

Sygn. akt: KIO/UZP 551/09

WYROK
z dnia 12 lutego 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „SANBUD” Sp. z o.o., 15-346 Białystok, ul. Krucza 5/1 lok. 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Prefabrykacji Gospodarstwo Pomocnicze przy Zakładzie Karnym w Białymstoku, 15-727 Białystok, ul. Hetmańska 89** protestu z dnia 10 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „SANBUD” Sp. z o.o., 15-346 Białystok, ul. Krucza 5/1 lok. 8

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane SANBUD Sp. z o.o., 15-346 Białystok, ul. Krucza 5/1 lok. 8,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „SANBUD” Sp. z o.o., 15-346 Białystok, ul. Krucza 5/1 lok. 8.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu „zawarcia umowy ramowej na realizację na terenie Rzeczypospolitej Polskiej robót budowlanych i remontowo-budowlanych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 2 lutego 2009 r., w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr 14028-2009.

W dniu 10 kwietnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, złożonych przez PB „BUDPOL” Sp. z o.o., PPUH „RODEX” Sp. z o.o. i „FADBET” S.A. oraz odrzucenia oferty Odwołującego się, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), dalej ustawa Pzp i wnosząc o unieważnienie: czynności wyboru ofert najkorzystniejszych i odrzucenia oferty Odwołującego się oraz powtórzenie oceny ofert i wyboru ofert najkorzystniejszych.

Odwołujący się wyjaśnia, iż w dniu 7 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował go o odrzuceniu złożonej przez Odwołującego się oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący się podnosi, iż zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej u.z.n.k., czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług,

naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Odwołujący się zwraca uwagę, że ani ustawa, ani Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nie określają, iż niedopuszczalne jest określenie kosztów zakupu według wskaźnika zero. Brak podstaw prawnych do uznania, iż tego rodzaju kalkulacja (wobec faktu, iż ceny materiałów zawierają już wszystkie koszty, w tym koszty zakupu) stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności tzw. dumping cenowy.

Odwołujący się wskazuje, że Zamawiający nie może porównywać poszczególnych cenotwórczych elementów składających się na cenę, lecz odnosić się do ogólnej ceny oferty (wyrok Sadu Okręgowego w Częstochowie, sygn. akt Ca 628/05). Oceniając ofertę co do ceny, należy brać pod uwagę cenę całkowitą, a nie poszczególne pozycje. Oferta Odwołującego się, w zakresie ceny, nie stanowi rażąco niskiej ceny, zarówno w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i w porównaniu do innych ofert. Odwołujący się podkreśla, iż aby stwierdzić, że cena oferowana za przedmiot umowy nie jest realna, należy podać miernik, do którego cenę należy odnieść.

W opinii Odwołującego się, Zamawiający błędnie przyjął, iż zastosowano dumping cenowy w sytuacji, gdy jako podstawy prawnej odrzucenia oferty nie wskazał dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zastosował art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Sprzeczne z prawem jest uznawanie ceny za rażąco niską i odrzucenie oferty, z tego powodu, iż oferta zawiera nierzetelne obliczenia. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-103/88, zamawiający musi brać pod uwagę obiektywne czynniki, takie jak np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy.

Odnosnie zarzutu Zamawiającego, iż wydawnictwo "Sekocenbud" nie może stanowić obligatoryjnej podstawy do stosowania, to należy zwrócić uwagę, że wzór umowy ramowej w postanowieniach § 10 pkt 1, pkt 1.1 lit. b odwołuje się właśnie do wydawnictwa "Sekocenbud", co stawia pod znakiem zapytania poprawność rozumowania zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2009 r.

Zamawiający nie może też żądać od oferenta przedstawienia umów z dostawcami. Podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych jest jawność od momentu otwarcia ofert (art. 96 ust. 3 ustawy Pzp), każdy zainteresowany ma prawo domagać się wglądu do ofert. Konsekwencją tego byłoby udostępnienie informacji konkurencji o dostawcach Odwołującego się.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił przystąpienie „FADBET” S.A.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jak wskazuje się w orzecznictwie Zespołu Arbitrów, które Zamawiający w całości podziela, interes prawny odwołującego się doznaje uszczerbku jedynie wówczas, gdy w następstwie uwzględnienia odwołania i ponownej oceny ofert, jego oferta byłaby uznana za ofertę najkorzystniejszą (wyrok z dnia 1 września 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1348/03). Wykazanie interesu prawnego jest obowiązkiem wnoszącego protest, zaś brak jego wykazania skutkuje oddaleniem protestu, także wtedy, gdy środek ten jest merytorycznie uzasadniony (W. Łysakowski „Środki ochrony prawnej”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, str. 21-22).

Odnosząc powyższe stanowisko do realiów niniejszej sprawy Zamawiający wskazuje, iż składający protest nie wykazał, że jego interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, prócz pozbawionego merytorycznych podstaw stwierdzenia, że "w sytuacji równego traktowania oferentów i nie stosowania przez Zamawiającego warunków dodatkowych, wbrew przepisom ustawy i SIWZ, jego oferta znalazłaby się wśród wybranych ofert najkorzystniejszych". Odwołujący się całkowicie pomija, że jego oferta cenowa oceniona została dopiero na szóstym miejscu w rankingu ofert. Tak więc, nawet hipotetyczne uwzględnienie rozpoznawanego protestu i ponowna ocena przedłożonych ofert, nie doprowadziłaby do sytuacji, w której oferta Odwołującego się byłaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Dodatkowo Zamawiający podkreśla, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, o ile jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 3 ust. 2 u.z.n.k. wymienia w ujęciu przykładowym kilka ważnych czynów nieuczciwej konkurencji, m.in. utrudnianie dostępu do rynku. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ww. ustawy, utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku ma miejsce m.in. w przypadku sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika, że złożenie oferty może być traktowane jako naruszające mechanizm uczciwej konkurencji tylko wtedy, gdy oferta obliczana jest na samo zdobycie zamówienia i wyeliminowanie innych z dostępu do zamówienia.

Odwołujący się nie przedstawił także wystarczającej analizy i kalkulacji elementów cenotwórczych, na poparcie stawianych zarzutów. Zgodnie zaś z ogólną regułą dowodową,

ciężar dowodu określonych okoliczności spoczywa na osobie, która z faktów tych, pragnie wywieść korzystne dla siebie skutki prawne (art. 6 k.c.).

Zgodnie z 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. A zatem, ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy. Wyjaśnienia składane przez Wykonawcę w trybie art. 90 ustawy Pzp, powinny być zgodne z kierunkiem ich oceny, wskazanym w ust. 2 tego artykułu. Wykonawca powinien zatem wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przy tym wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że nie tylko oferta wykonawcy, który nie złożył żadnych wyjaśnień, ale również tego, który złożył wyjaśnienia niepełne lub niedostateczne, winna podlegać odrzuceniu.

Wyjaśnienia Wykonawcy nie powinny opierać się na samych oświadczeniach, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mówi o "dowodach" na ich potwierdzenie. Wyjaśnienia Odwołującego się, z dnia 24 marca 2009 r., nie spełniają powyższych kryteriów. Zamawiający uznał, że są one ogólnikowe i niekompletne, ponieważ nie zawierają wszystkich okoliczności potrzebnych do stwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zdaniem Zamawiającego, najczęściej same wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nigdy nie są obiektywne, gdyż są składane przez podmiot zainteresowany w sprawie, dlatego też "dowody" mają służyć potwierdzeniu tez zawartych w wyjaśnieniach i tym samym je konkretyzować. W niniejszym postępowaniu "dowodem" może być np. dokument wystawiony przez dostawcę materiałów, który poświadcza, że oferuje materiały z określonym upustem.

W związku z powyższym, Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący się w złożonych wyjaśnieniach, nie wskazał obiektywnych czynników, ani też nie przedstawił dowodów, które uzasadniałyby zaoferowaną cenę i fakt, iż nie jest ona rażąco niska, a za takie czynniki bez wątplenia nie może zostać uznane ogólnikowe powołanie się na "trwającą od lat współpracę z hurtowniami różnych materiałów i urzędzeń".

