

**WYROK**

**z dnia 29 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Młacka**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2016 r. przez **wykonawcę A.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” A.P., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 36, 22 – 400 Zamość**

przy udziale wykonawcy **JM Data s.c. Ż.J., R.M., ul. Trakt Lubelski 233, 04-667 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy JM Data s.c. Ż.J., R.M. oraz nakazuje odrzucenie oferty tego Wykonawcy.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 36, 22 – 400 Zamość** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Wykonawcę A.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” A.P., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego **32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 36, 22 – 400 Zamość** na rzecz Odwołującego - **Wykonawcy A.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” A.P., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** kwotę **15 000 zł**

**00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Zamościu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1516/16**

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do sprzętu informatycznego wraz z transportem i rozładunkiem oraz odbiór zużytych opakowań i pojemników po tuszach i tonerach do/z magazynów 32 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zamościu zlokalizowanych w miejscowościach: Hrubieszów, Lublin, Zamość.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 071-123401.

Odwołujący Wykonawca A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Multikom A.P. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do sprzętu informatycznego wraz z transportem i rozładunkiem oraz odbiór zużytych opakowań i pojemników po tuszach i tonerach do/z magazynów 32 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zamościu zlokalizowanych w miejscowościach: Hrubieszów, Lublin, Zamość zawartego w piśmie z dnia 03.08.2016r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez: 1/ bezprawny wybór oferty firmy JM DATA s.c. Ż.J., R.M.; 2/ dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; 3/ naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania; 4/ zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty firmy JM DATA s.c. Ż.J., R.M.; odrzucenie oferty JM DATA s.c. Ż.J., R.M.; ponowną ocenę ofert i wybór oferty RW. Multikom A.P..

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta, przedstawiająca najkorzystniejszy bilans przyznanych punktów wyliczonych w oparciu o kryteria: ceny i terminu przydatności materiałów eksploatacyjnych do użytku. Wykonawca JM DATA s.c. Ż.J., R.M., zaproponował termin przydatności wynoszący 61 miesięcy. Zdaniem Odwołującego, jest to niezgodne ze stanem faktycznym m. in. dla pozycji 64, 65, 66, 67 - odpowiednio C4810A-HP11, C4811A-HP11, C4812A- HP11, C4813A- HP11 oraz wielu innych materiałów eksploatacyjnych formularza cenowego. Dla wkładów atramentowych oraz głowic HP, termin gwarancji umieszczony jest na opakowaniu tego materiału oraz dodatkowo na materiale eksploatacyjnym i nie przekracza 24 miesięcy. Natomiast termin przydatności

dla wkładów atramentowych i głowic nie przekracza 30 miesięcy i wyznaczony jest w trosce o jakość produktów i w celu zapewnienia najwyższych standardów użytkowych, aby chronić system drukujący i zapewnić wysoką jakość wydruku. Jeżeli zbiornik z tuszem ciągle posiada tusz mimo upływu tego terminu, dostarczanie tuszu zostanie zablokowane. Szczegółowe informacje umieszczone są na stronie producenta HP <http://hl0060.www1.hp.com/pageyield/pl-PL/articles/inkExpiration.html?cCode=pl>.

Zdaniem Odwołującego, złożona przez wykonawcę JM Data s.c. oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ termin przydatności jest niezgodny ze stanem faktycznym i został sztucznie zawyżony w celu otrzymania jak największej ilości punktów. Wykonawca zaoferował produkty tego samego producenta co Odwołujący, a jego oferta była droższa, jednak przez zawyżenie terminu przydatności wskazanego przez producenta wkładów, spowodowała otrzymanie największej ilości punktów.

Odwołujący zauważył, że ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł 3 tej ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produkcyjne, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama. Jednym zaś z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji jest zmowa przetargowa.

W ocenie Odwołującego, działania wykonawcy JM DATA s.c., polegające na zaoferowaniu 61 miesięcznego terminu przydatności dla wszystkich materiałów eksploatacyjnych, noszą znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę ustalone przez Zamawiającego w postępowaniu kryteria oceny ofert, gdzie za wskazanie jak najdłuższego okresu przydatności można było uzyskać 10 punktów, zachowanie wykonawcy nie można oceniać z innej perspektywy, jak tylko jako zamiaru sztucznego zawyżenia własnej punktacji. Sztuczne wydłużenie „terminu przydatności” należy pochylić za działanie uniemożliwiające lub znacznie utrudniające uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić terminu przydatności na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres oraz zgodnym z terminem przydatności narzuconym przez producenta tych materiałów. Skoro oferowane materiały muszą spełniać wymagania producenta drukarek w zakresie jakości, muszą być fabrycznie nowe, nieregenerowane, niefabrykowane, niewchodzące wcześniej, pierwotnie w

całości ani w części, w skład innych materiałów, w nienaruszonych oryginalnych opakowaniach producenta, bez śladów uszkodzenia, z widocznym logo, symbolem produktu, posiadające wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, to niemożliwe jest zaproponowanie dla wkładów HP C4810A-HP11, C4811A-HP11, C4812A- HP11, C4813A-HP11 terminu przydatności dłuższego jak 30 miesięcy, z uwagi na zablokowanie drukowania spowodowanego przekroczeniem okresu przydatności tych wkładów.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca JM DATA s.c. Ż.J., R.M..

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, złożenie przez Przystępującego oferty, w której zaoferowany został termin przydatności do użycia materiałów eksploatacyjnych wynoszący 61 miesięcy, spełnia przesłanki do uznania, że Przystępujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkować powinno odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący zaoferował termin przydatności materiałów eksploatacyjnych wynoszący 61 miesięcy. Termin ten jest ponad 2 razy dłuższy niż termin przydatności materiałów eksploatacyjnych określony przez producenta tych materiałów - firmę Hewlett Packard. W ocenie Izby, zaoferowanie przez Odwołującego tak długiego terminu przydatności materiałów eksploatacyjnych miało na celu wyłącznie uzyskanie jak największej ilości punktów w zakresie kryterium terminu przydatności materiałów eksploatacyjnych oraz uzyskanie najkorzystniejszego bilansu cenowego, a tym samym uzyskanie zamówienia.

Takie działanie Odwołującego utrudniło dostęp do zamówienia innym wykonawcom, którzy zaoferowali termin przydatności materiałów eksploatacyjnych zgodny z terminem

przydatności gwarantowanym przez producenta materiałów eksploatacyjnych. Izba podkreśla, że możliwe jest zaoferowanie terminu przydatności dłuższego niż gwarantowany przez producenta, jak również dłuższego terminu gwarancji na oferowane produkty, co wiąże się z określonym ryzykiem wykonawcy, który takie wydłużone terminy oferuje. Jednakże okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że działania Przystępującego nie miały charakteru zwykłej konkurencji między wykonawcami, a miały na celu wyłącznie utrudnienie dostępu do zamówienia innym wykonawcom, co oznacza popełnienie przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji.

Wskazują na to poniżej wskazane okoliczności.

Przystępujący określił długość terminu przydatności materiałów eksploatacyjnych na 61 miesięcy. Okres ten jest ponad dwukrotnie dłuższy niż termin przydatności określony przez producenta materiałów eksploatacyjnych – firmę Hewlett Packard. Producent określił termin przydatności materiałów na 24 miesiące po dacie końca gwarancji lub 30 miesięcy po zainstalowaniu zbiornika z tuszem – w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpi szybciej. Jak wynika z wydruku ze strony internetowej producenta materiałów eksploatacyjnych, w odniesieniu do wkładów atramentowych HP 10, HP 11, HP12, HP13 oraz HP 14 brak jest możliwości przekroczenia terminu przydatności tuszu. Z informacji zawartych na tej stronie wynika, że wymienione wyżej materiały eksploatacyjne rzeczywiście przestaną działać po upływie tego terminu i nie jest możliwe późniejsze ich działanie - nawet z pogorszeniem jakości druku. Informacje zawarte na stronie internetowej są zbieżne z treścią pisma z dnia 24 sierpnia br., przesłanego Zamawiającemu przez HP Inc Polska sp. z o.o., w którym jednoznacznie stwierdzono, że po upływie terminu przydatności wkładów atramentowych/głowic drukujących HP 10, HP 11, HP12 i HP13, te materiały eksploatacyjne przestaną działać. Z powyższych informacji wynika, że przekroczenie terminu przydatności terminu materiałów eksploatacyjnych spowoduje, że nie będzie możliwe ich wykorzystywanie, gdyż materiały te po upływie tego terminu przestaną działać.

Przystępujący nie wskazał, w jaki sposób zamierza zagwarantować działanie tych materiałów po upływie okresu ich przydatności określonego przez producenta. Informacje producenta zamieszczone na stronie internetowej oraz przekazane w piśmie z 24 sierpnia br. jednoznacznie wskazują, że nie jest możliwe działanie ww. materiałów eksploatacyjnych po upływie terminu ich przydatności. Oznacza to, że zaoferowanie materiałów eksploatacyjnych z terminem przydatności dłuższym niż 30 miesięcy może być świadczeniem niemożliwym. Przystępujący (na wezwanie Zamawiającego) złożył lakoniczne wyjaśnienia i w żadnym miejscu nie zaoferował wymiany takich tonerów po upływie terminu przydatności określonego przez producenta. Powyższe okoliczności wskazują, że jedynym celem działania Przystępującego było uzyskanie zamówienia za wszelką cenę. Oferta

Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza tylko dzięki temu, że zaoferował on najdłuższy termin w zakresie przydatności materiałów eksploatacyjnych. W zakresie kryterium ceny, oferta Przystępującego nie była ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający zwracał uwagę na treść art. 568<sup>1</sup> Kc. Należy podkreślić, że artykuł ten reguluje jedynie odpowiedzialność Wykonawcy względem Zamawiającego. Przepis ten z całą pewnością nie odnosi się do tego, że wykonawca może dowolnie przedłużać termin przydatności produktu, wbrew temu, co jednoznacznie określił producent. Co najważniejsze, przedmiotem rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, właśnie okoliczność zaoferowania przez Przystępującego świadczenia, które jest jednoznacznie określone przez producenta (po upływie określonego czasu) jako niemożliwe, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Należy zauważyć, że Przystępujący wskazał niemożliwy do zachowania termin przydatności produktu w celu uzyskania zamówienia, w sytuacji, gdy pozostali wykonawcy oferowali produkt stosownie z wyznacznikami producenta.

Zamawiający podkreślił w trakcie rozprawy, że podstawowe znaczenie miała dla niego żywotność produktu, stąd pośród kryteriów oceny ofert znalazł się termin przydatności. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający powinien jak największą wagę przywiązywać przy ocenie ofert do możliwości i realności osiągnięcia dochowania terminu.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje w ocenie Izby argument podnoszony przez Przystępującego, że na ulotce czy na produkcie brak jest wskazania terminu przydatności. W pierwszej kolejności należy zauważyć że na oficjalnej stronie internetowej producenta znalazła się informacja, że termin przydatności tuszu nie jest datą wybitą lub wydrukowaną na zbiorniku z tuszem. Ponadto, taka informacja nie musi zostać zamieszczona w ulotce czy na produkcie, aby być prawdziwą, czy powszechnie obowiązującą. Strona internetowa (skierowana erga omnes) również jest powszechnym nośnikiem informacji i może takie wskazania zawierać. A ze strony internetowej jednoznacznie wynika, że dla tuszy HP 10, 11, 12, 13, 14, brak jest możliwości przekroczenia terminu przydatności.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji, obok zachowań opisanych w rozdziale 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest – zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy – działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zdaniem Izby, działanie Odwołującego polegające na zaoferowaniu terminu przydatności

nierealnego, niemożliwego, ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamiarem Przystępującego było sztuczne zawyżenie punktacji, którą Przystępujący spodziewał się uzyskać w kryterium „termin przydatności materiałów eksploatacyjnych”, jednocześnie uniemożliwiając lub znacznie utrudniając uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić terminu przydatności, który będzie realny.

W ocenie Izby, Przystępujący miał pełną świadomość, że zaoferowanie terminu 60 miesięcy przydatności materiałów eksploatacyjnych jest oderwane od realiów przedmiotowego zamówienia i nie będzie wiązać się w rzeczywistości z wykonywaniem świadczenia w takim okresie. Powyższe oznacza, że zobowiązanie to miało na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie ofert - nie w drodze normalnej walki konkurencyjnej, ale w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....