

Sygn. akt: KIO 2333/18

WYROK
z dnia 26 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018 r. przez wykonawcę R.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ALLGAST” R.J. w Bydgoszczy, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - 4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Zakład Doświadczalny Biskupiec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Biskupcu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. J. , prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ALLGAST” R. J. w Bydgoszczy i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę R. J. , prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ALLGAST” R. J. w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy R. J. , prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ALLGAST” R. J. w Bydgoszczy na rzecz zamawiającego – 4 Regionalnej Bazy Logistycznej we Wrocławiu kwotę 4 160 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sto sześćdziesiąt złotych, zero groszy), stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika, koszt noclegu i parkingu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2333/18

Uzasadnienie

I. 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę menażek ze stali nierdzewnej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 13 listopada 2018 r. wykonawca R.J. , prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ALLGAST” R. J. w Bydgoszczy (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.) przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na to, iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy braku podstaw faktycznych do dokonania takiej czynności.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W formularzu ofertowym Odwołujący zaoferował menażkę ze stali nierdzewnej w cenie 1 zł netto sztuka - w zakresie zamówienia opcjonalnego, podczas gdy cena jednej sztuki w ramach zamówienia gwarantowanego zaoferowana została na poziomie 134 zł netto. Zamówienie opcjonalne opiewa na 380 sztuk, podczas gdy gwarantowane na 4030 sztuk. Po dokonaniu przeliczeń zamówienie opcjonalne zostało zaoferowane za kwotę 467,40 zł brutto, podczas gdy zamówienie gwarantowane zaoferowano za kwotę 664.224,60 zł brutto. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w/w okoliczności pismem z dnia 24 października 2018 r., a po otrzymaniu wyjaśnień w dniu 9 listopada 2018 r. odrzucił ofertę Odwołującego. Powodem takiej decyzji Zamawiającego było uznanie, iż zaoferowanie zamówienia opcjonalnego za kwotę 467,40 zł brutto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.). Zamawiający oparł się na wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 31 października 2017 r., o sygn. KIO 2164/17. Wyrok ten nie jest znany Odwołującemu, ponieważ nie został zamieszczony na serwerze <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/>, a tym samym nie jest powszechnie dostępny. Odwołujący porównywał stan faktyczny w sprawie KIO 2164/17 ze stanem faktycznym w

postępowaniu i dochodził do wniosku, że choć podobne, to się od siebie różnią.

Odwołujący wywodził, że w realiach niniejszej sprawy Odwołujący nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, za czym przemawiają następujące argumenty:

-w postępowaniu przetargowym będącym kanwą do wydania wyroku KIO 2164/17 stosunek zamówienia gwarantowanego do zamówienia opcjonalnego to 2 do 1 (400 sztuk do 200 sztuk) a w niniejszej sprawie jest to w przybliżeniu 11 do 1 (4030 sztuk do 380 sztuk), zamówienie opcjonalne jest więc marginalnym ilościowo dla całości postępowania przetargowego;

-w niniejszej sprawie różnica pomiędzy „prawidłową” ceną ofertową zamówienia opcjonalnego, dla uproszczenia liczoną jako $380 \times 164,82 \text{ zł brutto}$ (cena szt. w zamówieniu gwarantowanym) = 62.631.60 zł brutto, a faktyczną ceną wynoszącą 467,40 zł brutto, jest relatywnie niewielka

-w sprawie KIO 2164/17 różnica ta wynosiła około 2.400.000,00 zł brutto;

-w postępowaniu przetargowym będącym kanwą do wydania wyroku KIO 2164/17 nieuczciwy oferent był po części producentem oferowanych wyrobów a w niniejszej sprawie Odwołujący jest w 100% pośrednikiem, importującym oferowane produkty z Chin;

- z uwagi na krótki termin realizacji zamówienia, związany ze zbliżającym się końcem roku kalendarzowego, Odwołujący zamówił i opłacił całość zamówienia (tak gwarantowanego jak i opcjonalnego), nie zachodzi więc ryzyko, iż do realizacji zamówienia opcjonalnego nie dojdzie, a Zamawiający zapłaci za nie w ramach zamówienia gwarantowanego, co w wyroku KIO 2164/17 podniesione zostało jako istotne zagrożenie interesów Zamawiającego;

-Zamawiający, z uwagi na marginalną wielkość zamówienia opcjonalnego, nie poniesie istotnego uszczerbku na ew. naliczonych karach umownych (jest to maksymalnie 25% z około 60.000 zł a więc około 15.000 zł).