Ponadto Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko co do nierzetelnego przygotowania oferty przez Odwołującego się w zakresie wskaźnika Wkz = 0,00. W przekonaniu Zamawiającego, wskaźnik ustalony na poziomie zerowym jest nierealny dla zamówienia będącego przedmiotem rozpoznania i praktycznie uniemożliwia zastosowanie do niego formuły przewidzianej do obliczenia ilości punktów według kryterium II oceny ofert zamówienia, a w konsekwencji w ustaleniu łącznej punktacji i klasyfikacji oferty, co powoduje niezgodność oferty z treścią SIWZ (art.89 ust. 1pkt 2 Pzp).

Zamawiający podnosi również, że Odwołujący się nie przedstawił jakichkolwiek zarzutów przeciwko wybranym ofertom najkorzystniejszym.

Jako bezzasadny oceniony został zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie dyskryminuje poszczególnych wykonawców ze względu na ich status prawny, strukturę własnościową, a wobec wszystkich podmiotów stosuje te same kryteria oceny ofert, terminy, tryb udzielania wyjaśnień oraz poucza o środkach odwoławczych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone jest w taki sposób, który gwarantuje zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się, który w dniu 24 kwietnia 2009 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Odwołujący się wskazuje, iż aby mówić m.in. o utrudnianiu dostępu do rynku i stosowaniu dumpingu cenowego, muszą być spełnione określone przesłanki, t.j.: 1) takie zniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie straty po stronie sprzedawcy w określonej grupie towarowej, 2) eliminacja z rynku innych przedsiębiorców wynikać musi z dominującej pozycji stosującego dumping. W sprawie niniejszej Odwołujący się nie ma pozycji dominującej na lokalnym rynku, ani też nie oferował swoich usług ze stratą.

Nie budzi przy tym wątpliwości, iż podanie przez Odwołującego się ceny ofertowej na poziomie zbliżonym do pozostałych oferentów nie daje podstaw do uznania, iż złożenie jej ma celu eliminację z rynku pozostałych oferentów.

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający przed otwarciem ofert podał, iż przeznaczą na zadanie 19.967.065,00 zł, nie podał natomiast czynników cenotwórczych tj. wartości robocizny oraz kosztów zakupu, w oparciu o które została wyliczona ww. wartość, wobec powyższego nie można stwierdzić, iż cena zaproponowana przez Odwołującego jest rażąco niska do wartości zamówienia i jej zaoferowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący się wskazuje ponadto, że kosztorysy inwestorskie nie przewidują odrębnej pozycji kosztów zakupu, co jest zgodne z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r., Nr 130, poz. 1389).

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego interes prawny Odwołującego się został naruszony, bowiem stosując wyłącznie zasady określone w SIWZ, Odwołujący się zajął drugie miejsce w kolejności ofert najkorzystniejszych.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowiska stron, zaprezentowanego na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Jedną z przesłanek stanowiących o skuteczności wnoszonych środków ochrony prawnej jest uszczerbek w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, jakiego może doznać lub doznał wykonawca, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Przesłanka ta ma charakter materialnoprawny i podlega badaniu na rozprawie, w przeciwieństwie do przesłanek formalnoprawnych, których zamknięty katalog wymieniony został w przepisie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, a ich ocena następuje na posiedzeniu. Jakkolwiek na tle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykształciły się dwie koncepcje rozumienia interesu prawnego, to niezależnie od powyższego Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż w zamówieniach podprogowych (w niniejszym postępowaniu poniżej 5 150 000 euro – wartość szacunkowa zamówienia), w sytuacji gdy kwestionowane są czynności zamawiającego, możliwe jest funkcjonowanie tylko jednej z nich. Otóż, biorąc pod uwagę fakt, że zgodnie z art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, przedmiotem odwołania w ww. postępowaniach może być rozstrzygnięcie protestu, które dotyczy jedynie dwóch czynności wywierających bezpośredni skutek wobec wykonawcy wnoszącego środek ochrony prawnej, tj. wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, interes prawny korzystającego ze środków ochrony prawnej, musi wiązać się z możliwością uzyskania zamówienia. Celem ustawodawcy było bowiem umożliwienie wykonawcom obrony swoich praw, po to aby zapobiec ich eliminacji z postępowań w sposób niezgodny z prawem, przy założeniu, że skuteczne zakwestionowanie wskazanych czynności przełoży się ma możliwość uzyskania zamówienia. Zauważyć jednakże należy, iż skutek taki nastąpi jedynie w okolicznościach, gdy w wyniku uwzględnienia środka ochrony prawnej zostanie wzruszona (dojdzie do jej unieważnienia) czynność wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty. Oznacza to, iż niewystarczające jest zakwestionowanie jednej z podstaw wskazanych czynności. W powyższej sytuacji bowiem, czynność pozostaje skuteczna, a trafność podniesionych we wskazanym zakresie zarzutów miałyby jedynie ten skutek, że odpadłaby jedna z przesłanek podjętej czynności. Jednakże opisane działanie wykonawcy nie doprowadziłoby do sytuacji, w której ma realną możliwość uzyskania zamówienia. W niniejszej sprawie zachodzą ww. okoliczności, co uzasadnia stanowisko, iż Odwołujący się nie posiada interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Należy bowiem zauważyć, że jak wynika z pisma z dnia 7 kwietnia 2009 r., podstawą odrzucenia oferty był nie tylko fakt, iż oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ale również okoliczność, że nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 3 i 2 ustawy Pzp). Podniesienie jedynie zarzutu (co Odwołujący się potwierdził na rozprawie), iż określenie wskaźnika zakupów na poziomie 0 zł, nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy

Pzp, powoduje, że wykonawca jednocześnie przyznaje, iż wskazana podstawa faktyczna przesądza o niezgodności oferty z SIWZ (brak bowiem zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Sformułowanie zarzutów w przedstawiiony sposób, nie daje Odwołującemu się możliwości uzyskania zamówienia.

Niezależnie od powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż brak podstaw do uznania, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jakkolwiek w piśmie z dnia 7 kwietnia 2009 r. Zamawiający wskazał jedynie, iż „oferta ma charakter dumpingowy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, nie podając wprost przepisu, to z rozstrzygnięcia protestu wynika, iż chodzi o przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Hipotezą normy zawartej we wskazanym przepisie jest sytuacja, w której ma miejsce utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż m.in. usług poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Utrudnianie dostępu do rynku pokrywa się z pojęciem „utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej” (J. Szwaja (red.) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz 2006*). Zaś, o sprzedaży poniżej kosztów świadczenia możemy mówić w okolicznościach, gdy sprzedaż nastąpiła poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu. Nie mają w tym kontekście żadnego znaczenia koszty przeciętne ponoszone przez konkurentów, czy tym bardziej, koszty ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem. Sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, iż do transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tak więc, dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu, którym w szczególności może być próba wejścia na rynek. W takich wypadkach odniesiony uboczny skutek, nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy nie będzie miał znaczenia. Warunkiem realizacji wskazanej przesłanki celu jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym ten zamiar urzeczywistnić. Zasadniczo warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która oznacza, że nie spotyka się on z istotną konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym.

Biorąc powyższe pod uwagę, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż działania Odwołującego się stanowią wskazany czyn nieuczciwej konkurencji. Nie sposób przyjąć, że zaoferowanie wskaźnika kosztów zakupu (liczonego od materiałów i urządzeń) spowoduje skutek w postaci utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej innym wykonawcom. Tym bardziej, że chodzi o jeden z elementów ceny o wadze 20%.

Zauważyć należy, iż stwierdzenie przez Zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji jest możliwe po zbadaniu wszystkich znamion go określających. W niniejszej sprawie Zamawiający tego nie uczynił, nie miał zatem podstaw do rozstrzygnięcia w sposób

jednoznaczny przedmiotowej kwestii. Co więcej, Zamawiający nie uznał za wiarygodne oświadczenia Odwołującego się, iż ze względu na wieloletnią współpracę z hurtowniami zajmującymi się dystrybucją materiałów i urządzeń, dostawa tychże towarów odbywa się bezpłatnie na teren budowy, a uzyskiwane upusty pokrywają ewentualne koszty zakupu. Zamawiający oczekiwał w tym przedmiocie dowodów. Jednakże Zamawiający pominął fakt, iż wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp dotyczą jedynie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i procedura powyższa prowadzona w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zatem, po pierwsze ustalenie nawet, iż została zaoferowana cena, która nie pokrywa kosztów wykonania robót nie jest wystarczającą przesłanką do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Po drugie, odmiennie niż ma to miejsce w przypadku ustalania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, na etapie badania ofert to nie wykonawcę obciąża obowiązek wykazania, iż oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a tym bardziej wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie mogą być przesadzające w tej sprawie, z tego powodu chociażby, że zostały złożone w innym celu.

Zatem, kwestionowanie oświadczeń Odwołującego się jest nieuprawnione ze względów o których była mowa powyżej, jak i z uwagi na fakt, iż brak dołączenia umów świadczących o współpracy Odwołującego się na wskazanych warunkach, nie stanowi o braku wiarygodności oświadczeń wykonawcy. Nie można pominąć faktu, iż Odwołujący się składał oświadczenia w celu wykazania innych okoliczności, a ponadto powszechnie wiadomo, iż na rynku materiałów i urządzeń, „duży” kontrahent może liczyć na upusty i rabaty w różnej formie. Jedną z nich może być bezpłatna dostawa, inną obniżenie ceny. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż wyjaśnienia Odwołującego się są sprzeczne. Odwołujący się wskazał, iż co do zasady ma zagwarantowaną bezpłatną dostawę, jednakże w sytuacji, gdyby był zmuszony pokryć koszty transportu zewnętrznego oraz załadunku i rozładunku, powyższe nie wpłynie na wysokość wskaźnika kosztów zakupu, gdyż udzielone rabaty zbilansują poniesione koszty.

Podjęte w postępowaniu czynności wskazują, iż Zamawiający w sposób wadliwy rozumie pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Znamiona tego czynu, jak wskazano wyżej, nie ograniczają się jedynie do sprzedaży usługi poniżej kosztów jej świadczenia.

Stąd, wywody Zamawiającego dotyczące oceny wyjaśnień Odwołującego się i ciężaru dowodu nie mają żadnego znaczenia dla niniejszej sprawy. Twierdzenia Zamawiającego w tym przedmiocie zmierzają bowiem do wykazania, iż zaoferowana cena jest rażąco niska, podczas gdy nie stanowiła ona podstawy odrzucenia oferty Odwołującego się. Tymczasem ustawodawca w sposób wyraźny dokonał rozróżnienia pojęcia rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem jakkolwiek próba utożsamiania tych instytucji jest nieuprawniona. Zaś, stwierdzenie rażąco niskiej ceny nie daje możliwości

jednoczesnego przypisania wykonawcy czynu nieuczciwej konkurencji. W tych okolicznościach, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, znalazł potwierdzenie.

Brak podstaw do rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący się nie wskazał okoliczności faktycznych uzasadniających przedmiotowy zarzut.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za przedwczesny, nie doszło bowiem do udzielenia zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Niezależnie od braku interesu prawnego Odwołującego się w niniejszym postępowaniu, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, gdyby nawet przyjąć stanowisko przeciwne, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zwrócić należy bowiem uwagę, że zakwestionowanie tylko jednej z przesłanek odrzucenia oferty, daje jedynie możliwość oceny prawidłowości określenia przedmiotowej podstawy, a nie czynności jako takiej (odrzucenie oferty). W związku z powyższym stwierdzenie, iż oferta Odwołującego się nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji pozostaje bez wpływu na skuteczność czynności odrzucenia oferty, a w konsekwencji na wynik postępowania. Odwołujący się nie zakwestionował bowiem drugiej podstawy odrzucenia jego oferty, jaką była niezgodność z SIWZ. W tych okolicznościach, stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania, nie daje podstaw do uwzględnienia odwołania (art. 191 ust. 1a ustawy Pzp).

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....