołujący się nie udowodnił prezentowanego przez siebie stanowiska, a to na nim - stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego, stosowanego – na podstawie art. 14 ustawy Pzp – do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców, spoczywa ciężar udowodnienia faktu, z którego wywodzi skutki prawne. Z kolei z art. 188 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp wynika, że strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowodami, w myśl ust. 3, są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron.

Odwołujący się na rozprawie złożył jedynie sporządzoną przez siebie kalkulację, potwierdzającą w jego przekonaniu fakt, iż zarówno Konsorcjum Pesa, jak i Tabor Szynowy Opole S.A. zaoferowały ceny rażąco niskie. Kalkulacja jednakże dotyczy wyłącznie wykonawcy Konsorcjum Pesa i sporządzona jest – stosownie do oświadczenia w niej zawartego – na podstawie rachunku zysków i strat będącego częścią sprawozdania finansowego za 2008 rok tegoż wykonawcy.

Izba stoi na stanowisku, iż przedstawiony dokument należy zakwalifikować jako dokument prywatny stanowiący dowód tego, iż osoba, która go podpisała (odwołujący się), złożyła oświadczenie w nim zawarte. Dokumenty prywatne nie korzystają domniemania zgodności z prawdą oświadczeń w nich zawartych, a więc każda osoba mająca w tym interes prawny może stwierdzić i dowodzić, iż treść złożonych oświadczeń nie odpowiada stanowi rzeczywistości. Dokument taki ma znikomą moc dowodową, jeśli przemawia na rzecz strony, która go sporządziła.

Konsorcjum Pesa, będące przystępującym do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego, złożyło na rozprawie oświadczenie, w którym zaprzeczyło rzetelności danych wynikających z kalkulacji. Tym samym oraz ze względu na wskazany wyżej charakter dokumentu prywatnego jako dowodu w sprawie, Izba uznała złożone pismo za pozbawione wartości dowodowej.

Rozpoznając zarzut złożenia przez wskazanych wyżej wykonawców oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia przez konsorcjum Pesa art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba stwierdziła, iż zarzut ten jest bezpodstawny i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi w pkt. 1, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów poniżej ich kosztów wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Sama sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co oznacza, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu. W takiej sytuacji bez znaczenia pozostawałby skutek nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy jako niezamierzony.

Warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Tak też orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 roku sygn. akt I ACa 231/07.

Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Odwołujący się nie wykazał, iż wykonawca, którego dotyczyły zarzuty zaoferowania ceny dumpingowej posiada pozycję dominującą rynku. Nie sposób też przyjąć, iż działanie wykonawców miało na celu

wyeliminowanie odwołującego się lub jakiegokolwiek innego podmiotu z rynku, jeżeli zaś odwołujący tak twierdził, fakt ten winien był udowodnić.

Z kolei z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie da się wyprowadzić generalnego zakazu różnicowania cen (dyskryminacji cenowej). Przedmiotem zakazu jest jedynie zróżnicowanie cen w obrocie gospodarczym poprzez rabaty, dopłaty do cen czy upusty cenowe, stosowane wobec dostawców lub odbiorców tego samego szczebla, które jest sprzeczne z dobrymi obyczajami przez to, że jest rzeczowo nieuzasadnione. Językowe znaczenie przymiotnika "rzeczowy" pozwala przyjąć, że ustawodawca chciał w ten sposób wskazać na nieuczciwość wszelkiego zróżnicowania w obrocie gospodarczym, opartego na przesłankach emocjonalnych i subiektywnych. Nieuczciwość taką wyłączają więc racjonalne i obiektywne przesłanki działań różnicujących. Brak rzeczowego (racjonalnego) uzasadnienia to przede wszystkim brak uzasadnienia ekonomicznego (zob. Komentarz do art. 15 ustawy z.n.k. pod red. J.Szwai, Warszawa 2006).

Podkreślenia wymaga fakt, iż każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szansę innego przedsiębiorcy na rynku. Zarówno wskazana przez odwołującego się forma utrudniania dostępu do rynku (zaniżenie ceny), jak i inne formy, są typowymi środkami walki konkurencyjnej i działania takie są, co do zasady, dozwolone. Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie "utrudnianie", które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, to jest głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest niczym innym, jak rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług.

Powyższa argumentacja uzasadnia stanowisko, iż podnoszony przez odwołującego się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdują podstaw.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....