

WYROK

z dnia 21 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2019 r. przez wykonawcę **Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Rolniczy im. Hugona Kołłątaja w Krakowie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Uniwersytetowi Rolniczemu im. Hugona Kołłątaja w Krakowie** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** i dokonanie ponownej oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Rolniczy im. Hugona Kołłątaja w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Uniwersytetu Rolniczego im. Hugona Kołłątaja w Krakowie** na rzecz wykonawcy **Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Krakowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Rolniczy im. Hugona Kołłątaja w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących dla Uniwersytetu Rolniczego im. Hugona Kołłątaja w Krakowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 maja 2019 roku wykonawca Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu,
2. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wyjaśnienia przyczyn odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) ponownej oceny ofert;
- 2) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 30 kwietnia 2019r. o godzinie 14:58 został poinformowany drogą elektroniczną, o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku prawidłowego zbadania treści oferty, oferta odwołującego się zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie odwołującego, decyzja zamawiającego o wyborze oferty jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w rozdziale 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) określił „Kryteria oceny ofert”. W podrozdziale 15.1. zamawiający zastrzegł, że:

Spośród ofert niepodlegających odrzucenia i złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu w danym etapie badania, zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą kierując się kryterium:

Kryterium cena ~ znaczenie procentowe kryterium 60% - maksymalna ilość punktów, jakie może otrzymać oferta za dane kryterium 60

Kryterium jakości - ilość materiałów eksploatacyjnych oryginalnych dla urządzeń oznaczonych w załączniku nr 2 innym kolorem niż biały - znaczenie procentowe, kryterium 40% - maksymalna ilość punktów jakie może otrzymać oferta za dane kryterium 40.

Zasady oceny za kryterium „Cena” — C

- podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem innym niż biały”

$C_k = C_{kofmin} / C_{kojbad} \times 50$ gdzie:

C_k - ilość punktów, jakie otrzyma oferta za kryterium „Cena” - podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem innym niż biały”

C_{kofmin} - najniższa cena materiałów zaznaczonych kolorem inny niż biały spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu w danym etapie badania i oceny ofert

C_{kojbad} - cena materiałów zaznaczonych kolorem innym niż biały oferty badanej. Wykonawca w typ podkryterium otrzyma maksymalnie 50 pkt

- podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem białym”

$C_b = C_{bofmin} / C_{bofbad} \times 10$ gdzie:

C_b - ilość punktów, jakie otrzyma oferta za kryterium „Cena” ~ podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem białym”

C_{bofmin} — najniższa cena materiałów zaznaczonych kolorem białym spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu w danym etapie badania i oceny ofert

C_{bojbad} — cena materiałów zaznaczonych kolorem białym oferty badanej. Wykonawca w typ podkryterium otrzyma maksymalnie 10 pkt

Łączna ilość punktów w kryterium „Cena ”

$C = C_k + C_b$ Gdzie:

C - ilość punktów w kryterium „Cena”

C_k - ilość punktów, jakie otrzyma oferta za kryterium „Cena” podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem innym niż biały ”

C_b - ilość punktów, jakie otrzyma oferta za kryterium „Cena ” podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem białym ”

Zasady oceny za kryterium „Jakość” — ilość materiałów eksploatacyjnych oryginalnych dla urządzeń oznaczonych w załączniku nr 2 innym kolorem niż biały - O Punkty za kryterium „Jakość ” zostaną obliczone w następujący sposób:

$O = \frac{O_{ofbad}}{O_{ofnaj}} \times 40$ Gdzie:

O - ilość punktów, jakie otrzyma oferta w kryterium „Jakość ”

O_{ofbad} - ilość materiałów eksploatacyjnych oryginalnych dla urządzeń oznaczonych w załączniku nr 2 innym kolorem niż biały badanej oferty

O_{ofmax} — najwyższa ilość materiałów eksploatacyjnych oryginalnych dla urządzeń oznaczonych w załączniku nr 2 innym kolorem niż biały, ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu w danym etapie badania i oceny ofert

Zamawiający przez materiał eksploatacyjny oryginalny - rozumie oryginalny materiał eksploatacyjny (toner, żel, atrament, bęben itp.) przewidziany przez producenta do danego modelu urządzenia drukującego, posiadający oryginalne opakowania z zabezpieczeniami stosowanymi dla danego producenta (np. hologramy).

Ilość urządzeń oznaczonych kolorem innym niż biały w załączniku nr 2 to 238 szt. Maksymalna ilość oryginalnych materiałów eksploatacyjnych dla urządzeń oznaczonych kolorem innym niż biały wynosi 238 szt.

Ilość punktów, jaką uzyska oferta będzie stanowić końcową ocenę danej oferty i zostanie obliczona według wzoru:

$K = G + O$ Gdzie:

K- całkowita liczba punktów uzyskana przez badaną ofertę C - liczba punktów przyznana w kryterium „Cena ”

O - liczba punktów przyznana w kryterium „ Jakość ”

Odwołujący stwierdził, że zaoferował wykonanie przedmiotowego zamówienia za łączną cenę brutto 598.270,65 zł. Cena materiałów - kolor inny niż biały opiewała na kwotę 260.119,05 zł. Cena materiałów - kolor biały wynosiła 338.151,60 zł. W kryterium „Jakość” zaoferował 190 sztuk.

Odwołujący podniósł, że istotnym jest, że zamawiający w s.i.w.z. w rozdziale 4 wskazał, że w zakres usług świadczonych w ramach dostawy materiałów eksploatacyjnych wchodzi: dostawa, transport, wymiana materiałów eksploatacyjnych i utylizacja zużytych podzespołów. Dalej w projekcie umowy w § 1 ust. 17 wskazał szczegółowe wytyczne odnośnie opakowań dostarczanych materiałów eksploatacyjnych. Z umowy wynikają także obowiązki wynikające z gwarancji i rękojmi (§ 6 projektu umowy). Nie bez znaczenia jest również, że zamawiający wymaga zrealizowania umowy do 25 miejsc dostaw. Wziął także pod uwagę ewentualne kary umowne, które może ponieść w toku realizacji osiemnastomiesięcznej umowy (przy czym standardowo umowy na dostawy materiałów eksploatacyjnych wynoszą jedynie 12 miesięcy). Fakt ten nie mógł pozostać bez znaczenia dla określenia cen jednostkowych materiałów eksploatacyjnych, gdyż ceny te stale wzrastają. Wszystkie te czynniki należy postrzegać jako cenotwórcze. Nie zaproponował wykonania zamówienia za niską cenę, ujmowaną w kategorii „rażąco niskiej ceny”. Przede wszystkim głównym czynnikiem cenotwórczym jest jakość oferowanych przez niego materiałów eksploatacyjnych, których proces produkcji przebiega zgodnie z normami ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 oraz OHSAS 18001:2007. Wziął także pod uwagę rozwiązania prawne przewidziane w znowelizowanej ustawie o odpadach z dnia 15 marca 2019r. (Dz. U. z 2019r. poz. 701). W wyniku tej zmiany przewidziany został kilku lub kilkunastokrotny wzrost stawki za zutylizowanie 1 kg odpadu w postaci zużytych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących. Jako przedsiębiorca funkcjonujący na rynku od 2007r. ma prawo swobodnie kształtować ceny, oferowane za nasze dostawy.

2. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie wyjaśnienia przyczyn odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego powołał art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 22018r. poz. 419 ze zm.) i skonstatował, że w s.i.w.z. określił kryteria oceny ofert; wskazał, że jednym z kryteriów była cena podzielona na dwa podkryteria tj. cena brutto za materiały zaznaczone kolorem białym i cena brutto za materiały oznaczone kolorem innym niż biały. Dalej podał, że odwołujący złożył ofertę, w której, w celu uzyskania największej ilości punktów, zastosował manipulację cenową poprzez ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek rynkowych realiów cenowych.

Zamawiający uznał, że takie działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes Zamawiającego.

W ocenie odwołującego, z zawartą w informacji o wyborze ofert lakoniczną argumentacją zamawiającego nie sposób się zgodzić, zwłaszcza że precyzując zarzut w oparciu o art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, winien wskazać, na czym konkretnie polegał czyn, którego rzekomo miał dopuścić się odwołujący. Niezrozumiałym są zarzuty zamawiającego o „manipulacji” dokonanej przez odwołującego. Zamawiający nie sprecyzował, na czym rzekomo miałyby polegać naruszenie dobrych obyczajów, oraz jakim konkretnie zachowaniem odwołujący miałby naruszyć interesy zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że zarzuty te są tym bardziej zadziwiające, że cena zaoferowana przez odwołującego nie odbiega znacząco od cen pozostałych wykonawców, zwłaszcza w świetle ilości zaoferowanych materiałów eksploatacyjnych oryginalnych. Podkreśla, że złożona przez niego oferta jest zgodna z kwotą, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 652/15, z którego wynika, że: „To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wyjaśnienia przyczyn, które zdecydowały o odrzuceniu oferty, czy też wykluczeniu wykonawcy z postępowania. To Zamawiający, a nie wykonawcy podejmują czynności w postępowaniu, a zatem nie można przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za uchybienia leżące po stronie Zamawiającego. Nie można dopuścić do sytuacji, w której czynności Zamawiającego, w szczególności istotna dla wyniku postępowania, pozostawałaby poza obiektywną kontrolą wykonawców oraz kontrolą instancyjną, do czego prowadził w badanej sprawie brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty najtańszej. Od wyników jej oceny uzależnione było ustalenie wyniku postępowania, a zatem bez poznania w sposób określony w ustawie przyczyn odrzucenia oferty, czynność jej oceny nie mogła być utrzymana jako wiążąca.”

Odwołujący stwierdził, że zamawiający, odrzucając jego ofertę, winien szczegółowo przytoczyć w swoim uzasadnieniu okoliczności faktyczne, które zaważyły o odrzuceniu tej oferty. Brak należytego sporządzenia uzasadnienia faktycznego uniemożliwia prawidłową kontrolę tego rozstrzygnięcia. Działanie, a właściwie zaniechanie zamawiającego spowodowało, że odwołujący nie jest w stanie ocenić dlaczego jego oferta została odrzucona. Zamawiający nie dopełnił swoich obowiązków jako gospodarz postępowania i nie wyjaśnił, dlaczego odrzucił ofertę wykonawcy. Pomimo tego, iż ciążył na nim taki obowiązek.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 maja 2019 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający stwierdził, że postępowanie zostało przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również z poszanowaniem zasady proporcjonalności i przejrzystości, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, jak również określając kryteria oceny ofert, uwzględnił swoje uzasadnione i obiektywne potrzeby, zważając jednak na to, że prawo to nie może być wyrażone w sposób, który prowadziłby do naruszenia uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, utrudniając konkurencję na rynku. W ocenie zamawiającego warunek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców został spełniony, od momentu wszczęcia postępowania, aż do chwili wyboru najkorzystniejszej oferty, m.in. poprzez rzetelną i bezstronną ocenę ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Na żadnym z etapów postępowania zamawiający nie uprzywilejowywał któregoś z wykonawców.

Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu określił kryteria oceny ofert: „Cena” (60%) oraz „Jakość” (40%) Dodatkowo kryterium ceny podzielił na dwa dalsze podkryteria: „Cena materiałów zaznaczonych kolorem innym niż biały” oraz „Cena materiałów zaznaczonych kolorem białym”. W pkt 15 s.i.w.z. zamieszczonej na stronie zamawiającego w dniu 19.02.2019 r. pod adresem: <https://dzp.urk.edu.pl/indeWsite/4291>, zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy P.z.p., zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Zamawiający podniósł, że sposób opisu i doboru kryteriów podyktowany był rezultatami wcześniej prowadzonych postępowań przez zamawiającego o tożsamym przedmiocie zamówienia, których wyniki niestety uniemożliwiały skuteczne zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający uwzględnił doświadczenia zdobyte dzięki przeprowadzeniu ww. wcześniejszych postępowań, w szczególności w zakresie algorytmu oceny, który to został ukształtowany w nowej formule. W postępowaniu bezpośrednio poprzedzającym postępowanie, którego dotyczy procedura odwoławcza, tj. procedurze o numerze DZP-291-25312019 odwołujący również partycypował. Zamawiający kształtował kryteria oceny ofert zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 3 ustawy P.z.p., nie dotyczą więc one właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej technicznej lub finansowej.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego, dotyczącym naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., uważając go za bezzasadny. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej z naruszeniem tego przepisu mielibyśmy do czynienia w sytuacji, gdyby zamawiający określił wymagania albo kryteria dotyczące przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ich spełnienie byłoby uzależnione od woli innego podmiotu a nie od czynników obiektywnych, co stawiałoby zarazem któregoś z wykonawców w uprzywilejowanej pozycji w

stosunku do pozostałych, a jednocześnie ograniczałoby możliwość uzyskania zamówienia przez innych wykonawców.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w toku czynności sprawdzających nie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, albowiem globalna ocena oferty wskazywała na zastosowanie przez odwołującego w jego ofercie mechanizmu manipulacji cenowej i to finalnie ta właśnie okoliczność stała się powodem odrzucenia oferty.

W ocenie zamawiającego ceny w niektórych pozycjach oferty odwołującego zostały w istotny sposób zaniżone (np. cena materiału eksploatacyjnego do urządzenia RICOH SG3100SNW to zaledwie 26,81 zł), co określa Załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie - Zestawienie cen nierynkowych materiałów eksploatacyjnych oznaczonych kolorem inny niż biały - to bez znaczenia dla decyzji zamawiającego pozostaje, czy były one rażąco niskie, Wykonawca nadał im bowiem charakter cen nierynkowych celowo. Widoczne to jest w szczególności w zestawieniu cen jednostkowych z pozycjami, w których ceny jednostkowe mają również charakter nierynkowy, tyle tylko, że dla przeciwwagi zostały one w znaczny sposób zawyżone, co określa Załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie „Zestawienie cen nierynkowych materiałów eksploatacyjnych zaznaczonych kolorem białym”.

Zamawiający podniósł, że – dostrzegając tę niebagatelną wadliwość oferty odwołującego – zamawiający zdekodował w niej niezastługujący na ochronę mechanizm polegający na zamierzonej manipulacji cenowej, nieuzasadnionej żadnymi obiektywnymi czynnikami, mającej na celu wyłącznie doprowadzenie do korzystnego bilansu cenowego całościowo ocenianej oferty, a przez to będącej w sposób oczywisty czynem nieuczciwej konkurencji, czemu Zamawiający dał wyraz formalny w treści rozstrzygnięcia postępowania, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty w oparciu o art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy P.z.p. Tym samym treść odwołania, zaś w szczególności wywody odwołującego dotyczące wyjaśnień w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny wobec jego oferty wydają się być całkowicie bezprzedmiotowe,

Zamawiający wskazał, iż nie zarzucił odwołującemu, iż jego cena jest rażąco niska, lecz że dokonał on zamierzonej manipulacji cenowej poprzez ustalenie cen jednostkowych w ofercie na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek rynkowych realiów; stosując umyślnie tak skonstruowany model tychże cen, który w rezultacie miał doprowadzić do stworzenia oferty wygrywającej postępowanie, pozornie najkorzystniejszej, jednak efekt ten odwołujący wywołał w ocenie zamawiającego czynem o charakterze oczywiście nielegalnym, tj. czynem nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zaznaczył, że konstrukcja zarzutu odwołującego podana w odwołaniu poprzez wskazanie koniunkcyjnego naruszenia przepisu art. 7 ust 1 ustawy P.z.p. i art. 89 ust

1 pkt 3, wskazuje na niezrozumienie przez odwołującego w szczególności hipotezy ostatniego z wymienionych przepisów, albowiem zamawiającego nie można uznać za przedsiębiorcę konkurującego z wykonawcami, jak również wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie można uznać za klientów Zamawiającego w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.12.2012 r. (sygn. akt 2589/12)

Zamawiający podniósł, że zgodnie z treścią odwołania kolejny zarzut skierowany wobec zamawiającego dotyczy naruszenia art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Zarzut ten w swej istocie jest chybiony, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców, w tym również odwołujący, nie został przez zamawiającego wykluczony z postępowania.

Uznając ten zapis odwołania za omyłkę pisarską, w dalszej części odwołania wykonawca odnosi się bowiem do odrzucenia oferty, kwestionując zaniechanie wyjaśnienia przyczyn tej decyzji zamawiającego, z zarzutem tym zamawiający również nie zgodził się w całości.

Zamawiający wskazał, że w rozstrzygnięciu postępowania, tj. w piśmie z dnia 30.04.2019 r., zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, konstrukcja zaś przedmiotowego pisma zawiera wszystkie elementy określone w przepisach ustawy P.z.p., w tym art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p., a w szczególności uzasadnienie faktyczne i prawne. Ustawodawca nie określa szczegółowo ani też nie podaje wzorca czy wytycznych, jaką elementy te mają przybrać formę w praktyce i jak szerokie ma być rozstrzygnięcie postępowania,

Podstawą prawną odrzucenia zamawiający uczynił art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w związku z art 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta

Zamawiający podniósł, że przywołana regulacja spełnia funkcje korygującą i uzupełniającą na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Istnieje również jako definicja uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie przez zamawiającego zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. art. 5 i nast. za nieuczciwie naruszające konkurencje (por. orzeczenie wyrok KIO z 14.03.2017, sygn. akt KIO 373/17), Na tej podstawie zamawiający uznał złożenie oferty przez odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, że podstawę faktyczną odrzucenia oferty odwołującego określił następująco: „Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił kryteria

oceny ofert. Jednym z kryteriów była cena podzielona na dwa podkryteria, tj. cena brutto za materiały zaznaczone kolorem białym i cena brutto za materiały oznaczone kolorem innym niż biały. Wykonawca złożył ofertę, w której w celu uzyskania największej ilości punktów zastosował manipulację cenową poprzez ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek rynkowych realiów cenowych, Takie działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes Zamawiającego.”

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu ustalił następujące kryteria oceny ofert: tj. cena w podziale na dwa podkryteria: cena materiałów zaznaczonych kolorem białym — maksymalna ilość punktów, jakie może otrzymać oferta w tym podkryterium — 10 pkt oraz cena materiałów zaznaczonych kolorem innym niż biały — maksymalna ilość punktów, jakie może otrzymać oferta w tym podkryterium 50 pkt, a także jakość: ilość materiałów eksploatacyjnych oryginalnych oznaczonych w załączniku nr 2 (Wykaz urządzeń drukujących/Formularz cenowy) innym kolorem niż biały — maksymalna ilość punktów jakie może otrzymać oferta w tym kryterium — 40 pkt

Zamawiający stwierdził, że odwołujący złożył ofertę, w której zaoferował: materiały eksploatacyjne zaznaczone kolorem innym niż biały za cenę brutto 260 119,05 zł, materiały eksploatacyjne zaznaczone kolorem białym za cenę brutto 338 151 zł, a tym samym oferując realizację zamówienia za cenę brutto 598 270,65 Zł. Odwołujący zaproponował materiały eksploatacyjne oryginalne, jak również zamienniki, co zgodnie z zasadą opisu przedmiotu zamówienia było możliwe

Zamawiający wskazał, że odwołujący w złożonej ofercie zaoferował materiały tj. zamienniki w części oznaczonej kolorem innym niż biały za ceny niskie, istotnie odbiegające od rynkowych realiów cenowych w celu otrzymania jak największej ilości punktów zgodnie z algorytmem stosowanym w przedmiotowym postępowaniu, z drugiej zaś strony zaoferował zamienniki do urządzeń zaznaczonych kolorem białym za ceny rażąco wysokie, tym samym odbiegające od rynkowych realiów cenowych, co przedstawia Załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający podkreślił, iż odwołujący w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego pn. „Sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących dla Uniwersytetu Rolniczego im. Hugona Kołłątaja w nr zamówienia DZP-291-253/2019 (podzielone na 2 zadania) wszczętym w dniu 18 stycznia 2019 r. (termin otwarcia 28.01.2019 r.), tj. postępowaniu bezpośrednio poprzedzającym postępowanie, w którym toczy się postępowanie odwoławcze z inicjatywy odwołującego, złożył ofertę, w której zaoferował również zamienniki, tymczasem ich cena odbiega znacząco od cen zaoferowanych w aktualnie toczącym się postępowaniu, co pokazuje Załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie.

Przyczyn takiej praktyki odwołującego nie sposób racjonalnie wyjaśnić w sytuacji, gdyż nie doszło na relewantnym rynku do istotnych zmian, które mogłyby mieć wpływ na tak drastyczną zmianę poszczególnych elementów ceny oferty odwołującego.

W ocenie zamawiającego, przejawem manipulacji cenowej dokonanej przez odwołującego nie jest jedynie przyjmowanie rażącej dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty w niegodziwym celu wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar — odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen — bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania.

Zamawiający dodał, że w przedmiotowym postępowaniu nie przysługuje odwołanie na zaniechanie podania pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego podjęcia decyzji, ponieważ wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.. W przedmiotowej sprawie zastosowanie znajduje przepis art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym „Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia,
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.”

Izba ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zamawia materiały eksploatacyjne do urządzeń drukujących. Szczegółowy wykaz zamawianego asortymentu zawarty został w załączniku nr 2 do s.i.w.z. Wykaz zawiera 569 pozycji, przy czym część z nich zaznaczona jest kolorem białym, a część – kolorem żółtym.

Zamawiający w rozdziale 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) określił „Kryteria oceny ofert” w podrozdziale 15.1. zastrzegł, że:

Spośród ofert niepodlegających odrzucenia i złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu w danym etapie badania, zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą kierując się kryterium:

Kryterium cena ~ znaczenie procentowe kryterium 60% - maksymalna ilość punktów, jakie może otrzymać oferta za dane kryterium 60

Kryterium jakości - ilość materiałów eksploatacyjnych oryginalnych dla urządzeń oznaczonych w załączniku nr 2 innym kolorem niż biały - znaczenie procentowe, kryterium 40% - maksymalna ilość punktów jakie może otrzymać oferta za dane kryterium 40.

Zasady oceny za kryterium „Cena” — C

- podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem innym niż biały”

$C_k = C_{kofmin} / C_{kojbad} \times 50$ gdzie:

C_k - ilość punktów, jakie otrzyma oferta za kryterium „Cena” - podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem innym niż biały”

C_{kofmin} - najniższa cena materiałów zaznaczonych kolorem inny niż biały spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu w danym etapie badania i oceny ofert

C_{kojbad} - cena materiałów zaznaczonych kolorem innym niż biały oferty badanej. Wykonawca w typ podkryterium otrzyma maksymalnie 50 pkt

- podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem białym”

$C_b = C_{bofmin} / C_{bofbad} \times 10$ gdzie:

C_b - ilość punktów, jakie otrzyma oferta za kryterium „Cena” ~ podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem białym”

C_{bofmin} — najniższa cena materiałów zaznaczonych kolorem białym spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu w danym etapie badania i oceny ofert

C_{bojbad} — cena materiałów zaznaczonych kolorem białym oferty badanej. Wykonawca w typ podkryterium otrzyma maksymalnie 10 pkt

Łączna ilość punktów w kryterium „Cena”

$C = C_k + C_b$ Gdzie:

C - ilość punktów w kryterium „Cena”

C_k - ilość punktów, jakie otrzyma oferta za kryterium „Cena” podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem innym niż biały”

Cb - ilość punktów, jakie otrzyma oferta za kryterium „Cena” podkryterium „Cena materiałów zaznaczonych kolorem białym”

Zasady oceny za kryterium „Jakość” — ilość materiałów eksploatacyjnych oryginalnych dla urządzeń oznaczonych w załączniku nr 2 innym kolorem niż biały - O Punkty za kryterium „Jakość” zostaną obliczone w następujący sposób:

O — Oofbad/Oofnaj x 40 Gdzie:

O - ilość punktów, jakie otrzyma oferta w kryterium „Jakość”

Oofbad - ilość materiałów eksploatacyjnych oryginalnych dla urządzeń oznaczonych w załączniku nr 2 innym kolorem niż biały badanej oferty

Oofmax — najwyższa ilość materiałów eksploatacyjnych oryginalnych dla urządzeń oznaczonych w załączniku nr 2 innym kolorem niż biały, ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu w danym etapie badania i oceny ofert

Zamawiający przez materiał eksploatacyjny oryginalny - rozumie oryginalny materiał eksploatacyjny (toner, żel, atrament, bęben itp.) przewidziany przez producenta do danego modelu urządzenia drukującego, posiadający oryginalne opakowania z zabezpieczeniami stosowanymi dla danego producenta (np. hologramy).

Ilość urządzeń oznaczonych kolorem innym niż biały w załączniku nr 2 to 238 szt. Maksymalna ilość oryginalnych materiałów eksploatacyjnych dla urządzeń oznaczonym kolorem innym niż biały wynosi 238 szt.

Ilość punktów, jaką uzyska oferta będzie stanowić końcową ocenę danej oferty i zostanie obliczona według wzoru:

$K = G + O$ Gdzie:

K- całkowita liczba punktów uzyskana przez badaną ofertę C - liczba punktów przyznana w kryterium „Cena”

O - liczba punktów przyznana w kryterium „Jakość”

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotowego zamówienia za łączną cenę brutto 598.270,65 zł. Cena materiałów - kolor inny niż biały opiewała na kwotę 260.119,05 zł. Cena materiałów - kolor biały wynosiła 338.151,60 zł. W kryterium „Jakość” zaoferował 190 sztuk.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2019 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez L. T.

Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 419 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zamawiający stwierdził, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił kryteria oceny ofert. Jednym z kryteriów była cena podzielona na dwa podkryteria tj. cena brutto za materiały zaznaczone kolorem białym i cena brutto za materiały oznaczone kolorem innym niż biały.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący złożył ofertę, w której w celu uzyskania największej ilości punktów zastosował manipulację cenową poprzez ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek rynkowych realiów cenowych. Takie działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes Zamawiającego. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż odwołującemu nie przysługuje uprawnienie do podnoszenia zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., ponieważ szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., Izba stwierdza, że w przedmiotowej sprawie zarzut ten jest konsekwencją podniesienia przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i został przez Izbę rozpoznany łącznie z tym zarzutem. Izba co do zasady podziela stanowisko zamawiającego, niemniej jednak wskazać należy, że w przypadku, gdy wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p. (tzw. „progi unijne”), odwołującemu – na mocy art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. – przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia jego oferty. Wykonawca podejmuje decyzję o wniesieniu odwołania na podstawie otrzymanej od zamawiającego informacji o odrzuceniu oferty, która – zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p. – powinna zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne. Wykonawca wyłącznie z tej informacji

dowiaduje się, jaki był powód odrzucenia jego oferty i na jej podstawie winien ocenić, czy czynność zamawiającego była prawidłowa. Oczywistym jest zatem, że czynność ta powinna być uzasadniona w sposób na tyle precyzyjny wyczerpujący, by wykonawca mógł uzyskać wiedzę, jakie zarzuty stawia zamawiający jego ofercie i czy zarzuty te – w ocenie odwołującego – są zasadne czy też nie.

W opinii Izby uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, podane przez zamawiającego w piśmie z dnia 30 kwietnia 2019 roku nie czyni zadość wymogom wskazanym w art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p., przez co zamawiający ograniczył uprawnienie odwołującego do skutecznego zaskarżenia tej czynności, mimo że takie uprawnienie odwołującemu – z mocy art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. – przysługuje. Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ odwołujący złożył ofertę, w której, w celu uzyskania największej ilości punktów, zastosował manipulację cenową poprzez ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek rynkowych realiów cenowych. Zamawiający nie wskazał, czy rzekoma manipulacja dotyczy jednego, kilku, czy też może wszystkich spośród niemal 600 produktów. Nie poinformował również, czy – w jego ocenie – nierealność cen miałyby polegać na ich zawyżeniu czy zaniżeniu, a także – na jakiej podstawie zamawiający tę realność oceniał. W informacji o odrzuceniu oferty brak jest również informacji, w jaki sposób owa manipulacja miałyby wpłynąć na ocenę oferty odwołującego i o ile różniłaby się ilość przyznanych ofercie odwołującego punktów, gdyby ceny były realne. Brak tych informacji spowodował, że odwołujący nie mógł w odwołaniu odnieść się konkretnie do zarzucanych jego ofercie nieprawidłowości, czym naruszono jego prawo do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej.

Nieco więcej informacji na temat przyczyn odrzucenia ofert odwołującego zamawiający podał w odpowiedzi na odwołanie oraz w oświadczeniach składanych na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, niemniej jednak one również nie potwierdziły zasadności odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający spośród ponad 500 produktów wybrał kilkadziesiąt, w których – jak dowodził – ceny zaoferowane przez odwołującego odbiegały od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Informacje te zamawiający zawarł w załącznikach nr 1 i 2 do odpowiedzi na odwołanie. Izba przeanalizowała treść wskazanych załączników i skonstatowała, iż – istotnie – ceny zaoferowane przez odwołującego różnią się od cen innych wykonawców, niemniej jednak nie we wszystkich przypadkach różnice te są znaczne. Niejednokrotnie inni wykonawcy oferowali ceny zbliżone do cen odwołującego. Poza tym zamawiający nadal nie wyjaśnił, dlaczego zaoferowanie niższej bądź wyższej ceny w przypadku niektórych produktów uważa za manipulację cenową, w jaki sposób zaoferowanie takich cen miało wpłynąć na ilość punktów, które otrzymałby odwołujący. Zamawiający nie

wykazał też, dlaczego różnice w cenach kilkudziesięciu produktów, spośród niemal 600, są na tyle miarodajne, by stwierdzić, iż miały one wpływ na znaczące polepszenie sytuacji odwołującego w postępowaniu.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą zamawiający przedstawił kolejne dowody – zestawienia cen rynkowych kolejnych materiałów eksploatacyjnych. Analiza ich treści wskazuje, że w przypadku produktów oryginalnych ceny zaoferowane przez odwołującego nie różnią radykalnie od cen innych wykonawców (różnicy na poziomie 5% w żadnym razie nie można uznać za rażącą). Z kolei cena zamienników różni się o około 250% *in plus*, niemniej jednak jest to średnia uzyskana z porównania jedynie kilkudziesięciu produktów.

Z kolei złożone przez zamawiającego zestawienie wartości wszystkich ofert dowodzi jedynie, że w zakresie materiałów eksploatacyjnych oznaczonych kolorem innym niż biały oferta odwołującego była najniższa, natomiast w zakresie materiałów oznaczonych kolorem białym – najwyższa. Brak jest konkretnej kalkulacji wskazującej, w jaki sposób takie ukształtowanie cen spowodowało naruszenie konkurencji. W analogiczny sposób należy ocenić dowody mające wykazać, że w innych postępowaniach ceny odwołującego były inne niż w postępowaniu bieżącym.

Izba uznała zatem za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., polegający jego zastosowaniu i odrzuceniu oferty odwołującego, mimo że zamawiający nie wykazał, że odwołujący dokonał manipulacji w zakresie cen zaoferowanych produktów, ustalając je na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów cenowych. Zamawiający ani w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego, ani w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą nie wykazał, że wykonawca działał w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i w celu polepszenia swojej sytuacji przy dokonywaniu oceny ofert. W ocenie Izby zamawiający nie udowodnił, że zaszła tu sytuacja objęta dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 roku, poz. 419 ze zm. – dalej u.z.n.k.) i jako taka – nie stanowi podstawy stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, 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 ocenie Izby zamawiający nie wykazał naruszenia dobrych obyczajów, o których mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....