Na marginesie Odwołujący podnosił, że wyrok KIO 2164/17, nie został zamieszczony na serwerze <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/>, a przez to i w komercyjnych programach prawniczych, nie jest więc powszechnie znany. Odwołujący nie miał żadnej wiedzy o jego istnieniu, do czasu otrzymania pisma informującego o odrzuceniu jego oferty, bo gdyby wiedzę taką posiadał, nigdy nie wypełnił by formularza ofertowego w przedmiotowy sposób. Wręcz przeciwnie, inne dostępne w tym zakresie orzecznictwo KIO jest mylące i tak:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2013 r. o sygn. KIO 1395/13 i tezie: „Przepisy ustawy (...) nie dają podstaw do uznawania ceny jednostkowej, jako mającej charakter ceny rażąco niskiej. Art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy stanowią bowiem literalnie - wprost, że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do niektórych tylko pozycji. Choćby nawet cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niskiej ceny całej oferty.”,

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2017 r., sygn. KIO 2144/17 i tezie: „samo zaoferowanie towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia nie jest zakazane, jeśli nie ma na celu utrudniania dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców”,

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2016 r. o sygn. KIO 830/16 i tezie: „Samo stwierdzenie, że zaproponowane ceny na poziomie 0,01 zł za wykonanie spornych pozycji kosztorysowych są niemożliwe do osiągnięcia nie przesądza jeszcze, że działanie to zostało podjęte z zamiarem utrudnienia dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców.”.

Wobec powyższego dziwi Odwołującego zachowanie Zamawiającego, który dysponując wyrokiem KIO 2164/17, nadal konstruuje formularz ofertowy w ten sposób, iż możliwym jest zaoferowanie dwóch różnych cen za ten sam produkt (jednej w zamówieniu gwarantowanym a drugiej w zamówieniu opcjonalnym). Zamawiający mógł też umieścić stosowną informację w SIWZ. Wszystkie te okoliczności sprowadzają się do tego, iż ten z oferentów, który wiedział o wyroku KIO 2164/17, miał swoistą przewagę nad pozostałymi, którzy nieświadomie mogli popełnić błąd i narazić się na odrzucenie oferty. Odwołujący nie działał w kierunku utrudnienia konkurencji (w przedmiotowej sprawie ponad 90% ceny ofertowej to zamówienie gwarantowane gdzie skupiał się ciężar walki konkurencyjnej), ani też w kierunku pokrzywdzenia Zamawiającego (wiedza o wyroku KIO 2164/17 i jego niuansach nie jest powszechnie dostępna, a inne orzeczenia KIO zawierają tezy odmienne).

Wobec czego działanie Zamawiającego, co do zasady (w oparciu o wyrok KIO 2164/17) słuszne, w realiach niniejszej sprawy nie jest prawidłowe, a Odwołujący wnosi o unieważnienia czynności odrzucenia oferty „ALLGAST” R. J. dokonanej w dniu 9 listopada 2018 r oraz podtrzymuje pozostałe wnioski.

Ponadto na rozprawie Odwołujący podnosił, że w postępowaniu KIO 2164/17 wystąpiła ewidentna manipulacja ceną, tymczasem w ofercie Odwołującego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia nastąpił nieszczęśliwy zbieg okoliczności, wynikający z niewiedzy wykonawcy o wyroku KIO 2164/17 i konstrukcji formularza ofertowego. Formularz ofertowy przygotowany przez Zamawiającego pozwalający na wpisanie dwóch różnych cen na zamówienia

podstawowe i opcjonalne sugerował, że ceny te powinny być różne. Takie różne ceny zaoferował również Przystępujący. Dodatkowo Odwołujący zauważał, że nie wiadomo na pewno, czy Zamawiający w tym postępowaniu uruchomi prawo opcji. W postępowaniach, w których to przewidywał, na otwarciu ofert podawał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, na otwarciu ofert, Zamawiający podał tylko kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia gwarantowanego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosil o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Zakład Doświadczalny Biskupiec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Biskupcu (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa menażek ze stali nierdzewnej. Zamawiający przewidział w ramach przedmiotu zamówienia, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ; kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy) zamówienie gwarantowane (4 030 sztuk) i zamówienie opcjonalne (380 sztuk).
2. We wzorze umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ, Zamawiający przewidział kary umowne płatne przez wykonawcę – m.in. 25% wartości brutto niezrealizowanej części udzielonego zamówienia opcjonalnego (§ 8 ust. 1 pkt 3 i 4 wzoru umowy).
3. W formularzu ofertowym należało wskazać ceny jednostkowe menażek – osobno dla zamówienia gwarantowanego, i osobno dla zamówienia opcjonalnego. Ceną oferty była cena łączna za zamówienie opcjonalne i gwarantowane.
4. W postępowaniu złożono dwie oferty - ofertę Odwołującego i ofertę Przystępującego.
Odwołujący zaoferował cenę menażki dla zamówienia gwarantowanego w kwocie 134 zł netto, a 1 zł – dla zamówienia opcjonalnego. W konsekwencji cena brutto oferty Odwołującego wynosiła 664 692,00 zł (w tym 664 224,60 zł za zamówienie gwarantowane, 467 zł za zamówienie opcjonalne).
Przystępujący zaoferował taką samą cenę menażki dla zamówienia gwarantowanego, jak i opcjonalnego – 126 zł netto. W konsekwencji cena brutto oferty Przystępującego wynosiła 683 461,80 zł (w tym 624 669,40 zł za zamówienie gwarantowane, 58 892,40 zł za zamówienie opcjonalne).
Zamawiający przewidział kryteria pozacenowe oceny ofert, ale w niniejszym postępowaniu nie miały one znaczenia dla porównania ofert (w kryteriach pozacenowych wykonawcy zaoferowali takie same warunki). Zatem o tym, która oferta jest najkorzystniejsza, decydowała cena.
5. Zamawiający w dniu 24 października 2018 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w szczególności do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zamówieniu opcjonalnym.
6. Odwołujący złożył wyjaśnienia (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), w których m.in. wskazał, że uwzględniono rabaty specjalne i otrzymano od dostawcy cenę specjalną „na ilość 380 sztuk w wysokości 0,01 USD, pod warunkiem uruchomienia przez Zamawiającego skorzystania z prawa opcji” (załączono fakturę proforma).
7. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.). Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie.
8. Odwołujący na rozprawie podtrzymywał argumentację zaprezentowaną w odwołaniu, a ponadto złożył jako dowód ofertę w języku angielskim (z tłumaczeniem własnym na język polski), z której wynikało, że producent może zaoferować 380 sztuk menażek regenerowanych (odrzutów z poprzedniego zamówienia z powodu niewłaściwego malowania, które mogą być wypiskowane i ponownie pomalowane) w cenie 0,01 USD. Oferta pochodzi od innego podmiotu, niż faktura załączona do wyjaśnień Odwołującego z dnia 30 października 2018 r. Ponieważ Odwołujący

przedstawił powyższą ofertę jako dowód na rozprawie (rozprawa jest jawna, a Odwołujący nie wnosił o jej utajnienie), Izba w pkt 6 powyżej przytoczyła odpowiedni fragment z wyjaśnień Odwołującego z dnia 30 października 2018 r.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie należy oddalić.

Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego – w niniejszym postępowaniu odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.) było prawidłowe.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak wynika z porównania cen, zaoferowanych w ofertach Odwołującego i Przystępującego, zaoferowanie zamówienia opcjonalnego w cenie 1 zł postawiło Odwołującego w uprzywilejowanej pozycji: po pierwsze, jego globalna cena (cena łączna za zamówienie podstawowe i opcjonalne) jest najniższa, mimo ceny jednostkowej menażki dla zamówienia gwarantowanego wyższej o prawie 10 zł netto od oferty Przystępującego, po drugie – w razie naliczenia kar umownych za niezrealizowanie zamówienia opcjonalnego Odwołujący zapłaciłby karę umowną niewspółmiernie mniejszą, niż Przystępujący (zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 3 i 4 wzoru umowy).

Odwołujący przekonująco nie wyjaśnił, że może zaoferować w sposób gospodarczo uzasadniony menażki w cenie 1 zł. Powinien to uczynić w wyjaśnieniach z dnia 30 października 2018 r., czemu nie sprostał. Z wyjaśnień nie wynika, dlaczego cena za menażki w ramach zamówienia opcjonalnego wynosi 1 zł, a jedynie, że uzyskano cenę „na ilość 380 sztuk w wysokości 0,01 USD, pod warunkiem uruchomienia przez Zamawiającego skorzystania z prawa opcji” – nie wiadomo więc, czy nie jest to oferta warunkowa, i nie wiadomo, dlaczego ta cena jest na takim niskim poziomie. Cenę 1 zł mogłaby usprawiedliwiać oferta, złożona na rozprawie, jednak jest to dowód spóźniony; niezależnie od tego - brak związku pomiędzy wystawcą faktury proforma, załączonej do wyjaśnień, a składającym ofertę, przedłożoną przez Odwołującego na rozprawie.

Konkludując, zaoferowanie ceny 1 zł za menażkę dla zamówienia opcjonalnego postawiło Odwołującego w uprzywilejowanej pozycji względem Przystępującego, w nieuzasadniony sposób. W ocenie składu orzekającego takie działanie wypełnia przesłanki wynikające z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, i narusza interes innego przedsiębiorcy.

Argumentacja Odwołującego, że być może Zamawiający w ogóle nie skorzysta z prawa opcji w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie przemawia na korzyść Odwołującego. Jeżeli bowiem porównać oferty Odwołującego i Przystępującego, w ramach zamówienia gwarantowanego, to oferta Przystępującego jest tańsza.

Na ocenę prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego nie ma wpływu, że Odwołujący nie znał orzeczenia sygn. akt K I O 2164/17 (nie było ono publikowane, ze względu na okoliczność, że uzasadnienie zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiającemu jest znane, ponieważ był stroną postępowania), na które powołał się Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Prawo zamówień publicznych nie jest prawem opartym na precedensach, a Izba ocenia samodzielnie stan faktyczny ustalony dla konkretnego postępowania odwoławczego. W niniejszym postępowaniu należało ustalić, czy zaoferowanie przez Odwołującego ceny 1 zł za menażkę dla zamówienia opcjonalnego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a więc stanowi przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Na to pytanie skład orzekający odpowiedział twierdząco.

Na stwierdzenie czynu nieuczciwej konkurencji nie ma również wpływu konstrukcja formularza ofertowego, który umożliwiał wpisanie różnych cen menażek w ramach zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego. Nie można bowiem z góry wykluczyć, że zaoferowanie różnych cen będzie uzasadnione gospodarczo, co jednak wykonawca powinien móc wykazać.

Na marginesie trzeba zauważyć, że Zamawiający postąpił prawidłowo, badając ceny jednostkowe w tym postępowaniu – porównanie cen zaoferowanych przez Odwołującego dla zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego mogło budzić wątpliwości. I choć zasadą jest, że rażąco niską cenę bada się w odniesieniu do całości zamówienia, to może się zdarzyć w pewnych okolicznościach, że i w odniesieniu do ceny jednostkowej można uznać, że jest rażąco niska. Odwołujący w ramach zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego oferował identyczny przedmiot – ale za diametralnie różną cenę. W toku postępowania wyjaśniającego Odwołujący nie wykazał, że cena zaoferowana w ramach zamówienia opcjonalnego jest gospodarczo uzasadniona i realna. W konsekwencji decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołujący była prawidłowa. Wobec powyższych okoliczności Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa, które miałyby wpływ na wynik postępowania, dlatego odwołanie oddalono.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 Za uzasadnione koszty Zamawiającego Izba uznała, oprócz kosztu zastępstwa prawnego, koszt noclegu dwóch osób (dwóch pełnomocników obecnych na rozprawie) i

parkingu.

Przewodniczący: