

WYROK
z dnia 26 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2014 r. przez wykonawcę R..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Magic Service we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie – Mazowiecki Oddział Regionalny

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego R..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Magic Service we Wrocławiu, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr [słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę R..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Magic Service we Wrocławiu, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie Mazowiecki Oddział Regionalny prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „usługa serwisu komputerowych urządzeń peryferyjnych Lexmark, Kyocera Mita i Canon dla Mazowieckiego Oddziału Regionalnego ARiMR i podległych mu Biur Powiatowych”. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, odrzucając ofertę Odwołującego w zakresie zadania 1 [serwis Lexmark] oraz zadania 2 [serwis Kyocera Mita], jako podstawę wskazując przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, z uwagi na to, że wykonawca złożył ofertę, w której podał koszt jednej roboczogodziny serwisu komputerowych urządzeń peryferyjnych wycenił na 1,00 zł netto. Zamawiający podał, że *„art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przepisami art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Zgodnie z art. 15 ust. 1 wyżej przywołanej ustawy „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej ich wytwarzania lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”.*

III. W dniu 12 lutego 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanego przez Zamawiającego odrzucenia własnej oferty, zarzucając naruszenie

- 1) art. 90 ust. 1 pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące oferty rzekomo zawierającej rażąco niską cenę [dumpingową], w stosunku do przedmiotu Zamówienia, przez to nieuprawnione odrzucenie oferty, której złożenie stanowi w ocenie zamawiającego czyn nieuczciwej konkurencji, a w związku z tym
- 2) rażące naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców a poprzez to

3) naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 pzp tj. zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty Odwołującego się, co powoduje naruszenie interesu Odwołującego się,

ponieważ oferta Odwołującego, gdyby nie została w sposób nieuprawniony odrzucona przez Zamawiającego sklasyfikowana, byłaby na pierwszym miejscu. W przypadku uwzględnienia odwołania, zamówienie w zakresie zadania 1 i 2 winno zatem zostać udzielone Odwołującemu się. Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania. W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego jest wadliwa w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego co uniemożliwia jemu uzyskanie przedmiotowego należnego zamówienia, co wyczerpuje przesłankę do wykazania posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz
2. przeprowadzenie ponownej oceny ofert, oraz
3. przeprowadzenie ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że w informacji otrzymanej przez Odwołującego dnia 7 lutego 2014 .r. o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający poinformował, iż odrzucił złożoną przez Odwołującego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uzasadnieniem, iż jej złożenie zarówno w odniesieniu do zadania 1 jak i zadania 2, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, że sprzeciwia się takiej ocenie dokonanej z rażącym naruszeniem art. 90 ust. 1 pzp, bez rzetelnego wyjaśnienia czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim bez ustalenia na ile poszczególne elementy oferty mają wpływ na wysokość ceny całej oferty zaoferowanej przez Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dość, że nie zapytał Odwołującego o wyjaśnienia dotyczące cen, jakie ten podyktował w ofercie, to na dodatek dokonał czynu dyskryminacji w stosunku do Odwołującego, bowiem stosunku do innych wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, zastosował procedurę wyjaśniającą np. w stosunku do wykonawcy STONE SERWIS W..... S..... . W tej sytuacji Odwołujący doznał nierównego traktowania co jest rażącym naruszeniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowiskiem, punktem odniesienia do oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest oszacowana przez zamawiającego wartość zamówienia, ceny innych ofert złożonych w danym postępowaniu, oraz ceny rynkowe usług tożsamy z oferowanymi. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen rynkowych. Zaoferowanie rażąco niskiej ceny może być także skutkiem czynu nieuczciwej konkurencji - jeśli wykonawca świadomie oferuje wykonanie zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług objętych zamówieniem w celu eliminacji innych przedsiębiorców [wykonawców]. Takim zachowaniem nie można nazwać złożenie przez Odwołującego oferty w tym postępowaniu. Wykonawca dokonując kalkulacji cenowej uwzględnił koszty zużycia narzędzi i materiałów, koszty amortyzacji sprzętu diagnostycznego, koszty transportu podzespołów, udział czasu pracy technika oraz zysk. Uwzględnienie w elementach składowych ceny zysku brutto, jest jednym z argumentów potwierdzających, że oferowana cena nie może być potraktowana jako rażąco niska, bowiem musi być traktowana jako cena całej oferty. Powyższe stanowisko podziela również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 listopada 2011r. o sygn. akt KIO 2287/11 na str. 26 wyroku stwierdziła, iż *„W odniesieniu do kwestii związanych z badaniem oferty wykonawcy pod kątem ceny rażąco niskiej na wstępie należy wskazać, iż zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem brak jest możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ przepis powyższy stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty.”* Odwołujący powołał się następnie na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007r. sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym stwierdzono, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez Wykonawcę byłoby nieopłacalne. W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana przez niego jest właśnie przykładem ceny realnej, zgodnej z cenami jakie dyktowane są na rynku usług stanowiących przedmiot niniejszego postępowania. Odwołujący wskazał na niedawny przetarg prowadzony przez tego samego Zamawiającego [AriMR], który występuje w niniejszej sprawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Zakup usługi zakresie serwisu sprzętu komputerowego i urządzeń peryferyjnych w Centrali ARiMR.”*, nr postępowania DZP-2610-31/2013, w którym Odwołujący złożył ofertę z ceną 3.69 brutto zł za jedną roboczogodzinę i jego oferta została uznana po złożonych przez niego wyjaśnieniach za cenę rynkową i wybrana jako najkorzystniejsza. Na uwagę zasługuje fakt, iż obszar na, którym świadczone będą usługi objęte przedmiotowym zamówieniem jest tożsamy z postępowaniem DZP-2610-31/2013 a zatem nawet w przypadku, gdyby

porównywać ceny w obu przypadkach, to są one na obszarze województwa mazowieckiego takie same. Wiedza zdobyta podczas wykonywania dotychczasowych kontraktów u Zamawiającego, a dotycząca stanu technicznego sprzętu [zużycia], jego awaryjności, jakości, pozwoliła na ocenę ryzyk kontraktowych i ustalenie ceny na takim poziomie, aby była ona konkurencyjna w porównaniu do cen innych Wykonawców oraz żeby gwarantowała zysk dla Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż posiada najpełniejszą wiedzę w zakresie rzeczywistych kosztów ich świadczenia; świadczenie usługi serwisu tego rodzaju jaki został przez niego zaoferowany ma w rzeczywistości charakter zobowiązania, w którym wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko związane z koniecznością zapewnienia zamawiającemu rzetelnej obsługi i ryzyko owo zostało przez Wykonawcę skalkulowane. Jednak Zamawiający nie zawarł w swoim uzasadnieniu żadnych argumentów merytorycznych a i prawne, również nie zawierają szczegółowych uzasadnień, do których można by się odnieść, za wyjątkiem stwierdzeń natury ogólnej, jakich wiele w Internecie. Brak jest po stronie Zamawiającego zapytania co do sposobu obliczenia ceny, uznanej przez niego pochopnie jako rażąco niskiej (dumpingowej). Przedstawienie sposobu obliczenia ceny oferty, nie było przedmiotem wezwania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego, stąd nie miał on wiedzy co do pracochłonności, stawki osobowej pracowników, liczebności zespołów struktury organizacyjnej jakie ma do dyspozycji Odwołujący, które to elementy mogłyby wskazać na to czy cena zaproponowana przez Wykonawcę została obliczona realnie i rzetelnie. Uzasadnienie Zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego, zawiera jedynie przytoczenie poglądów Zamawiającego na temat pojęcia rażąco niskiej ceny, oraz ogólne stwierdzenie, iż *„... nie każde wezwanie Zamawiającego będzie się kończyć, a przynajmniej takie były założenia Zamawiającego, wymianą części za kilkaset złotych.”* Odwołujący podał, że działa na rynku usług serwisowych od 1998 r. i jego ogromne doświadczenie w tym względzie pozwala na zminimalizowanie cen za 1 roboczogodzinę, zatem trudno się zgodzić z tym, że według założeń Zamawiającego, wezwania do naprawy urządzeń nie będą kończyły się wymianą części w każdym wypadku, jednak Wykonawca przyjął określony procent zgłaszanych awarii, które nie zakończą się wymianą części, a mimo tego zaplanował swój zysk. Odwołujący podał, że doskonale wie, jakie części urządzeń wymieniane są często, a które nie psują się wcale. Jest to jego know-how i Zamawiający, gdyby zapytał o wyjaśnienia Odwołującego, ten precyzyjnie wyjaśniłby elementy cenotwórcze swojej oferty. Tym bardziej, że Zamawiający nie przewiduje w SIWZ dostarczenia części zamiennych we własnym zakresie lub przez innego dostawcę niż Wykonawca. Odwołujący wskazał, również, że wartość szacunkowa zamówienia oraz wyliczenie przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, ilości roboczogodzin jakie w całym 18-to miesięcznym okresie trwania umowy Zamawiający

przewidział, odbiega od rzeczywistości i jest jedynie wynikiem jego przypuszczeń, nie podyktowanych doświadczeniem w zakresie takim jaki posiada Odwołujący, a wobec tego nie mogą być podstawą rzetelnej oceny oferty Odwołującego, a na pewno nie mogą być podstawą do zarzucenia Odwołującemu czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w SIWZ nie wskazywał podstaw, ani też określonych ilości czy wartości koniecznych do dokonania szacunków, nie określał pracochłonności, nie podał ilości awarii urządzeń w ciągu roku, zatem nie może on teraz odnosić się do wyliczeń wskazanych w ww. uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Wykonawcy zobowiązani więc byli do dokonywania własnych szacunków, co nie może być powodem do nierównego ich traktowania i odrzucenia ich ofert. Biorąc pod uwagę, że ilość awarii sprzętu, jaka może wystąpić w trakcie realizacji zamówienia nie jest znana, nie jest uprawnione a priori przyjęcie, że wykonawca nie jest w stanie za zaoferowaną przez siebie cenę wykonać zamówienia. Ilość awarii sprzętu, jaka mogłaby wystąpić, ze swej istoty jest zmienna i nieprzewidywalna, dlatego też oszacowanie tego rodzaju ryzyka spoczywało na wykonawcach. Zamawiający w żadnym miejscu swojego uzasadnienia nie wykazał, aby Odwołujący działał w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący podnosi, iż różnica w cenach ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu jest typowym środkiem walki konkurencyjnej i działanie takie jest dozwolone i zgodne z prawem, zatem zarzut ten nie może się potwierdzić. Na tę okoliczność Odwołujący przywołał następujące postępowania:

1. Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury ul. Świętokrzyska 31/33 Warszawa . Znak sprawy C10/79/2011 Usługi napraw i konserwacji sprzętu komputerowego. Obszary od I do VI . Naprawa od 0,50 PLN brutto do 6,15 PLN brutto. Umowa podpisana dnia 03.08.2012.r Oferta została przyjęta i nie wykazano przesłanek rażąco niskiej ceny.
2. Jednostka Wojskowa 4213 ul. Obornicka 100 Wrocław .Znak sprawy WYCH26/2013. Serwis sprzętu drukującego. - cena naprawy 0,24 PLN brutto, Przegląd - 0,24 PLN brutto. Oferta przyjęta - nie wykazano przesłanek rażąco niskiej ceny.
3. Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu Sprawa nr RAP.272.152.2013 „ Świadczenie pogwarancyjnych usług sprzętu komputerowego dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu w 2014 r. - Wybrano ofertę firmy VOL Sp. z o.o. 60-451 Poznań, ul. Dąbrowskiego 553 - oferta z ceną 0,01 PLN za 1 roboczogodzinę.
4. Jednostka Wojskowa 4213 Wrocław ul. Obornicka 100-102, Przetarg na Naprawę i konserwację sprzętu komputerowego, urządzeń peryferyjnych oraz faksów - Nr postępowania INF101/2013; wybrano ofertę firmy KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o. - wybrano ofertę z ceną jednostkową netto naprawy 1

urządzenia 0,01 PLN ;

5. Jednostka Wojskowa 4219 w Dęblinie nr postępowania 11/12/N - Przeglądy naprawy i konserwacje kserokopiarek - Wybrano ofertę firmy „Euro-Serwis” ul. Kołłątaja 18 Puławy. Cena jednorazowej konserwacji 0.25PLN , cena za jedną roboczogodzinę 0,25 PLN.

Zdaniem Odwołującego, zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wyjaśnienia wykonawcy składane w toku procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 pzp, powinny szczegółowo i wyczerpująco opisywać wpływ poszczególnych składników cenotwórczych na łączną cenę oferty i w takiej sytuacji, gdyby Zamawiający działał zgodnie z prawem, mógłby w jego majestacie ocenić właściwie ofertę Odwołującego. Wobec braku takich czynności Zamawiającego, odrzucenie oferty Odwołującego jest nieuprawnione i nie zasługuje na ochronę. Odwołujący podał, że w wyroku z dnia 7 lipca 2010 r. [sygn. KIO/UZP 1260/10] Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, iż: „ [...] *Celem wprowadzonej przepisami ustawy instytucji składania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, było uzyskanie potwierdzenia rzetelności kalkulacji ceny. Jak trafnie ujął to w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 r. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie [sygn. akt IV Ca 1299/09], wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia*” Skoro Zamawiający nie wyjaśnił w sposób rzetelny wszystkich wątpliwości jakie powziął przy ocenie oferty Odwołującego winien je rozwiązać, a skoro tego nie uczynił, nie może powoływać się na hipotetyczne ustalenia, które nie mają nic wspólnego z rzeczywistością. Odwołujący podał, iż zgodnie z orzecznictwem KIO, aby móc odrzucić ofertę z powodu rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien mieć pewność, że cena jest rażąco niska. Oznacza to, że w przypadku, gdy po złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach zamawiający cały czas ma wątpliwości co do tego, czy cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska, czy też nie, nie ma prawa odrzucić oferty. Ustawa wymaga bowiem w art. 90 ust. 3, aby treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdzała, iż zaproponowana cena jest rażąco niska, wszelkie zaś wątpliwości w tym zakresie nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawcy co do zaoferowanej przez niego ceny [wyrok KIO z 28.02.2012 r. sygn. akt: KIO 323/12].

Odwołujący wskazał, że świadczy na rzecz wielu Zamawiających usługi, które są przedmiotem niniejszego zamówienia, posiada zatem pełną wiedzę na temat pracochłonności prac, wchodzących w zakres zamówienia, oraz liczebności zasobów personalnych, niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Biorąc pod uwagę posiadane doświadczenie, wiedzę na temat potrzeb Zamawiającego, awaryjności urządzeń, rodzaju pracowników niezbędnych do prawidłowego wykonania usług, Odwołujący z całą

odpowiedzialnością stwierdza, że wykonanie zamówienia za cenę przez niego zaoferowaną jest realna i zgodna z poziomem cen rynkowych tego rodzaju usług jakie są przedmiotem niniejszego zamówienia. Ponadto, Odwołujący wskazał, iż zgodnie ze stanowiskiem przyjętym w orzecznictwie oraz w doktrynie, cena rażąco niska jest ceną nierealną, za którą nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia: *„Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.”* Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe." [Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007r. , UZP/ Zo/0- 1082/07].

Odwołujący podał, że Zamawiający w swoim uzasadnieniu porównuje ofertę Odwołującego do innych ofert złożonych w postępowaniu, co jest chybnym zarzutem, bowiem jak stwierdził w wyroku z dnia 21 czerwca 2010r. sygn. akt XIX Ga 175/10 Sąd Okręgowy w Katowicach *„dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu.”*

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie udowodnił, iż złożenie oferty przez niego miało na celu utrudnienie dostępu do rynku dla innych przedsiębiorców. Dla wykazania tej okoliczności niezbędne byłoby wskazanie przez Zamawiającego, że właśnie taki cel miał Odwołujący składając ofertę w tym postępowaniu. Takiego dowodu Zamawiający nie wskazał, jak również nie uzasadnił tego nieprawdziwego twierdzenia, bowiem samo złożenie oferty z niższą ceną, nie oznacza, że jest to czyn nieuczciwej konkurencji. Jak zresztą powyżej wskazał Odwołujący, na rynku istnieje mnóstwo postępowań, w których najkorzystniejsze oferty zawierają cenę równą tej, a nawet mniejszą, jaką zaoferował Odwołujący. Konkurowanie [w tym cenowe] jest bowiem przejawem stosowania przez wykonawców mechanizmów wolnorynkowych.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego, ceny zaoferowane są cenami rynkowymi, nie noszą znamion rażąco niskiej ceny, nie zagrażają interesom innych przedsiębiorców , czy też interesowi publicznemu a zatem złożenie przez Odwołującego , jak wykazano powyżej oferty w pełni rynkowej, nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tej sytuacji zarzut Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za niepotwierdzony i chybnym.

IV. Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Dla uwzględnienia odwołania konieczne jest bowiem wykazanie przez Odwołującego przesłanek materialnoprawnych, jakimi są interes w uzyskaniu zamówienia a także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody [art. 179 ust. 1 ustawy] a następnie wykazanie takich naruszeń prawa, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy].

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym stanowi art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tym samym, dla uwzględnienia odwołania, wobec faktu, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w wyniku uznania, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikowany art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konieczne było zwalczanie przez Odwołującego czynności Zamawiającego tak uzasadnionej.

Lektura odwołania, w tym postawione wobec czynności Zamawiającego zarzuty oraz uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania, nie pozwalają na uznanie, by Odwołujący kwestionował okoliczności oraz podstawę, przejęte jako powód odrzucenia Jego oferty. Także żądanie postawione w petitum odwołania nie daje podstawy do przyjęcia, że Odwołujący kwestionuje dokonaną przez Zamawiającego ocenę, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji – Odwołujący nie domaga się unieważnienia czynności odrzucenia swojej oferty, jako bezpodstawnie zakwalifikowanej w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji. Postawione zarzuty wskazujące na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez „*zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące oferty rzekomo zawierającej rażąco niską cenę [dumpingową], w stosunku do przedmiotu Zamówienia, przez to nieuprawnione odrzucenie oferty, której złożenie stanowi w ocenie zamawiającego czyn nieuczciwej konkurencji*” a następnie na „*rażące naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez nierówne traktowanie wykonawców a poprzez to naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 pzp tj. zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty Odwołującego się, co powoduje naruszenie interesu Odwołującego się, ponieważ oferta Odwołującego, gdyby nie została w sposób nieuprawniony odrzucona przez Zamawiającego sklasyfikowana, byłaby na pierwszym miejscu*”, nie zmierzają do obalenia podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, jaką przyjął Zamawiający. Uzasadnienie odwołania

wskazuje, że Odwołujący kwestionuje zaniechanie zbadania przez Zamawiającego poprawności kalkulacji ceny oferty; potwierdza to również podstawowy zarzut podniesiony w odwołaniu, to jest zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie jego zastosowania.

Zgodzić się zatem trzeba z tezami, że zamawiający powinien dochować staranności i zbadać poprawność kalkulacji ceny, zanim uzna, że zawiera ona rażąco niską cenę i dokona jej odrzucenia [art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy]. Istotne jest jednak, że w analizowanej sprawie Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu, że cena ma charakter rażąco niskiej, ale dlatego, że uznał, że jej kalkulacja ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, argumentacja odwołania pozostaje niejako obok podstawy odrzucenia oferty, jaką zastosował Zamawiający w zakresie oceny oferty Odwołującego.

Kwestia kalkulacji ceny może być – w konkretnych okolicznościach – rozpatrywana zarówno przez pryzmat rażąco niskiej ceny [art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy], jak i w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji [art. 98 ust. 1 pkt 3 ustawy], jakim jest, przykładowo, sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów wytworzenia w celu wyeliminowania innych uczestników z rynku. Czyny nieuczciwej konkurencji, są, co do zasady kwalifikowane celem lub skutkiem, tak jak czyn przyjęty przez Zamawiającego w analizowanej sprawie, którego celem jest wyeliminowanie innych przedsiębiorców z rynku [art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji]. Odwołujący podjął natomiast polemikę z czynnością Zamawiającego, zdając się postrzegać ją wyłącznie przez pryzmat uznania ceny za rażąco niską, mimo, że Zamawiający nie dokonał takiego ustalenia i kwalifikacji oferty Odwołującego. Czy taka ocena Zamawiającego jest prawidłowa – pozostawało, wobec zakreślenia zakresu rozpoznania postawionymi zarzutami - poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej.

Każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu wyłącznie w zakresie, jaki wynika z podniesionych zarzutów. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy [analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*],

odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z postawionymi zarzutami skorelowane jest żądanie, kierowane w związku z podnoszonymi nieprawidłowościami w działaniu Zamawiającego. Ono to bowiem wyznacza zakres rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą – w myśl § 34 ust. 1 powołanego *rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*, orzeczenie wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą zawiera, w przypadku wyroku, rozstrzygnięcie o żądaniach stawianych przez odwołującego lub odwołujących lub – co po myśli art. 192 ust. 3 2) i 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, następuje z urzędu – rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy.

Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Podkreślenia następnie wymaga, że orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu.*

(...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. We wskazanym orzeczeniu, Sąd uznał za niedopuszczalne rozstrzygnięcie przez Krajową Izbę Odwoławczą o zasadności odwołania, w którym Odwołujący kwestionował zaniechanie zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podnosząc zarazem zarzutów dotyczących oceny wyjaśnień wykonawcy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które w postępowaniu zostały przez kwestionowanego wykonawcę złożone. Powyższe poglądy wyrażane w orzecznictwie wyraźnie wskazują na związanie Krajowej Izby Odwoławczej podniesionymi w odwołaniu zarzutami. Te, w analizowanej sprawie, skierowane są nie wobec czynności w kształcie, w jakim dokonał jej Zamawiający – nie zmiernają do zwalczania przyjętej przez Zamawiającego podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, ale skierowane zostały wobec domniemywanego przez Odwołującego zaniechania Zamawiającego, które jednak nie ma związku z czynnością Zamawiającego. W szczególności Odwołujący nie podnosił, by uznanie złożonej przez Niego oferty za czyn nieuczciwej konkurencji było nieuzasadnione, by Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób kalkulacja poszczególnych elementów oferty wyraża zamiar wyeliminowania innych uczestników z rynku, co mieściłoby się w przyjętej przez Zamawiającego kwalifikacji czynu nieuczciwej konkurencji, ani nie podniósł innych argumentów zwalczających przyjętą przez Zamawiającego podstawę odrzucenia jego oferty. Argumentacja wskazująca na celowość wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, a także postawiony zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, „poprzez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienie dotyczące oferty rzekomo zawierającej rażąco niską cenę [dumpingową]” nie mogą być uznane za skierowane wobec podstawy odrzucenia oferty, jaką zastosował w tej sprawie Zamawiający, to jest za skierowane przeciwko ocenie oferty za stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji [art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy]. Co więcej, argumentacja wskazująca na celowość wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w odniesieniu do zadania nr 2 – *Serwis Kyocera Mita* jest tym bardziej dyskusyjna, że Zamawiający nie tylko nie uznał oferty Odwołującego za rażąco niską, ale ta oferta jest najdroższą spośród trzech złożonych w tym zadaniu.

Reasumując – biorąc pod uwagę podniesione zarzuty, które nie odnoszą się do przyjętej przez Zamawiającego podstawy odrzucenia oferty Odwołującego – odwołanie nie mogło być uwzględnione: zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, natomiast w myśl art. 192 ust. 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych, dla uwzględnienia odwołania konieczne jest stwierdzenie takiego naruszenia przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) *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]. Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania, to jest wynagrodzenia pełnomocnika - ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*] nie przyjął, tak jak to byłoby na gruncie kpc [art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02], zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia [spisu kosztów], wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* [tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.] oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prologacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* [Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.]. Skoro takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego nie mogło zostać zasądzone.

Skład orzekający: