

WYROK

z dnia 27 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2018 roku przez Odwołującego: Linde Gaz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Szpital Bielański im. ks. Jerzego Popiełuszki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie

przy udziale wykonawcy: Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie wynikającym z uwzględnionych zarzutów, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Pozostałe zarzuty odwołania oddać.
3. Kosztami postępowania obciążyć wykonawcę Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Bielański im. ks. Jerzego Popiełuszki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę medycznego tlenu azotu wraz z dzierżawą butli i urządzenia do podaży dla Szpitala Bielańskiego w Warszawie; znak: ZP – 4/2018 (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 kwietnia 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr ZP-40/2018.

I. W dniu 12 czerwca 2018 r. wykonawca Linde Gaz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (Odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej będącej wynikiem przeprowadzonej czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechania wezwania wykonawcy Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej także jako „wykonawca Air Liquide”) do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący postawił następujące zarzuty:

- naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz udzielenie zamówienia Wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;
- badanie, ocenę i uznanie za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Air Liquide, która powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, powyższe stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp;
- badanie, ocenę i uznanie za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Air Liquide, która powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, z uwagi na fakt, że jest ona nieważna na podstawie innych przepisów (w nawiązaniu do ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Dz. U. z 2018 r. poz. 419, zwanej dalej u.z.n.k.), powyższe stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp;

- wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 — 3 oraz w zw. z art. 7 ustawy Pzp;
- zaniechanie wezwania wykonawcy Air Liquide do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w sytuacji, gdy w zaoferowana przez tego Wykonawcę cena usługi transportu butli medycznych (tlenku azotu) jest wyjątkowo niska, powyższe stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenie czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert w Postępowaniu;
- wezwanie do wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny składowej zamówienia - „ceny za transport butli medycznych - tlenek azotu”, w rozumieniu badania oferty, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- odrzucenie w Postępowaniu oferty wykonawcy Air Liquide z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w nawiązaniu do oceny kryterium ofert - cena - podkryterium „cena usługi dostaw gazu” - w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp;
- odrzucenie w Postępowaniu oferty wykonawcy Air Liquide z uwagi na fakt, iż jest ona nieważna na podstawie innych przepisów - w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp (w nawiązaniu do art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k.);
- dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu bez uwzględniania oferty wykonawcy Air Liquide, która zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oraz jest nieważna na podstawie innych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt. 3, 4 i 8 ustawy Pzp);
- i w konsekwencji - uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

W Postępowaniu podczas badania zgodności treści oferty Zamawiający dokonał wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawcy Air Liquide w odniesieniu do formularza specyfikacji cenowej (załącznik nr 1 do formularza oferty) poz. 4, na zasadzie określonej w art. 89 ust. 1 pkt. 3, 4 i 8 ustawy Pzp,

pomimo tego, że treść tejże oferty zawiera rażąco niską cenę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Na podstawie treści formularza specyfikacji cenowej wykonawcy Air Liquide należy stwierdzić, iż wykonawca Air Liquide zaoferował usługę transportu butli medycznych (transport tlenu azotu) z ceną znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów świadczeń, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Oferta na poziomie 1,00 PLN za opisaną usługę transportu butli z tlenkiem azotu jest ceną nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania.

Oczywiście całość oferty wykonawcy Air Liquide pewnie prowadzi na uzyskanie zysku i nie powoduje strat przy wykonaniu zamówienia, ale składowa cena kwestionowanej oferty jest z pewnością ceną „rażąco niską” i winna podlegać szczegółowemu badaniu Zamawiającego, co wyraźnie wskazuje Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od wyników badania oferty wykonawcy Air Liquide pod względem pojęcia rażąco niskiej w ramach pozycji 4 formularza specyfikacji cenowej, należy stwierdzić, iż jest ona zaniżona względem jej rzeczywistych kosztów wytworzenia, co powoduje, iż podlega ona odrzuceniu w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp - zawiera rażąco niską cenę.

Wykonawca Air Liquide w swojej ofercie w formularzu specyfikacji cenowej w cenie podlegającej ocenie w kategorii cena, podkryterium cena usługi dostawy gazu, zaoferował cenę -1,00 PLN za jeden transport butli medycznego tlenu azotu.

Zamawiający oczekiwał w trakcie dwudziestoczwemiesięcznego terminu realizacji 16 transportów wyspecyfikowanych butli z medycznym tlenkiem azotu, co daje w przewidywaniach Zamawiającego zaledwie 1 butlę na półtora miesiąca trwania umowy. Dowodzi to niezbicie, że zaoferowana cena za transport tlenu azotu w ofercie wykonawcy Air Liquide nie mogła być wynikiem oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, czy innych czynników wymienionych w katalogu z art. 90 ust. 1 pkt. 1-5 ustawy PZP. Dodatkowo należy wspomnieć, iż wykonawca Air Liquide w chwili obecnej nie realizuje żadnych dostaw w ramach umowy o udzielenie zamówienia publicznego w placówce Zamawiającego na asortyment będący w jej ofercie, co jest kolejnym dowodem podważającym możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie transportu oferowanego tlenu azotu, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Reasumując, wykonawca Air Liquide nie może próbować udowodnić, iż jest w stanie zaoferować tak zaniżoną cenę za usługę transportu butli tlenu azotu w wyniku połączenia jej z transportem innych gazów medycznych i/lub technicznych do placówki

Zamawiającego. Nawet jeżeli by tak było, to oczywistym jest fakt, iż Zamawiający nie może specjalnie dostosowywać się pod warunki dostawcy (w tym celowo zaniżoną cenę usługi) i celowo, nawet ze szkodą dla samego siebie korelować zamówień na dostawy tlenu azotu z zamówieniami na inny asortyment.

Zaoferowana cena dla pozycji „transport tlenu azotu” w ofercie wykonawcy Air Liquide stanowiła ok. 0,1% całości złożonej oferty, a w ocenie kryteriów, jakimi Zamawiający kierował się przy ocenie ofert, nadano jej 5% całości oceny, jaką mogli uzyskać wykonawcy w ogólnej ocenie ofert. Dowodzi to niezbicie, iż nie dość że oferta firmy Air Liquide jest dla tej pozycji składowej zamówienia rażąco niska, to stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 8 ustawy Pzp

Na potwierdzenie faktu, iż oferta wykonawcy Air Liquide podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3, będzie wycena w pozycji 4 formularza specyfikacji cenowej (transport tlenu azotu). Nie odzwierciedla ona nakładu pracy i materiałów, trwania tych etapów i właściwych im ryzyk, nawet jeśli cena końcowa nie nosiła znamion rażąco niskiej. W orzecznictwie podkreślono przy tym, że ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację, narusza dobre obyczaje kupieckie. To z kolei potwierdza, iż oferta wykonawcy Air Liquide winna podlegać odrzuceniu jako czyn nieuczciwej konkurencji w ramach art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna, ma na celu niezaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną czy jakością - lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla Zamawiającego, jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy (w tym przypadku Odwołujący), którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerową liczbę punktów. W tej sytuacji opisane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca Air Liquide, który nie oferuje Zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. Wartość oferty wybranej Air Liquide - 179 615,88 PLN, Odwołującego - 162 140,40 PLN. Powstała patologia wynikająca z zaistniałej sytuacji odzwierciedla jeszcze bardziej porównanie cen samego gazu, stanowiącego główny przedmiot zamówienia oraz kosztów dzierżawy urządzenia do podawania medycznego

tlenku azotu, w ofertach dwóch badanych oferentów - wybrana oferta wykonawcy Air Liquide - 177 984,00 PLN i oferta Odwołującego -159 408,00 PLN.

Dowodem potwierdzającym, iż oferta wykonawcy Air Liquide stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jest zaoferowanie ceny jednostkowej za dostawę tlenu azotu w sposób nieoddający jej ceny rynkowej oraz rynkowej i realnej wartości, w szczególności że wpłynęła ona na wybór oferty (stanowiła element kryterium oceny ofert). Tego rodzaju „inżynieria cenowa” musi być w konkretnych okolicznościach rozpatrywana przez pryzmat czynu nieuczciwej konkurencji - jako działanie na szkodę klienta (Zamawiającego) lub innych wykonawców, w tym przypadku Odwołującego W tej mierze wskazuje się, że w świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający, dokonując oceny oferty wykonawcy Air Liquide, miał obowiązek zbadać, czy jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powołując się na treść art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Odwołujący wskazał, że działanie wykonawcy nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy. Jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. należy potraktować działania wykonawcy Air Liquide w zakresie zaoferowania transportu butli z tlenkiem azotu, mające na [celu] manipulowanie ceną, będącą odrębnym podkryterium oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji.

Powołując się na treść art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k. Odwołujący wskazał, że eliminacja innego przedsiębiorcy, w tym przypadku Odwołującego, miała charakter pośredni, polegający na zmniejszeniu do wartości niemalże zerowej jej oceny w podkryterium cenowym - Cena usługi dostaw gazu - 5% - 0,57 pkt, przy 5 pkt uzyskanych przez ofertę wykonawcy Air Liquide. Zdecydowało to o niekorzystnym bilansie w ostatecznej ocenie złożonych ofert (o 1,69 pkt) i nie uzyskaniu przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia, wskutek zaoferowania przez wykonawcę Air Liquide ceny usługi poniżej kosztów ich wytworzenia, pomimo iż cena głównych składowych zamówienia - tlenu azotu oraz dzierżawy urządzenia do jego podaży była korzystniejsza w ofercie Odwołującej o ponad 10%. W zaistniałych okolicznościach możemy mówić o sprzedaży poniżej kosztów świadczenia, ponieważ sprzedaż usługi transportu gazu nastąpiła poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu. Oczywiście zatem wydaje się, iż do transakcji, w tym przypadku zaoferowania ceny usługi w oderwaniu od realiów rynkowych, doszło wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji oraz eliminacji Odwołującego z możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W odniesieniu do popełnionego czynu nieuczciwej konkurencji, co przejawia się zaoferowaniem przez wykonawcę Air Liquide ceny 1,00 PLN za usługę transportu tlenu azotu, należy stwierdzić z pełną stanowczością, że oferowanie usług poniżej kosztów

własnych musiało być umyślnym działaniem. Użyte w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. sformułowanie „w celu” potwierdza, że czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez wykonawcę Air Liquide w przedmiotowym postępowaniu został popełniony świadomie i z winy umyślnej. Zaniżenia ceny przez wykonawcę Air Liquide w pozycji podlegającej ocenie w podkryterium cenowym: Cena usługi dostaw gazu dokonano celowo i z zamiarem wyeliminowania Odwołującego od możliwości uzyskania zamówienia, co czyni ofertę wykonawcy Air Liquide nieważną na podstawie odrębnych przepisów (u.z.n.k) - w zgodzie z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący złożył formularz cenowy wykonawcy Air Liquide z postępowania przetargowego na dostawę gazów medycznych i technicznych w butlach dla Szpitala Bielańskiego w Warszawie ZP-49/2017. W ówczesnym postępowaniu wykonawca Air Liquide za transport butli z tlenem medycznym zaoferował cenę 460,00 PLN za jeden transport !!!, jednak wówczas ta pozycja asortymentowa (30 kursów) nie stanowiła dodatkowego kryterium oceny ofert i nie było konieczności złożenia oferty z ceną znacznie odbiegającą od cen rynkowych, w celu wyeliminowania któregoś z potencjalnych wykonawców.

Z ostrożności, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonawcy Air Liquide do udzielenia wyjaśnień dotyczących prawidłowości zastosowania ceny jednostkowej w odniesieniu do usługi transportu tlenu azotu, a co za tym idzie w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

II. W dniu 21 czerwca 2018 r. Odwołujący wniósł pismo stanowiące odpowiedź na odwołanie, zawierające oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

III. W dniu 18 czerwca 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie. W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Na posiedzeniu przed Izbą w dniu 25 czerwca 2018 r. wykonawca Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłosił sprzeciw wobec czynności Zamawiającego polegającej na uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk

stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dokumentację Postępowania oraz dodatkowe dokumenty załączone przez Odwołującego do odwołania (formularz specyfikacji cenowej Przystępującego w postępowaniu ZP-49/2017) oraz złożone na rozprawie (SIWZ oraz formularz oferty Przystępującego w postępowaniu NZZ/34/D/18, cenniki na usługi transportowe JET – PROVIDE oraz DHL, wyciągi z ofert Przystępującego w innych postępowaniach – 3 egz.) oraz załączone przez Przystępującego do pisma stanowiącego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego (formularze asortymentowo – cenowe Odwołującego w postępowaniu ZP.2200-S/18 – dwa na jednej karcie, formularz specyfikacji cenowej Przystępującego w postępowaniu ZP-49/2017).

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba w szczególności ustaliła, co następuje:

W Rozdziale XIV SIWZ Zamawiający zawarł następujący opis kryteriów, którymi miał się kierować przy wyborze oferty (wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert):

„Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach:

a) cena - 90 %.

w kryterium uwzględniono następujące podkryteria an:

a1) cena gazu medycznego: - 65%;

a2) cena dzierżawy butli: - 5%;

a3) cena dzierżawy urządzenia: - 10%;

- a4) cena usługi dostaw gazu: - 5%;
- a5) cena zestawów jednorazowych: - 5%.
- b) parametry techniczne - 10%.”

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ Zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób następujący (tabela o następującej treści):

Lp/określenie przedmiotu zamówienia/jednostka miary/ilość:

*1/Medyczny tlenek azotu wraz z dostawą./g (gram) NO¹/21 (+/- 1%) **

2/Dzierżawa butli z tlenkiem azotu. (średnio 3 butle na dobę, tj.3(2*365))/butla/doba/2 190*

3/Dzierżawa 1 urządzenia do podaży tlenu azotu kompatybilnego z butlami z poz. 2./miesiąc/24

*4/Transport tlenu azotu/Transport (szt.)/..... **)*

5/Zestaw jednorazowy do podłączenia urządzenia do podaży tlenu azotu do respiratora/zest./20

Ponadto, w Opisie Przedmiotu Zamówienia Zamawiający przewidział dostawę tlenu azotu w ciągu 1 dnia roboczego przy złożeniu zamówienia do godziny 12:00.

W formularzu specyfikacji cenowej (załączniku nr 1 do formularza oferty, zawierającym tabelę) Zamawiający określił pozycję 4 w następujący sposób:

*Lp/kreślenie przedmiotu zamówienia /nr kat. *)/Producent/jednostka miary/ilość/Cena jednostkowa netto [zł]/Wartość netto [zł]/VAT [%]/VAT [zł]/Wartość brutto [zł]*

4/Transport tlenu azotu/.../Transport (szt.)/.../.../.../.../.../...

Ww. pozycja formularza cenowego została przez wykonawcę Air Liquide wypełniona w następujący sposób:

*Lp/kreślenie przedmiotu zamówienia /nr kat. *)/Producent/jednostka miary/ilość/Cena jednostkowa netto [zł]/Wartość netto [zł]/VAT [%]/VAT [zł]/Wartość brutto [zł]*

4/Transport tlenu azotu/Transport butli medycznych/Transport (szt.)/16/1,00/16,00/8%/1,28/17,28

Zgodnie z § 1 ust. 4 wzoru umowy gazy medyczne dostarczane są do siedziby Zamawiającego, w butlach, zgodnie ze złożonym zamówieniem, w terminie nie później niż 24 godziny od złożenia zamówienia. Dostawa będzie się odbywać transportem Wykonawcy, na jego ryzyko i koszt.

Przed upływem terminu składania ofert zostały złożone oferty przez dwóch wykonawców: przez Odwołującego oraz przez wykonawcę Air Liquide (Przystępującego).

Pismem z dnia 7 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Air Liquide (Przystępującego).

Punktacja przyznana poszczególnym wykonawcom, w tym w ramach podkryterium a4 [cena usługi dostaw gazu]:

- wykonawca Air Liquide (Przystępujący) – 89,76 pkt, w tym a4 – 5 pkt;
- Odwołujący – 88,07 pkt, w tym a4 – 0,57 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419). Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2786/15).

W myśl 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.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r. KIO 2091/16: „Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie [art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji], wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych

warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.”

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak np. w wyrokach Izby: z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17; z dnia 18 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 7/13; z dnia 14 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/18; z dnia 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/18; z dnia 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 640/11). Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Kontrola UZP nr UZP/DKD/KND/14/13).

Ponadto, wymaga zauważenia, iż na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego mające znaczenie w kontekście zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (twierdzenie, iż koszt transportu butli z tlenkiem azotu z miejscowości, w której znajduje się hurtownia Przystępującego (wykonawcy Air Liquide) do

siedziby Zamawiającego jest wyższy niż 1,00 zł) zostały przez Odwołującego udowodnione (na rozprawie przed Izbą Odwołujący złożył dowody w postaci cenników usług transportowych). Niezależnie od powyższego, okoliczność nierealnego charakteru zaoferowanej przez Przystępującego ceny dostawy tlenu azotu wynika już z samej odległości od hurtowni Przystępującego (znajdującej się w Dąbrowie Górniczej – okoliczność, której Przystępujący nie zaprzeczył) do siedziby Zamawiającego (Warszawa), tj. ok. 300 km, przy uwzględnieniu podstawowej wiedzy, jaką posiada każdy, nie tylko profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego, jakim jest wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze powyższe należało uznać, iż zaoferowana cena 1 zł za transport butli z tlenkiem azotu z Dąbrowy Górniczej do Warszawy była nierealna oraz poniżej kosztów realizacji tej usługi, a okoliczność przeciwna winna zostać przez Przystępującego udowodniona, zgodnie z obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym regułami dowodowymi.

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący nie udowodnił żadnego twierdzenia, które wskazywał jako uzasadnienie przyjęcia zaoferowanej ceny dostawy tlenu azotu. Odnosząc się do wskazywanej przez Przystępującego możliwości korzystania z łańcucha dostaw należy zauważyć, iż Przystępujący w żaden sposób nie udowodnił tego, iż transport medyczny z jego hurtowni w Dąbrowie Górniczej do Warszawy, czy chociażby na teren województwa mazowieckiego odbywa się – jak twierdził - codziennie. Twierdzenia Przystępującego w tym zakresie były zatem gołosłowne. Jak natomiast wynika z wypowiedzi Przystępującego na rozprawie istniała możliwość złożenia takiego dowodu (np. miesięczne zestawienie – protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 25 czerwca 2018 r., str. 7). Dodatkowo Izba wskazuje, że nawet w przypadku, gdyby Przystępujący posiadał możliwość skorzystania z łańcucha dostaw w takim zakresie jak twierdził na rozprawie (tj. z uwagi na to, że transport medyczny odbywa się każdego dnia – w odniesieniu do każdej butli z tlenkiem azotu), to i tak nie oznaczałoby to, że koszt transportu na potrzeby zamówienia objętego Postępowaniem byłby zerowy, albowiem w takim przypadku rozkładałby się na kilka zamówień (umów). Okoliczność przyszłej hurtowni Przystępującego na terenie Warszawy również nie została w żaden sposób udowodniona. Twierdzenia Przystępującego w tym zakresie Izba uznała za mało wiarygodne. Po pierwsze, okoliczność ta – w kontekście niniejszego postępowania niezwykle istotna – w ogóle nie została wskazana w treści obszernego pisma stanowiącego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a na rozprawie została ona jedynie nadmieniona na zakończenie przedstawiania stanowiska ustnego przez Przystępującego (protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 25 czerwca 2018 r., str. 6). Po drugie, skoro otwarcie hurtowni ma nastąpić – zgodnie z twierdzeniem Przystępującego – w tak nieodległym terminie (1,5 miesiąca), to przedstawienie dowodu w tym zakresie nie

powinno nastroić jakichkolwiek problemów. Przystępujący nie przedstawił jednak żadnego dowodu na potwierdzenie ww. okoliczności.

Uwzględniając zatem wartość ceny zaoferowanej przez Przystępującego w ramach jednego z kryteriów oceny ofert, którą należało ocenić jako nierealną, oraz brak przedstawienia przez Przystępującego jakichkolwiek dowodów potwierdzających okoliczność przeciwną, Izba uznała, iż działanie Przystępującego polegające na zaoferowaniu w ramach ww. kryterium ceny dostawy tlenu azotu w wysokości 1 zł spowodowane było wyłącznie dążeniem do sztucznego zawyżenia punktacji przyznanej ofercie. To wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż zmierzało do zaburzenia wyników oceny ofert i zapewnienia Przystępującemu (wykonawcy Air Liquide) pierwszej pozycji z naruszeniem zasad tzw. uczciwości kupieckiej, odwołujących się do rzetelnych zasad postępowania i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym [sprzeczność z dobrymi obyczajami], w konsekwencji naruszając interes innego wykonawcy biorącego udział w Postępowaniu, jak i Zamawiającego [naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta].

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp za zasadny i w konsekwencji nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie wynikającym z uwzględnionych zarzutów, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym miejscu wymaga również dodania, iż zauważone sprzeczności w SIWZ Izba oceniła jako nie mające istotnego znaczenia w kontekście rozpoznania podniesionych w odwołaniu zarzutów. Jakkolwiek Zamawiający nie zastosował tożsamej terminologii w odniesieniu do podkryterium oceny ofert oznaczonego jak a4, to jednak – jak wynika ze stanowisk prezentowanych przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie oraz przez Przystępującego w treści pisma stanowiącego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego (str. 7) – przez wszystkich wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu, podkryterium to było rozumiane w ten sam sposób, tj. jako cena (koszt) transportu butli z tlenkiem azotu samochodem (ewentualnie innym środkiem transportu). Również rozbieżność pomiędzy terminem dostawy tlenu azotu wskazanym w OPZ (odwołującym się do dni roboczych) a terminem określonym we wzorze umowy (odwołującym się do dni, bez wskazania, że chodzi o dni robocze) nie miała znaczenia dla rozpoznania odwołania. W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należało uznać za zasadny bez względu na to, który z ww. terminów należałoby uznać za wiążący, tj. także przy przyjęciu bardziej korzystnego dla Przystępującego terminu wynikającego z postanowień OPZ.

Izba uznała, iż potwierdził się również zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma miejsce w sytuacji, w której z uwagi na zaistnienie okoliczności o obiektywnym charakterze Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do zaoferowanej ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych i w związku z tym powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień, jednakże wszczęcia takiego postępowania wyjaśniającego zaniechał. W niniejszej sprawie taką obiektywną okolicznością jest zaoferowanie ceny dostawy tlenu azotu, której wysokość, nawet bez pogłębionej analizy, powinna budzić wątpliwości Zamawiającego. Jakkolwiek ww. składnik cenowy stanowi niewielki procent całkowitej ceny zamówienia, to jednak należy go zakwalifikować na gruncie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako istotną część składkową ceny z uwagi na ustanowienie go jednym z podkryteriów oceny ofert. Mając zatem na uwadze powyższe, w ocenie Izby zachodziła podstawa do wezwania Przystępującego do wyjaśnień w ww. zakresie.

Wobec jednak uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i w związku z tym nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego, nakazanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stało się zbędne.

Konsekwencją naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp było naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 tejże ustawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie został przez Izbę uwzględniony. Jak bowiem wynika z przepisów ustawy Pzp (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp możliwe jest dopiero w przypadku uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, wszczętego przez zamawiającego na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 albo art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Ponadto Izba zauważa, iż w treści odwołania kilkakrotnie Odwołujący przeczył zasadności postawionego zarzutu stwierdzając, iż wprawdzie cena dostawy tlenu azotu jest zaniżona, to jednak całkowita cena oferty Przystępującego prawdopodobnie nie jest rażąco niska.

Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie potwierdził się. Zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy na ww. podstawie, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący nie wskazał żadnych przepisów, na mocy których ofertę Przystępującego należałoby uznać za ofertą nieważną. Takiej bowiem sankcji nie przewidują przywołane przez Odwołującego przepisy art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do wskazanego zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp należy stwierdzić, iż mając na uwadze okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu Odwołujący de facto zarzutu naruszenia tego przepisu nie podnosił. Zgodnie bowiem z ww. regulacją Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem Odwołujący nie kwestionował samego zastosowania przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: