Sygn. akt: KIO 2268/18

WYROK
z dnia 19 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel – Kowalczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PORTAL" Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Izbę Administracji Skarbowej w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Partner XXI Kleks Sp. J. M.W., W.W.z siedzibą w Toruniu**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **- Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PORTAL" Spz o.o. z siedzibą w Gdańsku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PORTAL" Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:……..

Sygn. akt KIO 2268/18

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

Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Gdańsku, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) (dalej „Pzp"), w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *sukcesywną dostawę: część I materiałów biurowych, część II artykułów papierniczych dla jednostek Izby Administracji Skarbowej w Gdańsku na lata 2019 -2020, nr ref. 2201-ILN-2.260-22.2018* (dalej Postępowanie). Wartość postępowania przewyższa kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 lipca 2018 r., pod numerem 2018/S 134-304902.

W dniu 5 listopada 2018 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „PORTAL" Sp. z o.o. w Gdańsku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Partner XXI Kleks Sp. J. M.W., W.W., ul. Dworcowa 7, 87-100 Toruń i wybrania jej w dniu 26.10.2018r jako najkorzystniej pomimo braku zgody wykonawcy na przedłużenie ważności wadium;

2)art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Partner XXI Sp. J. M.W., W.W., ul. Dworcowa 7, 87-100 Toruń i wybrania jej w dniu 26.10.2018 r. jako najkorzystniej pomimo, rażąco niskiej wyceny istotnych części składowych i naruszenia zasad uczciwej konkurencji,

3)art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a także dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 26-10-2018 r.,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3)odrzucenie oferty wykonawcy: Partner XXI Kleks Sp. J. M.W., W.W. na podstawie 89 ust. 1 pkt. 2 i pkt. 7b w części I i II oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 część I,

4)dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

Odwołujący wniósł także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem przedstawionym podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa: część I. materiałów biurowych, część II. artykułów papierniczych dla jednostek Izby Administracji Skarbowej w Gdańsku na lata 2019-2020.

W postępowaniu złożono 4 oferty, wśród których oferta Odwołującego jest na drugim miejscu wg kryteriów przyjętych w postępowaniu i na drugim miejscu wg kryterium „cena".

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w ww. zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Cena oferty wykonawcy wybranego (1 miejsce w rankingu) - 883 720,61zł,

Cena oferty Odwołującego (2 miejsce w rankingu) - 887 762,64 zł,

Różnica - cena oferty Odwołującego wyższa o 4 042,06 zł brutto tj. 0,46%.

I. Brak zgody na przedłużenie wadium wykonawcy: Partner XXI Kleks Sp. J. M.W., W.W., ul. Dworcowa 7, 87-100 Toruń - dotyczy : część I. materiałów biurowych i część II. artykułów papierniczych.

Z postanowień SIWZ wynika, że Zamawiający określił termin związania ofertą na 60 dni, który rozpoczynał się wraz z upływem terminu składania ofert (rozdz. VII ust. II pkt 4 SIWZ). Wykonawca Partner XXI Kleks Sp. J. zadeklarował w Formularzu oferty, okres związania ofertą na wymagane 60 dni i wniósł wadium na 60 dni zgodnie z okresem związania ofertą a więc termin składania ofert upływał w dniu 26 października 2018 r., skoro termin złożenia ofert upływał w dniu 28 sierpnia 2018 r. Przed upływem terminu związania ofertą, Zamawiający w dniu 18 października 2018 r. wezwał Wykonawców, którzy złożyli oferty do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 60 dni tj. do dnia 25 grudnia 2018 r. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, w dniu 23 października 2018 r. Wykonawca: Partner XXI Kleks Sp. J. M.W., W.W. przedłożył Zamawiającemu w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym tylko zgodę na przedłużenie związania ofertą do dnia 25 grudnia 2018 r. Natomiast brak jest zgody na przedłużenie okresu ważności wadium.

Odwołujący zaznaczył, że czynności Zamawiającego jak i Wykonawców dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą dokonywane były przed wyborem oferty jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 85 ust. 4 zdanie pierwsze - przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium no przedłużony okres związania ofertą. A co zatem, w ocenie Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w związku z art. 85 ust. 4 oferta winna być odrzucona.

Przepis art. 85 ust. 2 Pzp daje wykonawcy prawo do samodzielnego, wielokrotnego przedłużenia terminu związania ofertą, a co za tym idzie to Wykonawca, wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium na wezwanie Zamawiającego czy też samodzielnie przedłużając ten termin i przedłużając okres ważności wadium, podejmuje decyzję o dalszym swoim udziale w postępowaniu przetargowym. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z podwyższoną starannością zgodnie z art. 355 § 2 K.c. w związku z art. 14 Pzp - ciąży podejmowanie czynności zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący przywołał i zacytował częściowo wyrok KIO o sygn. akt 1034/18 z dnia 12 czerwca 2018 r.

Ponadto Odwołujący zauważył, że brak zgody na przedłużenie okresu ważności wadium zobowiązuje Zamawiającego do zwrotu z końcem terminu na jaki zostało wniesione. Samowolne zatrzymanie wadium, wniesionego w formie pieniężnej można podnosić, że czynność taka stanowiłaby czyn niedozwolony w myśl przepisów art. 415 i art. 405 K.C. jako roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Niewątpliwie pieniądze w obrocie handlowym przynoszą dodatkowe korzyści w postaci dochodu, dlatego tak ważnym jest zgoda na przedłużenie okresu ważności wadium przez wykonawców.

W tym stanie rzeczy oferta wykonawcy Partner XXI Sp. J. M.W., W.W. winna być odrzucona.

II. Odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 ustawy Pzp - dotyczy części I. materiałów biurowych.

Pismem z dnia 05.10.2018 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy: Partner XXI Sp. J. M.W., W.W. o udzielenie wyjaśnień oraz złożenia dowodów odnośnie wyliczenia istotnych części składowych ceny a które budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego.

Wyjaśnienia miały dotyczyć następujących pozycji formularza cenowego- załącznika nr 2 do SIWZ dla części I - dostawy materiałów biurowych:

1)pozycji 10 - bateria litowa ER9V, cena jednostkowa brutto: 3,17 zł,
2)pozycji 23 - długopis, cena jednostkowa brutto: 0,57 zł,
3)pozycji 29 - dziurkacz średni, cena jednostkowa brutto: 10,96 zł,
4)pozycji 66 - gumka recepturka 120 mm, cena jednostkowa brutto: 0,93 zł,
5)pozycji 67 - gumka recepturka 80 mm, cena jednostkowa brutto: 0,93 zł,
6)pozycji 110 - płyta DVD+RW, cena jednostkowa brutto: 1,65 zł,
7)pozycji 111 - płyta DVD-R, cena jednostkowa brutto: 1,21 zł,
8)pozycji 122 - segregator A4 szeroki, cena jednostkowa brutto: 3,73 zł,
9)pozycji 123 - segregator A4 wąski, cena jednostkowa brutto: 3,73 zł,
10) pozycji 155 - wkład do długopisu, cena jednostkowa brutto: 0,27 zł.

Odwołujący podkreślił, że ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust.2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji wykonawca Partner XXI Kleks Sp. J. M.W., W.W. złożył wyjaśnienie, które, w ocenie Odwołującego, potwierdza iż części składowe ceny oferty są rażąco niskie i za które wykonawca nie wykona przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego.

Odnośnie poz. 10 formularza cenowego.

Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „Bateria litowa ER9V, litowa napięcie 9V". Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach wskazał, że do sporządzenia kalkulacji ceny za baterię w poz. 10 wzięto pod uwagę dwa rodzaje baterii tj. ER9V i 6LR61 (gdyby było to w ofercie byłaby to oferta wariantowa, natomiast w wyjaśnieniu informacja taka wskazuje na manipulację, co narusza zasady uczciwej konkurencji) dalej Odwołujący stwierdził, że wycenił baterie 6LR61.

Oznaczenie baterii IEC (Międzynarodowa Komisja Elektroniczna): ER9V określa baterię litową o pojemności ok.1200mAh,

Oznaczenie baterii IEC (Międzynarodowa Komisja Elektroniczna): 6LR61 określa baterię alkaliczną o pojemności 565mAh.

Baterie litowe mają blisko trzykrotnie więcej energii niż baterie takie same alkaliczne. Baterie litowe charakteryzują się niskim współczynnikiem samo rozładowania, dzięki czemu czas ich przechowywania sięga nawet 10 lat. Natomiast baterie alkaliczne - samo rozładowanie następuje w ciągu 5 lat. A co za tym, baterie alkaliczne mają mniejszą pojemność (565mAh) szybciej następuje samo rozładowanie i dlatego są o wiele tańsze. Baterie litowe są dziesięciokrotnie droższe, cena około 30,00 zł. Przy wskazaniu w kalkulacji na baterie o symbolu 6LR61 wykonawca nie wykona zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, bo zaoferowana cena dotyczy baterii alkalicznych i do baterii wymaganych „litowych" cena jest rażąco niska. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, wykonawca w wyjaśnieniu potwierdza, że cena jest niska, nie dotyczy baterii litowych i oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 Pzp.

W pozycji tej, wartość baterii litowych jest obniżona od cen rynkowych o ca 3500,00 zł.

Odnośnie poz. 23 formularza cenowego.

Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „długopis tusz wodoodporny, nieblaknący - spełnia normę ISO 12757-2 lub równoważną określającą wymagania dla długopisów i wkładów niezbędne do używania na dokumentach**,** nasadka i klips w kolorze tuszu, zaopatrzona w silikonową kulkę zabezpieczającą przed wysychaniem, kulka barwiona zgodnie z kolorem tuszu, przezroczysta obudowa z ergonomicznym uchwytem, zakończona nakrętką z logotypem w kolorze tuszu długość linii pisania min. 1700 m, kolor tuszu (czarny, niebieski, czerwony, zielony) - kolor zostanie określony przy zamówieniu przez poszczególną jednostkę". Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach wskazał, że do sporządzenia kalkulacji ceny przyjął „długopis lenviatan supra roto ten", który nie spełnia wymagań Zamawiającego, bowiem nie ma w nasadce kulki silikonowej, a tylko kulkę silikonową przezroczystą, bezbarwną na zakończeniu wkładu zamiast wosku, to zasadnicza i istotna różnica. W związku z brakiem kulki silikonowej kolorowej w nasadce, cena takiego długopisu jest dużo niższa w realiach rynkowych. W konsekwencji faktem jest, że wykonawca potwierdza w wyjaśnieniu, że cena jest niska, bowiem nie dotyczy długopisu z nasadką zaopatrzoną w silikonową kulkę zabezpieczającą przed wysychaniem, kulka barwiona zgodnie z kolorem tuszu. Wykonawca nie wykona zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w związku z tak niską wyceną pozycji 23 - oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 ustawy Pzp.
Długopis, który spełnia wymagania tj. nasadka zaopatrzona w silikonową kulkę zabezpieczającą przed wysychaniem, kulka barwiona zgodnie z kolorem tuszu to długopis RYSTORa jego cena rynkowa około 1,60zł, co przy ilości 17286 szt. część składowa oferty (poz.23) jest obniżona o ca 17 000,00 zł.
Odnośnie poz. 155 formularza cenowego.
Pozycja nr 23 jest powiązana z poz. 155 w której Zamawiający wymaga „wkładu do długopisu „pasującego do poz. 23..." Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach wskazał, że do sporządzenia kalkulacji ceny przyjął „WKŁAD LEV. LE049 ROTO TEN SUPRA" czyli wkład który pasuje do długopisu w poz. 23w której to z kolei j. w. oferuje długopis nie spełniający wymagań Zamawiającego w SIWZ Wykonawca oferuje cenę za ten wkład 0,27zł brutto, cenę nierealną za wkład, który by pasował do długopisu z kolei spełniającego parametry opisu przedmiotu zamówienia z poz. 23 czyli do długopisu RYSTOR. Cena rynkowa wkładów do długopisów RYSTOR kształtuje się w wysokości ca 0,70 zł, co przy ilości 9624 szt. część składowa oferty (poz.155) jest obniżoną o ca 5000,00 zł, a więc nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z treścią w SIWZ.
Odnośnie poz. 122 i poz. 123 formularza cenowego.
Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w poz. 122 „segregator A4 szeroki format A4, szerokość grzbietu 75 mm, oklejony folią polipropylenową, metalowe okucia na dolnych krawędziach, z otworem na grzbiecie oraz wymienną dwustronną etykietą, wyposażony w zamek dźwigniowy z zaciskaczem, (czarny, niebieski, czerwony, zielony) - kolor zostanie określony przy zamówieniu przez poszczególną jednostkę" a poz. 123 segregator A5 wąski o grzbiecie 50mm pozostały opis taki sam jak w poz. 122. Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach wskazał, że do sporządzenia kalkulacji ceny przyjął do poz. 122 segregator IDEST BIUROWY A4/75, 12556, czarnyatomiast do poz. 123 segregator IDEST BIUROWY A4/50. 12561, czarnyktóre de facto nie spełniają wymagań Zamawiającego w SIWZ, nie są oklejone folią polipropylenową w całości a tylko częściowo tj. oklejone folią PP są tylko na zewnątrz, natomiast wewnątrz jasnoszarym papierem. Wykonawca jako profesjonalista nie zadał żadnych pytań przed złożeniem ofert, a więc opis przedmiotu był zrozumiały tym bardziej, że na rynku występują segregatory oklejone folią PP w całości czy też oklejone tylko na zewnątrz. Wskazane przez wykonawcę segregatory są tańsze ze względu na okrojony zakres użytego materiału PP do ich wytworzenia, ale nie spełniają wymagań Zamawiającego. W konsekwencji wykonawca potwierdza w wyjaśnieniu, że cena jest niska, nie dotyczy segregatorów oklejonych folią polipropylenową i oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 Pzp.
Przy ilości 23990 szt. (poz. 122- 15970 szt. + poz. 123 – 8020 szt.) część składowa oferty (poz.122 + poz.123) ma obniżoną cenę ca 14 000,00 zł, a więc nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z opisem zawartym w SIWZ.
Biorąc pod uwagę ww. zakwestionowane pozycje, gdzie cena oferty Odwołującego jest wyższa od oferty Wykonawcy wybranego o 4 042,06 zł brutto tj. 0,46%, to przy prawidłowej wycenie z zachowaniem uczciwej konkurencji oferta Wykonawcy Partner XXI Kleks Sp. J. M.W., W.W. była by druga w rankingu złożonych ofert, cena jej byłaby dużo wyższa.
Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016r., sygn. akt KIO 1131/16.
Wykonawca wybrany Partner XXI Kleks Sp. J. M.W., W.W., w złożonych wyjaśnieniach, do których został wezwany przez Zamawiającego potwierdził, że części składowe ceny, które dotyczą zakwestionowanych wyżej pozycji formularza cenowego są rażąco niskie, ze względu na fakt, że odnoszą się do artykułów nie spełniających wymagań Zamawiającego a co dalej, nie możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oferta winna być odrzucona. Wybrany Wykonawca, jest profesjonalnym podmiotem, od wielu lat działającym na rynku, z doświadczeniem i wiedzą, załączona kalkulacja cenowa do wyjaśnienia daje podstawy, że oferta ta winna być również odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.
Ponadto Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 22 października 2014r., sygn. akt KIO 2046/14 Izba orazwyrok o sygn. akt KIO 2067/13.
Odnośnie naruszenia art. 7 ustawy Pzp, zgodnie z orzecznictwem do stwierdzenia faktu naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp nie jest wymagane wykazanie faktycznego naruszenia tych zasad, tj. udowodnienie i wskazanie okoliczności faktycznych wynikających z nieuprawnionego działania zamawiającego. Wystarczy samo uprawdopodobnienie, że dane działanie mogło na tę konkurencyjność wpłynąć poprzez jej ograniczenie. Takie podejście - tj. prezentowane przez Naczelny Sąd Administracyjny koresponduje z zapisami Pzp, z których wynika jasno, że obowiązek zachowania zasad z art. 7 ust. 1 Pzp funkcjonuje od momentu przygotowania postępowania do jego zakończenia - tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym do stwierdzenia, iż doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 Pzp wystarczy wykazanie, że działanie Zamawiającego mogło spowodować ograniczenie uczciwej konkurencyjności w postępowaniu.
Odwołujący jest przekonany, że Zamawiający w sposób rażący naruszył przepisy Pzp, naruszył ustawowe zasady uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 Pzp.
W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 15.11.2018 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego.
Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie
#x200ei uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi

art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Partner XXI Kleks Sp. J. M.W., W.W. z siedzibą w Toruniu, przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia udzielił w dniu 8 sierpnia 2018r. odpowiedzi na pytanie wykonawcy odnośnie poz. 10 opisu zamówienia dla części I – materiały biurowe. W pytaniu wskazano na wewnętrzną sprzeczność dokonanego opisu, w kolumnie 2 wskazana była bateria alkaliczna, a w kolumnie 3 litowa. Ponadto proszono o wykreślenie sformułowania „litowa o pojemności 1200 mah", gdyż producenci baterii nie określają parametru jej pojemności. Zamawiający w odpowiedzi stwierdził, że wymaga baterii litowej oraz że usuwa z opisu parametr dotyczący pojemności.
Przystępujący w złożonej ofercie zaoferował realizację zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego poprzez złożenie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawierającego opis i parametry oferowanych produktów oraz ich ceny.
W dniu 5 października 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dotyczących wyliczenia cen 10 pozycji formularza cenowego, które Zamawiający uznał za istotne części składowe ceny wydające się rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym do złożenia dowodów.
W dniu 11 października 2018 r. Przystępujący złożył wymagane wyjaśnienia dołączając jako dowód kalkulację cenową, która została sporządzona podczas przygotowania oferty. W załączonej kalkulacji cenowej wskazał konkretne nazwy oferowanych produktów, przy czym w poz. 10 Bateria litowa ER9V, litowa, napięcie 9V, jako nazwę wskazał „Bateria litowa VARTA 9V ER9V 6LR61". Dla każdej ze wskazanych przez Zamawiającego pozycji wskazano m.in. cenę zakupu netto, wartość zakupu, marżę, cenę netto, cenę brutto oraz wartość brutto.
Przystępujący w Postępowaniu wniósł wadium w formie pieniężnej na rachunek bankowy Zamawiającego.
Zamawiający w dniu 18 października 2018 r. wezwał Wykonawców, którzy złożyli oferty do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 60 dni tj. do dnia 25 grudnia 2018 r.
Przystępujący w dniu 23.10.2018 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą na okres wymagany przez Zamawiającego.
W dniu 26 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej, zarówno dla części I jaki i części II zamówienia, oferty Przystępującego.
Zamawiający w związku z wniesionym odwołaniem, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień oferty będącej przedmiotem odwołania.
W dniu 9 listopada 2018 r. Przystępujący przedstawił stosowne wyjaśnienia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, mającego polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania i ze względu na niezłożenie przez niego oświadczenia o nieprzedłużeniu wadium.
Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, iż oświadczenie Przystępującego o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, stosownie do art. 85 ust. 4 Pzp jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, a zatem w jego ocenie Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp. Odwołujący przywołał na potwierdzenie swej argumentacji orzecznictwo KIO oraz Sądów Okręgowych. Ponadto, zdaniem Odwołującego brak zgody na przedłużenie okresu ważności wadium zobowiązuje Zamawiającego do zwrotu wadium z końcem terminu na jaki zostało wniesione, w przeciwnym razie Zamawiający naruszyłby art. 415 i 405 KC.
Argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Na wstępie stwierdzić należy, iż Izba podziela stanowiska wyrażone w orzecznictwie przywołanym przez Odwołującego, lecz uznaje je za nieadekwatne do stanu faktycznego zaistniałego w niniejszej sprawie. Przywołane orzecznictwo dot. zasadniczo braku oświadczenia wykonawcy o wyrażaniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a nie kwestii przedłużenia okresu obowiązywania wadium w formie pieniężnej, która jest kluczowa dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Należy zauważyć, że Przystępujący złożył jednoznaczne oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, a wadium uprzednio wniósł w formie pieniężnej na rachunek Zamawiającego, na którym było ono dostępne również w momencie złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W związku z tym, wadium spełniało w dalszym ciągu swoją rolę zabezpieczającą. Kwestie wadium nie mogą być interpretowane w oderwaniu od cech samych form wadium oraz celu jego wniesienia. Wadium w formie pieniężnej jest skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert nastąpi uznanie określonej kwoty, na wskazanym przez Zamawiającego rachunku bankowym.
Skład orzekający, uznaje za aktualne i podziela stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dn. 6 lutego 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 115/09 wskazujące, iż „Wadium w pieniądzu jest ze swej istoty, poprzez dobrowolną wpłatę określonej kwoty pieniężnej na wskazany przez zamawiającego rachunek bankowy przed upływem terminu składania ofert, zobowiązaniem wykonawcy do zrzeczenia się tej kwoty na rzecz zamawiającego, w przypadku zaistnienia przesłanek ustawowych. W przypadku wadium wnoszonego w innej formie, np. w formie gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej koniecznym jest wyrażenie wprost w treści dokumentu ustanawiającego wadium oświadczenia o zobowiązaniu wypłaty na rzecz zamawiającego określonej kwoty pieniężnej w przypadku zaistnienia przesłanek ustawowych.
Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że dla skuteczności wniesienia wadium zarówno w formie gwarancji, jak i w formie pieniądza nie jest wymagane ze strony wykonawców złożenie żadnego oświadczenia zamawiającemu, a jedynie uprzednie wykonanie dyspozycji i czynności wobec podmiotów innych niż sam zamawiający (złożenie dyspozycji przelewu, złożenie wniosku o udzielnie gwarancji), a w przypadku przedłużenia gwarancji dodatkowo doręczenie dokumentu gwarancyjnego (aneksu) lub nowego dokumentu gwarancyjnego.
W ocenie składu orzekającego Izby, skuteczność przedłużenia wadium należy odczytywać tak samo, jak skuteczność wniesienia wadium, tj. jako obowiązek dopełnienia czynności faktycznych, fizycznych, nie zaś jako obowiązek polegający

na złożeniu jakiegokolwiek oświadczenia. Samo oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu ważności wadium złożonego w formie gwarancji, w sytuacji nie złożenia dokumentu, który to wadium w istocie stanowi, byłoby bez znaczenia dla skuteczności wniesienia wadium. Z drugiej strony nie złożenie żadnego oświadczenia, w sytuacji złożenia dokumentu gwarancji przesądza o skuteczności wniesienia wadium.
Zasadnym jest powołanie się w tym zakresie na przepis Pzp (…) w którym ustawodawca jedynie w przypadku przedłużenia okresu związania ofertą wymaga zgody (oświadczenia) wykonawcy. Brak wymogu udzielenia takiej zgody w przypadku przedłużenia okresu ważności wadium potwierdza, że w tym zakresie żadne oświadczenie wykonawcy nie jest wymagane.
Uznając, że przedłużenie ważności wadium wnoszonego w formie pieniężnej nie jest związane z oświadczeniem samego wykonawcy, złożonym zamawiającemu, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że ważność tego przedłużenia sprowadza się w istocie do możliwości zabezpieczenia interesu zamawiającego na wypadek odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę lub zaistnienia innych przesłanek, o których mowa w Pzp". Podobnie Izba w wyroku z dn. 30 czerwca 2009 r. KIO/UZP 741/09.
W przedmiotowym postępowaniu, wobec złożenia przez Przystępującego wadium w formie pieniądza, a jednocześnie wobec braku z jego strony żądania zwrotu wadium, czy też podjęcia działań mających na celu zmianę formy wniesionego wadium uznać należy, że zamawiający ma gwarancję, że cel wadium jest spełniony, a jego interes zabezpieczony. Ponadto wobec złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, nie można uznać, że ewentualne zatrzymanie wadium w związku z zaistnieniem przesłanek ustawowych, przez Zamawiającego, mogłoby stanowić podstawę roszczeń z tytułu czynu niedozwolonego określonego art. 415 i 405 KC. Czynność taka mieściłaby się w granicach prawa.
Bezwzględnym wymaganiem Pzp jest, aby oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, nie zakazując przy tym możliwości zmiany formy wniesionego wadium. Jednocześnie Izba nie stwierdziła naruszenia jakiegokolwiek przepisu Pzp w związku z dokonaniem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ostatnim dniu pierwotnego terminu związania oferta, po uprzednim żądaniu jego przedłużenia.
Reasumując, brak było podstaw odrzucenia oferty Przystępującego z Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp, dlatego też Izba nie uwzględniła przedmiotowego zarzutu odwołania.
II.Drugi z zarzutów odwołania dotyczył naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 Pzp, mającego polegać na zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego w części I postępowania jako zawierającej rażąco niską cenę istotnych części składowych oraz naruszającą zasady uczciwej konkurencji.
W ocenie Izby również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
Na wstępie, co do ciężaru dowodu wykazania poprawnego skalkulowania ceny to zgodnie z regulacjami Pzp spoczywa on na wezwanym do wyjaśnień wykonawcy przez co należy rozumieć obowiązek złożenia wyczerpujących i spójnych wyjaśnień w zakresie wyznaczonym treścią wezwania, w tym również, co do zasady, przedstawienia dowodów potwierdzających prawdziwość składanych wyjaśnień. Jednakże odnosząc się do regulacji art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, Izba popierając stanowisko wyrażone w wyroku z dn. 4 września 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1664/18 wskazuje za nim, że przepis ten przewidujący w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej odwrócony ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zwalnia wykonawcy stawiającego taki zarzut względem ceny oferty konkurenta, ze wskazania uzasadniających go okoliczności faktycznych, w tym również z przedstawienia dowodów na poparcie przytoczonych w odwołaniu tez. Oznacza to, że stawiający taki zarzut wykonawca nie może ograniczyć się li tylko do twierdzenia o nierynkowej cenie oferowanej przez konkurenta, mającej świadczyć o jej rażąco niskim charakterze, ale wskazać również okoliczności uzasadniające takie twierdzenie, w tym przedstawić dowody na ich poparcie. Takich okoliczności i dowodów, uzasadniających uwzględnienie odwołania, Odwołujący nie przedstawił.
Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, przedstawił w zakresie rażąco niskiej ceny istotnych pozycji, wyliczenia porównując ceny produktów zaoferowanych przez Przystępującego z cenami, które jego zdaniem odpowiadają realnemu poziomowi, i na tej podstawie sformułował wniosek, że zaoferowana przez Przystępującego cena nosi znamiona rażąco niskiej. Odwołujący posługiwał się przy tym ogólnie dostępnymi katalogami dostawców, niezasadnie pomijając wyjaśnienie Przystępującego, który powoływał się na wielkość zamówienia umożliwiającą mu uzyskanie bezpośrednio od producentów dodatkowych upustów i gwarancji cenowych. Ponadto Odwołujący w oparciu o wyjaśnienia Przystępującego i przedstawioną wraz z nimi kalkulację cenową wywiódł, że cena zaoferowana przez Przystępującego wynika de facto z zaoferowania produktów niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego, co zdaniem Odwołującego wskazuje na nieuczciwe praktyki rynkowe. Odwołujący jednocześnie pomimo wskazywania na niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ nie podnosił zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zarzut rażąco niskiej ceny części składowych oferty został sformułowany przez Odwołującego wobec cen poz. 10, 23, 122, 123 oraz 155 formularza cenowego Przystępującego.
Izba w tym miejscu, nie przywołuje argumentacji Odwołującego przedstawionej szczegółowo na wstępie, jednakże zauważa, że jest ona obarczona w znacznej mierze błędem wynikającym z niewłaściwej oceny oferty Przystępującego. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są poparte stosownymi wyliczeniami dotyczącymi elementów dot. realizacji przedmiotu zamówienia. Kalkulacji dokonano z uwzględnieniem zakresu przedmiotu zamówienia. Przystępujący wykazał rentowność pozycji, które były przedmiotem wyjaśnień wskazując poziom przewidywanej marży.
Odnosząc się szczegółowo do argumentacji Odwołującego w zakresie powyższych zarzutów, Izba w całości podziela stanowiska prezentowane przez Zamawiającego jak i Przystępującego. W poz. 10 Formularza cenowego Przystępujący wskazał, iż oferuje baterię litową ER9V, natomiast w złożonych wyjaśnieniach dot. rażąco niskiej ceny faktycznie wskazał, jako nazwę oferowanych baterii oznaczenie „bateria litowa VARTA 9V ER9V 6LR61", przy czym, co było bezsporne pomiędzy stronami oznaczenie „6LR61" oznacza baterię alkaliczną, a nie litową. Z powyższego Odwołujący arbitralnie wywiódł, że Przystępujący wskazując w kalkulacji baterie alkaliczne nie wykona zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, bo zaoferowana cena dotyczy baterii alkalicznych i do wymaganych baterii „litowych" jest rażąco niska. Przystępujący natomiast, w złożonych Zamawiającemu w dniu 13 listopada 2018 r. wyjaśnieniach, które Izby wzięła pod uwagę przy wydaniu wyroku na zasadzie art. 191 ust. 2 Pzp (*Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*), wskazał, że jednoznacznie ze złożonej oferty wynika, iż zaoferował wymaganą baterię litową. Ponadto, podniósł, że celem złożenia kalkulacji nie było precyzyjne podanie marki produktu lecz pokazanie cen zakupu i wyjaśnienie, że wskazane produkty nie zawierają rażąco niskich cen i nie są sprzedawane poniżej kosztów zakupu. Jednocześnie Przystępujący wskazał, na fakt, iż zarzut Odwołującego oparty został o kalkulację cenową stanowiącą wewnętrzny formularz roboczy Przystępującego, który był sporządzany podczas wyceny przedmiotu zamówienia, jeszcze na etapie, gdy poz. 10 zawierała wewnętrznie sprzeczny opis wymagający zaoferowania w jednej kolumnie baterii alkalicznej, a w drugiej baterii litowej. Zamawiający usunął ww. sprzeczność odpowiedzią na pytania

wykonawców z dn. 8 sierpnia 2018 r. Jak oświadczył Przystępujący, po udzielonych wyjaśnieniach, ostateczny kształt oferty (uwzględniający modyfikacje) został ukształtowany w Załączniku nr 2 do SIWZ czyli formularzu cenowym. W ocenie Izby argumentacja Przystępującego w tym zakresie jest spójna i logiczna i jako taka zasługuje na aprobatę Izby, natomiast argumentacja Odwołującego nie uwzględnia całokształtu oferty złożonej przez Przystępującego, gdzie w ofercie Przystępujący jednoznacznie potwierdził, iż przedmiotem jego oferty jest bateria litowa. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił, żadnych czynników cenotwórczych powodujących, że cena zaoferowana za tę pozycję powinna być uznana za rażąco niską.

Odnośnie poz. 23 Formularza cenowego i zaoferowania przez Przystępującego długopisu SUPRA ROTO TEN firmy LEVIATAN – POLIGRAFIA sp. z o.o., Odwołujący twierdził, iż nasadka tego długopisu nie jest zaopatrzona w silikonową kulkę zabezpieczającą przed wysychaniem, kulkę barwioną zgodnie z kolorem tuszu, a tylko kulkę silikonową przezroczystą, bezbarwną na zakończeniu wkładu zamiast wosku. W związku z tym, Przystępujący nie wykona zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a długopis który spełnia wymagania to długopis RYSTOR, którego cena rynkowa wynosi ok. 1,60 zł, co powoduje obniżenie ceny oferty Przystępującego o około 17 000 zł. Podczas rozprawy Odwołujący okazał długopis SUPRA ROTO TEN firmy LEVIATAN – POLIGRAFIA sp. z o.o., którego nasadka nie była zaopatrzona w silikonową kulkę zabezpieczającą przed wysychaniem, kulkę barwioną zgodnie z kolorem tuszu, a tylko kulkę silikonową przezroczystą, bezbarwną na zakończeniu wkładu. Natomiast Przystępujący okazał długopis oznaczony SUPRA ROTO TEN firmy LEVIATAN, którego nasadka była zaopatrzona silikonową kulkę zabezpieczającą przed wysychaniem, barwioną zgodnie z kolorem tuszu, a nie tylko kulkę silikonową przezroczystą, bezbarwną na zakończeniu wkładu. Strony i uczestnik postępowania po okazaniu nie zaprzeczyły, iż jest to ten sam długopis lecz jeden jest zaopatrzony kulkę zgodną z wymaganiami, a w drugim takiej kulki brak. Jednocześnie Izba zważyła, że korespondencja mailowa z firmą LEVIATAN–POLIGRAFIA sp. z o.o. przedstawiona przez Odwołującego jako dowód w sprawie, potwierdza, że na moment prowadzenia korespondencji firma ta oferowała długopis SUPRA ROTO TEN, którego nasadka była zaopatrzona w silikonową kulkę zabezpieczającą przed wysychaniem, lecz była to kulka silikonowa przezroczysta. Tym samym, Odwołujący przedstawił podczas rozprawy dowody i argumentację wewnętrznie sprzeczną, z jednej strony twierdząc, że oferowany przez Przystępującego długopis w ogóle nie jest zaopatrzony w wymaganą kulkę i jednocześnie przedstawiając korespondencję potwierdzającą, że długopis jest zaopatrzony w silikonową kulkę lecz w kolorze przezroczystym, a nie wymaganym zgodnym z kolorem tuszu. Wobec okazania podczas rozprawy dowodów, wskazujących na istnienie długopisu SUPRA ROTO TEN firmy LEVIATAN spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego oraz przedstawienia przez Przystępującego oświadczenia firmy LEVIATAN – POLIGRAFIA sp. z o.o. potwierdzającego, że na zamówienie Przystępującego dostarczy ona długopis Supra Roto Ten Ball o parametrach spełniających wymagania Zamawiającego, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut zaoferowania niskiej ceny ze względu na zaoferowanie produktu niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto, odnośnie stwierdzenia Odwołującego, że w przypadku istnienia długopisu SUPRA ROTO TEN o różnych parametrach powinien on nosić inne oznaczenie handlowe, wskazać należy, że to producent decyduje o oznaczeniu handlowym oferowanych produktów i być może różnicuje on swoje produkty (oświadczenie dot. długopisu Supra Roto Ten Ball), lecz dostawcy często posługują się skrótowymi nazwami produktów – potwierdza to również z korespondencja przedłożona przez Odwołującego z firmą LEVIATAN – POLIGRAFIA sp. z o.o., w której mowa jest tylko o długopisie oznaczonym „Supra", a jak twierdził Odwołujący chodziło o długopis Supra Roto Ten. Jednocześnie, tak jak w stosunku do poz. 10 formularza cenowego Odwołujący nie przedstawił, żadnych czynników cenotwórczych powodujących, że cena zaoferowana za tę pozycję powinna być uznana za rażąco niską, przy stwierdzeniu, że zaoferowany długopis spełnia wymagania Zamawiającego.

Z zarzutem dot. poz. 23 Formularza cenowego związany jest też zarzut dot. poz. 155 Formularza cenowego dot. zaoferowania wkładu do długopisu wymienionego w tejże pozycji. Zarzut ten jest zarzutem wynikowym, zarzutu dot. poz. 23, gdyż Odwołujący przyjął, że jeśli zaoferowany w poz. 155 wkład pasuje do długopisu, który został zaoferowany w poz. 23, a z kolei długopis ten nie spełnia wymagań Zamawiającego, to zaoferowana cena jest ceną nierealną za wkład, który by pasował do długopisu, który w ocenie Odwołującego powinien zostać zaoferowany w poz. 23 tj. długopisu RYSTOR. W związku, ze stwierdzeniem przez Izbę, iż zaoferowany przez Przystępującego, w poz. 23 formularza ofertowego, długopis charakteryzuje się parametrami odpowiadającymi wymaganiom Zamawiającego, to również wkład jest wkładem właściwym. Wykonawca nie musiał oferować wkładu, który by pasował do długopisu RYSTOR, po cenie dla niego właściwej, jeśli takiego długopisu nie oferował.

Zarzut dot. poz. 122 i 123 formularza cenowego, Odwołujący oparł na własnej interpretacji wymagań Zamawiającego, kwestionując cenę zaoferowanych przez Przystępującego segregatorów ze względu na nie zaoferowanie przez niego segregatorów oklejonych folią polipropylenową w całości, a tylko częściowo tj. oklejonych folią polipropylenową tylko na zewnątrz, natomiast wewnątrz jasnoszarym papierem. Zgodnie z opisem Zamawiającego segregatory z poz. 122 i 123 Formularza cenowego, powinny m.in. być oklejone folią polipropylenową. Co do takiego opisu żaden z wykonawców nie zadał pytania wyjaśniającego, czy oklejenie folią dotyczy całego segregatora, czy też tylko zewnętrznej jego części. Jak wskazał Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach z dn. 9 listopada 2018 r. zaoferowane segregatory spełniają wymagania Zamawiającego, gdyż słowo okleić, zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego oznacza „przymocować klejem coś dookoła lub w wielu miejscach". Zamawiający w sporządoznym opisie przedmiotu zamówienia nie wskazał sposobu w jaki mają być one oklejone tzn. nie ma żadnych informacji odnośnie oklejenia segregatora wewnątrz. Do argumentacji tej przychyla się również Izba, mając na uwadze również wypracowaną orzecznictwie i doktrynie zasadę, iż wątpliwości interpretacyjne dot. SIWZ, ujawnione po terminie składania ofert należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy. W związku z powyższym, wobec stwierdzenia, że zaoferowane segregatory są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, brak jest podstaw do stwierdzenia, że zaoferowana za nie cena jest rażąco niska. Odwołujący argumentował, że cena za segregatory jest niska, gdyż zaoferowano niewłaściwy tzn. tańszy produkt, nie kwestionował natomiast ceny w kontekście produktu o parametrach zaoferowanych Zamawiającemu. Mając powyższe na uwadze Izba, uznała, że również ten zarzut nie potwierdził się. Z okoliczności sprawy wynika, że Wykonawca złożył ofertę która zawiera wycenę wszystkich produktów, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Żadnych dowodów Odwołujący nie przedstawił również na okoliczność, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, stanowi w pełni samodzielną podstawę
do odrzucenia oferty z omawianej przyczyny. Celem zastosowania art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. Celem złożenia przez wykonawcę oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia publicznego.

Pojęcie "dostęp do rynku zamówień publicznych" należy rozumieć szeroko jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych (wyrok SA w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2013 r., I ACa 1173/12). Czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust 1 UZNK jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działanie sprawcy popełniającego czyn nieuczciwej konkurencji charakteryzuje sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. W zakresie sprzeczności z prawem nie ulega wątpliwości, że czyny sprzeczne z nakazami prawa cywilnego mogą również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (przy spełnieniu pozostałych przesłanek). Jeżeli zaś rozpatrujemy sprzeczność z dobrymi obyczajami, to należy zauważyć, iż ta klauzula generalna jest interpretowana w orzecznictwie w duchu podejścia ekonomiczno-
funkcjonalnego. Oznacza to, że celem jest „zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania
konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi
pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług. Konkurencja powinna
być „czytelna dla przedsiębiorców i klientów a jej wyniki niezafałszowane" -
J. Szwaja Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2006,
s. 157). Izba oceniając złożoną przez Przystępującego ofertę, pod kątem, skonstruowania jej w zakresie poz. 10, 23, 155, 122 i 123 formularza cenowego z naruszeniem prawa bądź dobrych obyczajów, stwierdziła, że brak jest podstawy do uznania, że sposób doboru produktów i kalkulacji ceny, nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W szczególności Izba, wobec ustaleń dokonanych odnośnie zarzutu dot. rażąco niskiej ceny, nie podziela stanowiska Odwołującego, iż w niniejszej sprawie doszło do manipulacji cenowej. Za wyrokiem Izby z dnia 7 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2193/17 wskazać należy, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony przez przytoczenie konkretnego przepisu UZNK. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 UZNK albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy.
Odwołujący, w ocenie Izby powyższym obowiązkom nie sprostał. Uzasadniając podniesiony zarzut wskazał jedynie, że „Przystępujący, w złożonych wyjaśnieniach, do których został wezwany przez Zamawiającego potwierdził, że części składowe ceny, które dotyczą zakwestionowanych wyżej pozycji formularza cenowego są rażąco niskie, ze względu na fakt, że odnoszą się do artykułów nie spełniających wymagań Zamawiającego a co dalej, nie możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oferta winna być odrzucona. Wybrany Wykonawca, jest profesjonalnym podmiotem, od wielu lat działającym na rynku, z doświadczeniem i wiedzą, załączona kalkulacja cenowa do wyjaśnienia daje podstawy, że oferta ta winna być również odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp". Takie zaś stwierdzenie, zdaniem Izby, nie wypełnia obowiązku uzasadnienia i udowodnienia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.
Mając na uwadze powyższe uzasadnienie wyroku Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego zasad o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.
Zgodnie z art. 192 ust. 7 Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, dlatego też Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut podniesiony przez Odwołującego dopiero w toku rozprawy, a dotyczący zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przed terminem wyboru oferty najkorzystniejszej.
W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz.U. z 2018 r., 972). Izba nie zasądziła kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na rzecz Przystępującego na podstawie przedłożonej faktury VAT z uwagi na fakt, że w świetle obowiązujących przepisów Pzp i ww. rozporządzenia, koszty te nie przysługują wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, z wyjątkiem przypadku, gdy zgłasza on sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu.

Przewodniczący:……