

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Agrex Arcon Sp. z o. o. (Lider Konsorcjum) i Komptech GmbH z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 372, 02-819 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowo – Produkcyjne Lech Sp. z o.o., ul. Kombatantów 4, 15-110 Białystok**, protestu z dnia 19 czerwca 2009 r.,

przy udziale **Arcon Serwis Sp. z o.o., ul. Baletowa 14, 02-867 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Agrex Arcon Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Komptech GmbH z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 372, 02-819 Warszawa** 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 **Konsorcjum Agrex Arcon Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Komptech GmbH z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 372, 02-819 Warszawa;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum Agrex Arcon Sp. z o. o. (Lider Konsorcjum) i Komptech GmbH z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 372, 02-819 Warszawa.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę rozdrabniacza wstępnego dla zakładu utylizacji odpadów komunalnych w Hryniewiczach”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Konsorcjum Agrex Arcon Sp. z o. o. (Lider Konsorcjum) i Komptech GmbH z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, zwanym dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 kwietnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 76-109568). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowo – Produkcyjne Lech Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwane dalej „*Zamawiającym*”.

W postępowaniu tym w dniu 10 czerwca 2009 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty firmy Arcon Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Arcon*”).

W dniu 19 czerwca 2009 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego protest na:

- 1) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy Pzp;
- 2) zaniechanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co do kosztów serwisu w stosunku o wybranej oferty;
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty Arcon.

Przywołując powyższe, Odwołujący wskazał jednocześnie na naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Arcon jako najkorzystniejszej;

- 2) odrzucenie oferty firmy Arcon;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący wskazał, że firma Arcon w swojej ofercie wskazała na średni miesięczny koszt serwisu, który stanowił jedno z kryteriów oceny ofert o wadze procentowej 10 %, w wysokości 317,20 zł, co – w jego ocenie – wskazuje na cenę poniżej kosztów wytworzenia. Podkreślił, że w załączniku nr 4 do SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania cen za obowiązkowe przeglądy gwarancyjne i dokonywanie czynności związanych z tym przeglądem, w tym wymianę materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych wraz z dojazdem serwisu do Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, skoro w tym postępowaniu koszty serwisu stanowiły według SIWZ odrębną, odpłatną i okresowo powtarzającą się usługę, powinny one opierać się na realnym rachunku kosztów. Gdyby bowiem Zamawiający dopuszczał częściową odpłatność za usługi serwisowe lub ich bezpłatne świadczenie, powinien był ich koszt zawrzeć w cenie przedmiotu dostawy, tj. rozdrabniacza.

Zamawiający żądał wyszczególnienia w ramach serwisu cen za przeglądy, co uczynili wszyscy wykonawcy oprócz firmy Arcon, różnicując ceny za poszczególne przeglądy w zależności od ich faktycznych kosztów, poprzez określenie jako większych, a co za tym idzie jako droższych przeglądów wykonywanych co 500/1000 godzin pracy. W tym zakresie firma Arcon podała identyczną kwotę składającą się na nierealny łączny koszt i tym samym rażąco niską średnią cenę miesięczną usług serwisowych. Odwołujący podniósł, że dzięki takiej manipulacji oferta Arcon została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, pomimo, iż sumowanie ceny rozdrabniacza i kosztów serwisu wskazuje na to, że Zamawiający poniesie w sumie znacznie większe wydatki przy krótszym okresie gwarancji niż w przypadku oferty Odwołującego. Za całość zamówienia wraz z 25 miesięcznym okresem gwarancji w przypadku podpisania umowy w firmą Arcon Zamawiający zapłaci 1 459 730,00 zł, w sytuacji gdy koszt realizacji przedmiotu zamówienia przez Odwołującego przy 37 miesięcznym okresie gwarancji jest nieznacznie niższy i wynosi 1 419 131,73 zł. Odwołujący podkreślił, że termin realizacji zamówienia określony przez Zamawiającego jako pożądaný na 91 dni nie był tak istotny dla Zamawiającego, stąd też dokonano wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał dokonania czynności należytego badania wybranej przez siebie oferty i wezwania do złożenia wyjaśnień i dowodów, z których wynikałoby, że cena średniego miesięcznego kosztu serwisu nie jest rażąco niska.

Odwołujący w proteście przedstawił wyliczenia dotyczące tylko trzech obowiązkowych czynności serwisowych w postaci wymiany płynów eksploatacyjnych, co wynika z instrukcji

obsługi dostarczanego urządzenia, z których to wyliczeń – zdaniem Odwołującego – wynika, że cena za serwis w ofercie Arcon została drastycznie zaniżona. Podkreślił, że firma Arcon świadczy usługi serwisowe również na rzecz Odwołującego, stąd ten posiada wiedzę na temat cen stosowanych w zakresie usług serwisowych przez tego wykonawcę. Odwołujący wskazał na następujące wyliczenia:

- 1) wymiana oleju w silniku – max. co 250 godzin pracy (minimum 35 litrów jednorazowo):
 - według minimalnych kosztów własnych Arcon: 13 przeglądów x 35 litrów oleju x 8,48 zł za litr (według hurtowych cen brutto koncernu Shell) = 3 858,40 zł,
 - według stosowanych przez Arcon cen rynkowych brutto: 13 przeglądów x 35 litrów oleju x 15,86 zł za litr = 7 216,30 zł;
- 2) wymiana oleju hydraulicznego co 1000 godzin (ok. 20 litrów jednorazowo):
 - według minimalnych kosztów własnych Arcon: 3 przeglądy (po 1000, 2000 i 3000 godz. pracy) x 200 litrów oleju x 9,34 zł za litr (według hurtowych cen brutto koncernu Shell) = 5 604,00 zł,
 - według stosowanych przez Arcon cen rynkowych brutto: 3 przeglądy x 200 litrów oleju x 14,52 zł za litr = 8 712,00 zł;
- 3) wymiana oleju w przekładni co 1000 godzin (minimum 26 litrów jednorazowo):
 - według minimalnych kosztów własnych Arcon: 3 przeglądy x 26 litrów oleju x 9,74 zł za litr (według hurtowych cen brutto koncernu Shell) = 759,72 zł,
 - według stosowanych przez Arcon cen rynkowych brutto: 3 przeglądy x 26 litrów oleju x 14,52 zł za litr = 1 132,56 zł.

Odwołujący podniósł, że tylko łączny koszt wymiany trzech rodzajów płynów eksploatacyjnych w okresie gwarancyjnym wskazanym przez Arcon (25 miesięcy), uwzględniając ceny zakupu od dystrybutora po cenach hurtowych przy zerowej marży dla Arcon wynosi: 10 222,12 zł, co stanowi 128,9% ceny za całość przeglądów podanej przez Arcon w ofercie, tj. 7 930,00 zł. Uwzględniając natomiast ceny rynkowe stosowane przez Arcon koszt ten wynosi: 17 060,86 zł, co stanowi ponad 215% ceny za całość przeglądów podanej przez Arcon w ofercie (7 930,00 zł).

Odwołujący dodatkowo wskazał na inne koszty, które należałoby wziąć pod uwagę przy wycenie kosztów serwisu, w tym na wymianę filtrów paliwa, powietrza, oleju, wymianę innych elementów oraz płynów eksploatacyjnych, jak też koszty dojazdów i robocizny. Co do tych ostatnich (dojazd i robocizna) Odwołujący wskazał również szczegółową kalkulację, podając, iż według minimalnych kosztów własnych Arcon:

- dojazd do Zamawiającego – 13 przejazdów na trasie Warszawa – Białystok – Warszawa wynoszącej 400 km - minimalny koszt własny według stawek za kilometr

przebiegu pojazdu prywatnego wykorzystywanego do celów służbowych wynosi: $13 \times 400 \text{ km} \times 0,8358 \text{ zł/km} = 4\,346,16 \text{ zł}$,

- robocizna – 1 dniówka 1 serwisanta z wynagrodzeniem ok. średniej krajowej wynosi: $13 \text{ dni} \times \text{dniówka brutto z narzutami ok. } 180,00 = 2\,340,00 \text{ zł}$,

według stosowanych przez Arcon cen rynkowych: dojazd $13 \times 400 \text{ km} \times 2,00 \text{ zł/km} = 10\,400,00 \text{ zł}$,

- robocizna przyjmując średnio 2 godziny na każdy przegląd: $13 \times 2 \text{ godz.} \times 100,00 \text{ zł/godz.} = 2\,600,00 \text{ zł}$

Łącznie – według obliczeń Odwołującego – część kosztów materiałowych oraz dojazdów i usług serwisowych wynagrodzenie firmy Arcon kształtuje się następująco:

- według minimalnych kosztów własnych Arcon – 16 908,28 zł, co stanowi ponad 213% ceny za całość przeglądów podanej przez Arcon w ofercie (7 930,00 zł)

- według stosowanych przez Arcon cen rynkowych – 30 060,86 zł, co stanowi ponad 379% ceny za całość przeglądów podanej przez Arcon w ofercie (7 930,00 zł).

Odwołujący wskazał również na rażące różnice pomiędzy kosztami obowiązkowych czynności przy trzech podstawowych przeglądach gwarancyjnych (po 1000, 2000 i 3000 godzinach pracy) wynikających z oferty Arcon (610,00 zł), a ceną liczoną wg maksymalnych kosztów wytworzenia (2 932,36 zł, tj. ponad 480% ceny z oferty Arcon) i według stosowanych przez Arcon cen rynkowych (4 836,62 zł, tj. ponad 792% ceny z oferty Arcon).

O złożonym proteście Zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2009 r. poinformował wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu, wzywając ich jednocześnie do udziału w toczącym się postępowaniu protestacyjnym. Pismo to zostało firmie Arcon doręczone w dniu 22 czerwca 2009 r. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego firma Arcon w dniu 22 czerwca 2009 r. złożyła do Zamawiającego przystąpienie do postępowania, wnosząc o oddalenie protestu jako niezasadnego.

Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podniósł, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp, ani inne regulacje wspólnotowe nie zawierają definicji ceny rażąco niskiej, natomiast pojęcie to definiuje orzecznictwo. Uwzględniając je dla oceny, czy cena jest rażąco niska należy brać pod uwagę cenę za dostawę przedmiotu zamówienia, czyli w tym przypadku – dostawę rozdrabniacza. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający uznał, że nie było podstaw do wezwania firmy Arcon do wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Zamawiający podniósł też, że istotą zarzutów podniesionych przez Odwołującego jest odpłatność za czynności gwarancyjne wybranego wykonawcy. W tym zakresie, udzielenie gwarancji i ustalenie jej warunków, jako dobrowolnego zobowiązania wykonawcy, należy do tego wykonawcy. Powyższe – zdaniem Zamawiającego - jest uprawnieniem tego wykonawcy i nie można w tym zakresie abstrahować pojęcia „gwarancji” od „przedmiotu”, którego gwarancja dotyczy, czyli w tym przypadku rozdrabniacza. W ocenie Zamawiającego firma Arcon Serwis szacowała swoją ofertę kompleksowo biorąc pod uwagę cenę za dostawę (cena ofertowa) i okres udzielanej gwarancji na konkretne urządzenie, jak też cenę za usługi gwarancyjne, uwzględniając w tym zakresie sumaryczne koszty i przewidywany zysk. O powyższym świadczy ocena warunków gwarancji – jej okres i koszt, co w ofertach wykonawców było zróżnicowane (okres gwarancji w różnych ofertach od 18 do 37 miesięcy, podobnie również koszty przeglądów gwarancyjnych).

Uwzględniając powyższe, Zamawiający nie dostrzegł we wskazanym zakresie naruszeń przepisów ustawy Pzp w kontekście zaoferowania przez firmę Arcon ceny rażąco niskiej, jak też nie stwierdził dopuszczenia się czynów stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 6 lipca 2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) złożył odwołanie, którego kopia w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania oraz argumentację podniesione w proteście.

Dodatkowo, odnosząc się przede wszystkim do argumentacji firmy Arcon zawartej w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, iż koszty materiałów eksploatacyjnych zawarł on w cenie rozdrabniacza, gdyż producent zawarł w cenie tzw. pakiet gwarancyjny – dostawę fabrycznych materiałów eksploatacyjnych, które muszą być wymieniane podczas przeglądów. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że powyższe oświadczenie Arcon jest całkowicie niewiarygodne bowiem producent maszyny nie jest producentem olejów, smarów, ani filtrów, są to materiały powszechnie dostępne, których producentami są koncerny paliwowe. Z drugiej też strony wskazał, że pakiety gwarancyjne w postaci dostaw materiałów eksploatacyjnych nie są przez producenta stosowane, ani też nie są praktyką standardową – ze względu choćby na trudność w oszacowaniu takich kosztów (długi okres gwarancji, wahania cen rynkowych oraz oszacowanie wielkości zużycia, co zależy od intensywności eksploatacji maszyny).

Odwołujący wskazał również na rozróżnienie przez obowiązujące przepisy prawa dwóch rodzajów gwarancji: jakości oraz komercyjną i wskazał, że żadną z nich nie jest przegląd gwarancyjny, ani dostawa materiałów eksploatacyjnych do przeglądów, ani też pakiet gwarancyjny.

Odwołujący podkreślił, że firma Arcon sama przyznała, że w sposób niezgodny z SIWZ ujęła koszt materiałów eksploatacyjnych koniecznych do wykonania przeglądów w cenie dostawy, zamiast w pozycji koszty serwisu. Tym samym – w ocenie Odwołującego – firma Arcon dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji zaniżając koszty serwisu i ujmując je w cenę oferty. Przykładowo Odwołujący wskazał, że gdyby miesięczny koszt serwisu zaniżyć o 2 000,00 zł i koszty te (25 miesięcy gwarancji x 2 000,00 zł) ująć w cenę oferty, na ocenie oferty w kryterium cena wykonawca traci ok. 3 pkt, natomiast na ocenie oferty w kryterium koszty serwisu zyskuje ok. 8 pkt. Tak więc na łącznej ocenie ofert zyskuje taki wykonawca ok. 5 pkt, zyskując tą manipulacją przewagę nad innymi wykonawcami.

Odwołujący przeprowadził również symulację oceny ofert w niniejszym postępowaniu z pominięciem oceny w kryterium Koszt serwisu. Przy takiej ocenie oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 14.07.2009 r. zgłosiła swoje przystąpienie firma Arcon, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz Przystępującego zawarte w proteście, przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający Izby stwierdził także, że Odwołujący – stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ jego oferta, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących podania przez Arcon w złożonej ofercie rażąco niskiej ceny kosztów serwisu i dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji, skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

Zgodnie z SIWZ - częścią I. „Instrukcja dla wykonawców”, dalej „IDW” - pkt 4 ppkt 1 SIWZ, a także postanowieniem par. 2 części II. „Wzór umowy w sprawie zamówienia

publicznego”, przedmiot zamówienia stanowi dostawa mobilnego rozdrabniacza wstępnego i obejmuje w szczególności:

- „a. Dostawę rozdrabniacza na składowisko odpadów w Hryniewiczach,
- b. Przeszkolenie 3 operatorów w miejscu dostawy,
- c. Przygotowanie maszyny do pracy i jej pierwsze uruchomienie,
- d. Udzielenie gwarancji na dostarczony rozdrabniacz przez okres minimum 12 miesięcy.”.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł w Części III SIWZ, określając w pkt 7, iż: „Uwzględniając czas pracy maszyny w wymiarze 1500 mtg w skali roku, Wykonawca udzieli Zamawiającemu pisemnej gwarancji na bezawaryjną pracę rozdrabniacza przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy od dnia odbioru. Wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia autoryzowanego serwisu, wyposażonego w samochody z narzędziami do przeglądów gwarancyjnych, diagnostyki i napraw polowych.” i określił wymagany czas reakcji serwisu i zasady porozumiewania się z serwisem wykonawcy.

W części I – IDW, pkt 21 „Kryteria oceny ofert”, w ppkt 2 zawarte zostały kryteria oceny ofert:

- 1) cena, waga kryterium 80 %,
- 2) termin wykonania, waga 5 %,
- 3) okres gwarancji, waga 5 %,
- 4) koszty serwisu, waga 10 %.

Jednocześnie, w ppkt 6 określającym zasady oceny oferty według kryterium „Koszty serwisu” Zamawiający wskazał, iż przy tej ocenie uwzględni średnie koszty serwisu zgodnie z załącznikiem nr 4 (do oferty), który – w świetle pkt 15 ppkt 3.1) lit.d) SIWZ – wykonawca obowiązany był sporządzić na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do IDW. Zgodnie z tym załącznikiem: nr 4 - „wzór zestawienia kosztów serwisu” wykonawca obowiązany był określić – przyjmując roczny czas pracy rozdrabniacza w wymiarze 1500 godzin, we wskazanym przez siebie okresie udzielonej gwarancji - liczby godzin pracy rozdrabniacza i ceny brutto za przeprowadzenie obowiązkowych przeglądów gwarancyjnych, cyt.: „których maksymalne sumaryczne koszty (obejmujące zgodnie z DTR maszyny wymianę materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych oraz usługi serwisowe wraz

z dojazdem serwisu do ZUOK) obciążą Zamawiającego (...).”, a także do podania sumarycznego kosztu przeglądów gwarancyjnych we wskazanych przez wykonawcę okresie oraz średniego miesięcznego kosztu serwisu w okresie gwarancji.

W par. 8 ust. 7 wzoru umowy Zamawiający określił, iż „Rozdrabniacz podlegać będzie okresowym przeglądom gwarancyjnym zgodnie z harmonogramem określonym przez Wykonawcę w Załączniku nr 4 do SIWZ. Obciążające Zamawiającego koszty tych przeglądów, obejmujące wymianę materiałów eksploatacyjnych, części zamiennych i usług serwisowych wraz z dojazdem serwisu do ZUOK, nie mogą przekroczyć deklarowanych przez Wykonawcę w ww. harmonogramie wartości maksymalnych. Ewentualne koszty transportu rozdrabniacza w celu poddania go przeglądowi gwarancyjnemu obciążają Wykonawcę”.

Skład orzekający Izby ustalił ponadto, że Wykonawca Arcon Serwis Sp. z o.o., zgodnie z treścią pkt 4 ppkt 4 oferty, zaoferował wykonanie zamówienia m.in. na następujących warunkach:

- cena ofertowa (brutto) – 1 451 800,00 zł,
- okres gwarancji – 25 miesięcy,
- średni miesięczny koszt serwisu (brutto) – 317,20 zł.

W „Zestawieniu kosztów serwisu” (s. 7 oferty) Wykonawca ten oświadczył, m.in., że udziela gwarancji na rozdrabniacz na okres 25 miesięcy. Wskazał, iż dokona ogółem 13 przeglądów gwarancyjnych rozdrabniacza: pierwszego - po 50 godzinach pracy rozdrabniacza, a każdego, spośród kolejnych dwunastu przeglądów, po 250 godzinach pracy tej maszyny, każdy za cenę brutto 610,00 zł. Zatem, sumaryczny – wskazany przez tego Wykonawcę – koszt przeglądów gwarancyjnych w okresie 25 miesięcy wynosi 7930,00 zł, a średni miesięczny koszt serwisu w okresie gwarancji wynosi 317,20 zł.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Jako błędne, Izba uznała stanowisko Odwołującego, iż koszt serwisu musi uwzględniać koszty materiałów eksploatacyjnych, które mogłoby uzasadniać twierdzenie Odwołującego, że wskazany w zakwestionowanej ofercie miesięczny koszt serwisu, w wysokości 317,20 zł jest niższy od kosztów wytworzenia i zakupu materiałów, których trzeba będzie użyć podczas wykonywania usługi serwisu. Izba uznała, iż brak jest podstaw do kwestionowania prawdziwości oświadczenia Arcon, iż koszty eksploatacyjne wykonawca ten ujął w cenie dostawy. Takiej

możliwości nie przeczy treść skierowanego do Arcon pisma firmy Doppstadt Calbe GmbH z dnia 12.01.2009 r., zawierającego informację, że maszyny Doppstadt mogą być objęte rozszerzonym pakietem gwarancyjnym, a w ramach zakupionego razem z maszyną rozszerzonego pakietu gwarancyjnego firma ta zapewnia bezpłatną dostawę wszystkich materiałów niezbędnych do eksploatacji maszyny w okresie trwania rozszerzonej gwarancji. W związku z powyższym, Izba uznała za bezprzedmiotowy materiał informacyjny dla potencjalnych klientów przedłożony na rozprawie przez Odwołującego.

Oferowanie materiałów eksploatacyjnych w cenie sprzedaży jest stosowane w obrocie gospodarczym. Powyższe wynika m. in. z katalogów firm Scania, Nissan, BMW przedłożonych na rozprawie przez Arcon, na które powoływała się niniejsza firma na rozprawie. Umowa pakietowa nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, co wynika z zawartej w piśmie z dnia 4 lutego 2003 r. Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów interpretacji przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji udzielonej (Dz. Urz. UOKiK. 2003.1.240). Powyższe potwierdza także orzecznictwo KIO (np.: sygn. akt: KIO/UZP 22/09).

W ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący nie wykazał, że oferta Arcon nie zawiera kosztów materiałów eksploatacyjnych. Za nie udowodniony należy uznać także zarzut, iż z uwagi na odległość pomiędzy siedzibą Wykonawcy, a miejscem świadczenia usługi oraz poziom średniej krajowej płacy serwisantów koszt serwisu w wysokości 317,20 zł nie pokrywa nawet kosztów dojazdu i pracy serwisanta. Realność tych kosztów potwierdza złożona przez Arcon kalkulacja kosztów dojazdu do Zamawiającego i robocizny, z dnia 27 lipca 2009 r., przy uwzględnieniu, że Arcon za każdy przegląd gwarancyjny spośród trzynastu, które przewidział, zaoferował cenę brutto 610 zł.

Wskazać jednocześnie należy, iż Wykonawca Arcon złożył w swojej ofercie, w pkt 4 oświadczenie, iż zapoznał się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia, gwarantuje wykonanie tego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ, jej modyfikacji oraz złożonej oferty, że spełni wszystkie wymagania opisane w Części III SIWZ, której pkt 1 zobowiązuje wykonawcę wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ. Wykonawca Arcon zobowiązał się zatem w sposób jednoznaczny, iż spełni wymóg par. 8 pkt 7 wzoru umowy dotyczący dokonywania okresowych przeglądów gwarancyjnych zgodnie z harmonogramem określonym przez Wykonawcę w załączniku nr 4 do SIWZ, których koszty nie mogą przekroczyć deklarowanych przez Wykonawcę w ww. harmonogramie wartości maksymalnych.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp, w tym art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zarzut bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty Arcon okazał się bezpodstawny wobec nie potwierdzenia się zarzutu, iż Arcon przez złożenie swojej oferty dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1). W szczególności Odwołujący nie wykazał wystąpienia przesłanki określonej w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w tym przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Wskazując na utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 36/07), w świetle którego sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, która to okoliczność – w ocenie Izby – nie została wykazana, konieczne jest nadto wykazanie, iż ewentualna transakcja doprowadzi do eliminacji innych przedsiębiorców.

Niezasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ koszty serwisu stanowią, zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp, inne kryterium oceny ofert, niż cena. Zgodnie zaś z art. 90 ust. 1 Pzp obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczy ceny rażąco niskiej, czyli ceny w rozumieniu SIWZ i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.).

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne i prawne skład orzekający Izby rozpatrując przedmiotowe odwołanie nie stwierdził naruszenia przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp, tj. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 90 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 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 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....