Sygn. akt: KIO 369/16

Wyrok
z dnia 23 marca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2016 roku przez wykonawcę **budmax Regały Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Międzynarodowe Centrum Budownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert wykonawców: Międzynarodowe Centrum Budownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Marcina Liminowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno-Handlowe M.L. z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;

2. kosztami postępowania obciąża przystępującego **Międzynarodowe Centrum Budownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **budmax Regały Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od przystępującego **Międzynarodowe Centrum Budownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **budmax Regały Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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 369/16

UZASADNIENIE

W dniu 14 marca 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 poz. 2164 ze zm. - dalej „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca *budmax REGAŁY Sp. z o.o.* z siedzibą w Gdańsku (dalej „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp na: dostawę wyposażenia Centrum

Konserwacji Wraków Statków wraz z Magazynem Studyjnym w Tczewie - etap czwarty prowadzi Zamawiający: Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku. Postępowanie podzielono na 9 części. Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego w ramach części 2 zamówienia: Dostawa regałów przesuwnych wraz z rozmieszczeniem i montażem/instalacja w miejscu docelowym. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S 011-014906 z dnia 16.01.2016 roku. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 04 marca 2016 roku, wobec czego termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił w terminie wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na:
1) zaniechaniu odrzucenia oferty firmy Międzynarodowe Centrum Budownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca"), która to oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w części 2 o, a której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w konsekwencji zaś zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty Odwołującego,
2) odrzucenia oferty firmy M.L. zaniechaniu Biuro Techniczno-Handlowe z siedzibą w Poznaniu (dalej „BTH"), a której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w konsekwencji zaś zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom zarzucono naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oceny oferty Wykonawcy;

2) dokonanie ponownej oceny złożonych w postępowaniu ofert, a w jej efekcie odrzucenie oferty Wykonawcy oraz odrzucenie oferty złożonej przez BTH, jako że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił także o powołanie biegłego stosownej specjalności na okoliczność ustalenia wartości elementów sterowania elektronicznego w stosunku do wartości regałów jezdnych biorąc pod uwagę specyfikację techniczną zamawianych regałów wyszczególnioną przez Zamawiającego w załączniku do SIWZ, a także „okres żywotności" elementów elektronicznych i elektromechanicznych służących do napędzania regałów stanowiących przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku uchybień Zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego, które uzyskałby gdyż złożył on ofertę najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ.

W uzasadnieniu podniesiono, że przedmiotem zamówienia części 2 postępowania przetargowego jest dostawa regałów jezdnych, których szczegółowy opis Zamawiający zamieścił w „Części III b SIWZ Formularz asortymentowo-cenowy - CZĘŚĆ OPISOWA". Zgodnie z tym dokumentem wykonawcy zostali zobligowani do wykonania, dostawy i montażu trzech rodzajów regałów przesuwnych zasilanych elektrycznie, których szczegółowa specyfikacja została wskazana w pkt II. - Wymagane parametry regałów przesuwnych. Zgodnie z pkt II. A.i) sterowanie regałami miało zostać zapewnione za pomocą panelu dotykowego - wyświetlacz typu TFT, lub równoważny oraz wyświetlacz LED. Zgodnie zaś z pkt II G układ sterowania miał być zapewniony poprzez napęd elektryczny - silnik jednofazowy 24 V z przekładnią mechaniczną, o mocy 40 W, elektroniczne sterowanie mikroprocesorowe, każdy regał wyposażony musiał być w niezależny panel sterowniczy, zasilacz i elementy sterownicze oraz czujki odległości i diodę statusową, a także Zamawiający wskazał szereg innych wymagań w odniesieniu do systemu sterowania elektrycznego. Jest to o tyle, zdaniem Odwołującego ważne, że sposób sterowania regałami przekłada się bezpośrednio na zasadność lub jej brak udzielenia wieloletniej gwarancji na oferowany towar.

W przedmiotowym postępowaniu - w części 2 postępowania oferty złożyły cztery podmioty:
1. Odwołujący: cena oferty 231.943,56 zł brutto / okres gwarancji 60 miesięcy (5 lat)

2. Wykonawca: cena oferty 540.831,00 brutto / okres gwarancji 1188 miesięcy (99 lat)
3. BTH : cena oferty 373.809,30 brutto / okres gwarancji 240 miesięcy (20 lat)
4. Dexion: cena oferty 170.355,00 brutto / okres gwarancji 36 miesięcy (3 lata)

W ocenie Odwołującego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części 2 postępowania przetargowego wskazuje, że zaoferowane przez wybranego Wykonawcę

---

i BTH okresy gwarancji na dostarczony towar tj. odpowiednio 100 lat i 20 lat są nierealne do zrealizowania w warunkach rynkowych, a tym samym w kolizji z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z zapisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm. - dalej „uznk") złożenie ofert z tak długim okresem gwarancji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Obydwaj wykonawcy tj. Wykonawca wybrany i BTH zaoferowali, w ocenie Odwołującego, nierealne i nierynkowe okresy gwarancji co, w związku z konstrukcją kryteriów oceny ofert przez Zamawiającego w Rozdziale 9 części I SIWZ, pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia mimo, że zaoferował on najkorzystniejszą dla Zamawiającego cenę spośród podmiotów niewykluczonych z postępowania. Co znamienne, Zamawiający w wyżej wskazanym postanowieniu zbiorczo, dla wszystkich części prowadzonego postępowania przetargowego ustalił te same kryteria oceny ofert na następującym poziomie:
1) Cena 60 %
2) Gwarancja i rękojmia 40 % (!)
Jednocześnie Zamawiający wskazał, że minimalny okres udzielanej gwarancji musi wynosić nie mniej niż 24 miesiące, nie wskazując jednocześnie maksymalnego okresu jaki wykonawcy mogą zaoferować w prowadzonym postępowaniu. Takie podejście, jakkolwiek w ocenie Odwołującego nie przekłada się na zarzut wady postępowania, która wymuszałaby unieważnienie przedmiotowego postępowania w całości, jednak przerzuca na Zamawiającego ciężar zachowania szczególnej staranności w ocenie złożonych przez wykonawców ofert w odniesieniu do oferowanych okresów gwarancji celem wyeliminowania ofert, których złożenie stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji. Jest to o tyle ważne, że Zamawiający nadał kryterium gwarancji wagę aż 40%, co w sposób absolutnie kluczowy może i w efekcie zaważyło na kolejności poszczególnych ofert. W rozpatrywanym stanie faktycznym, w ocenie Odwołującego do takiej szczegółowej analizy w ogóle nie doszło, a Zamawiający bezrefleksyjnie przyjął oferowane przez Wykonawcę i BTH okresy gwarancji. Tak więc skoro Zamawiający nie ograniczył na etapie wszczęcia postępowania okresu oferowanej gwarancji, a tym samym nie wyznaczył czasokresu gwarancji, jaki uważa za realny do udzielenia w przypadku konkretnego asortymentu, to takiej szczegółowej oceny winien był dokonać na etapie badania i oceny ofert, czego w ocenie Odwołującego nie dokonał w ogóle.

W ocenie Odwołującego oferowanie nierealnie długiego okresu gwarancji przez wykonawców w postępowaniach przetargowych, w których kryterium znaczącym jest okres gwarancji stanowi nie tylko czyn nieuczciwej konkurencji ale również, w szczególności w odniesieniu do oferty Wykonawcy, 99-letni okres gwarancji nosi cechy umowy o świadczenie niemożliwe.

W ocenie Odwołującego, wybrany Wykonawca proponując 99-letni okres gwarancji za dostarczone przez siebie regały, utrudnił innym przedsiębiorcom swobodne i wolnorynkowe konkurowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady doświadczenia życiowego, jak również ratio instytucji gwarancji na tego typu towary nakazuje sądzić, że jedyną i wyłączną przesłanką tak wysoko określonego okresu gwarancji przez Wykonawcę była chęć uzyskania maksymalnej ilości punktów za okres gwarancji (aż 40/100 pkt), a nie rzeczywiste możliwości gwarantowania poprawności działania zaoferowanych towarów i usług gwarancyjnych. W tym też zakresie, w ocenie Odwołującego wypełniona została norma dyspozycji przepisu art. 15 ust. 2 pkt 1 uznk w związku z art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk oraz 3 ust. 1 uznk.

W niniejszej sprawie podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia czy zaproponowany okres 99 lat gwarancji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji ma rozstrzygnięcie korelatywnego związku pomiędzy przepisami dotyczącymi gwarancji, przepisów uznk

i przepisów ustawy Pzp.

Istotą i podstawową funkcją gwarancji jest ochrona kupującego (uprawnionego z gwarancji) przed konsekwencjami zepsucia się podmiotu objętego gwarancją. Zgodnie z § 10 ust. 3 projektu umowy odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu gwarancji jakości obejmuje wszelkie wady lub usterki w Towarze, jakie zaistniały po jego wydaniu Zamawiającemu, w tym zaistniałe bez winy Wykonawcy, jak również na skutek działania osób trzecich, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Gwarant ponosi, zatem w zasadzie nieograniczoną odpowiedzialność za wszelkie wady przedmiotu Umowy, a uwolnienie się od jego odpowiedzialności jest skomplikowane i niełatwe, o ile w ogóle możliwe zakładając normalne użytkowanie regałów przez Zamawiającego. Powyższe oznacza, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania okresów trwania gwarancji, które byłyby w sposób obiektywny i praktycznie sprawdzalny. W tymże aspekcie, w ocenie Odwołującego zaproponowany przez Wykonawcę 99-letni okres gwarancji nosi cechy umowy o świadczenie niemożliwe.

Z istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że Zamawiający jest obowiązany dokonać oceny ofert złożonych przez wykonawców. Przedmiotem merytorycznej oceny mogą być tylko oferty „ważne", z których Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą. Jednym z normatywów wskazujących na "nieważność" ofert jest przepis art. 89 ustawy, który zawiera zamknięty katalog przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty. W razie zaistnienia którejkolwiek z nich Zamawiający ma bezwzględny obowiązek odrzucić ofertę. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazać należy, że uznanie konkretnego czynu, w tym przypadku udzielenia nierealnie długiej gwarancji za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowo ujętego w ramach rozdziału 2 uznk lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca proponując w złożonej przez siebie ofercie 99-letni okres gwarancji na dostarczone towary naruszył tym samym znamiona przepisu art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do przepisu art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy za utrudnianie dostępu do rynku uznaje się działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Czynem, jak wskazuje się w piśmiennictwie jest już samo stworzenie warunków umożliwiających wymuszanie kontrahowania z przedsiębiorcą (por. K. Korus, Komentarz do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, LEX). Powyższe widoczne jest już na pierwszy rzut oka, gdyż w rozpatrywanym stanie faktycznym wygrywa oferta z ceną ponad 3,5 krotnie wyższą niż najniższa złożona w postępowaniu w oparciu o okres gwarancji 99 lat. Jednocześnie Zamawiający podstawiając pod założony przez siebie wzór zmuszony jest wybrać tą ofertę bez względu na fakt, że kilkukrotnie przewyższa ona ofertę najkorzystniejszą cenowo.

Wykonawca, proponując 99-letni okres gwarancji za dostarczone przez siebie towary, utrudnił zatem innym przedsiębiorcom swobodne i wolnorynkowe konkurowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady doświadczenia życiowego, jak również cel instytucji gwarancji na tego typu towary nakazuje sądzić, że jedynym kryterium tak wysoko określonego okresu gwarancji przez Wykonawcę była chęć uzyskania maksymalnej ilości punktów za okres gwarancji, a nie rzeczywiste możliwości gwarantowania poprawności działania zaoferowanych regałów z napędem elektrycznym, sterowanych elektronicznie w okresie gwarancyjnych. W tym też zakresie, w ocenie Odwołującego wypełniona została norma dyspozycji przepisu art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Pozostali wykonawcy zaoferowali dalece krótsze okresy gwarancji. Rozbieżność pomiędzy tymi wielkościami jest zbyt duża, aby uznać, że mamy tutaj do czynienia z ofertami, które różnią się technicznie od siebie w taki sposób, że okres udzielonej gwarancji może różnić się aż o ponad 90 lat.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie ma także zastosowanie przepis art. 3 ust. 1 ustawy, jako przepis zawierający klauzulę generalną, zawierającą uniwersalny zakaz

nieuczciwej konkurencji, którą oceniać należy jako działanie sprzeczne z prawem, lub dobrymi obyczajami. Postępowanie Wykonawcy wybranego narusza niewątpliwie również zasadę dobrych obyczajów, czyli norm moralnych i obyczajowych w stosunkach

gospodarczych. Oferowanie bardzo długiego 99-letniego okresu gwarancji przez Wykonawcę prowadzi do naruszenia zasad uczciwego postępowania.

W ocenie Odwołującego poprzez nieodrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę Zamawiający w sposób rażący naruszył przepis art. 7 ustawy Pzp poprzez brak zapewnienia w prowadzonym postępowaniu elementarnych zasad udzielania zamówienia publicznego, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Powyższy pogląd jest poglądem ugruntowanym na przestrzeni lat, powtarzanym zarówno w piśmiennictwie, jak i judykaturze (tak np. wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2015 roku, sygn. KIO 692/15; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 stycznia 2005 roku, sygn. UZP/ZO/0-2292/04). Szczególnie znamiennym wydaje się treść wyroku Zespołu Arbitrów, który w identycznym stanie faktycznym podzielił stanowisko Odwołującego wyrażone powyżej w oparciu o rozważania prawne, aktualne na dzień sporządzenia odwołania. Co więcej, podmiotem, który dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w tamtejszym stanie faktycznym był również podmiot, którego ofertę wybrano za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu odwoławczym, a więc Wykonawca - Międzynarodowe Centrum Budownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W odniesieniu do oferty złożonej przez BTH zawierającej 20 letni okres gwarancji, w ocenie Odwołującego jest on również nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności z uwagi, że kluczowy element niestatyczny przedmiotu zamówienia tj. sterowanie sposobem przesuwania regałów jest systemem elektrycznym, a nie mechanicznym.

Zdaniem Odwołującego proponowany przez BTH okres gwarancji mógłby być w pełni akceptowalny w przypadku zamówienia na dostawę regałów jezdnych z napędem ręcznym - mechanicznym. W tego typu regałach elementy z jakich zbudowany jest jego napęd oraz same regały są elementami o bardzo długim okresie żywotności. Są to bowiem w zasadzie w całości elementy metalowe, plastikowe lub gumowe, które przy zachowaniu standardowego sposobu użytkowania mogą służyć odbiorcy przez dziesiątki lat bez konieczności ingerencji w dostarczone urządzenia. W przypadku natomiast elementów elektrycznych i elektromechanicznych ich okres żywotności jest zdecydowanie krótszy i co do zasady ograniczony, na potrzeby kalkulacji odpowiedzialności sprzedawcy tytułem wad w produkcie sprzedanym.

Zgodnie z przyjętymi normami okres żywotności elementów elektrycznych i elektronicznych stosowanych w regałach elektrycznych wynosi 5 lat. Po tym okresie, przyjmując hipotezę adekwatności standardów certyfikacyjnych czy normalizacyjnych, elementy te winny być w całości wymienione przez dostawcę. W ocenie Odwołującego zastosowanie w tym przypadku terminów wynikających z powyższego jest jedyną racjonalną przesłanką do ustalenia czy proponowany okres gwarancji jest okresem stanowiącym czyn

nieuczciwej konkurencji, czy też nie. Założyć należy również, że okresy życia produktu ustalone w normach i certyfikatach winny stanowić dla Zamawiającego swego rodzaju wyznacznik i bazę do przeprowadzenia analizy realności zaproponowanych przez wykonawców okresów gwarancji skoro takiej oceny Zamawiający nie dokonał na etapie sporządzania SIWZ. Nawet w przypadku elementów najtrwalszych systemu elektronicznego tj. kondensatorów ich producenci wskazują, że okres żywotności wynosi maksymalnie 15 lat przy założeniu optymalnych warunków pracy a w warunkach np. o podwyższonej temperaturze, spotykanych przecież w silnikach mechaniczny ta żywotność może spaść do 10 a nawet 5 lat.

Należy ponownie podnieść, że zgodnie z § 10 ust. 3 projektu umowy odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu gwarancji jakości obejmuje wszelkie wady lub usterki w Towarze, jakie zaistniały po jego wydaniu Zamawiającemu, w tym zaistniałe bez winy Wykonawcy, jak również na skutek działania osób trzecich, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Oznacza to, że wykonawca jest odpowiedzialny za dostarczony towar i każdy jego element składowy w najszerszym możliwym zakresie. Oznacza to również, że

każdy element oferowanego towaru mechaniczny i elektroniczny objęty jest identycznym okresem gwarancyjnym (20 lat BTH / 99 lat Wykonawca). Biorąc pod uwagę wskazany powyżej cykl życia produktów elektrycznych i elektronicznych ich wymiana w 20 letnim okresie winna nastąpić 3-4 krotnie. W piątym roku obowiązywania gwarancji, dziesiątym, piętnastym i dwudziestym. Taki stan prowadzi do powstania wątpliwości w zakresie kosztów obsługi gwarancyjnej powyższego przedmiotu zamówienia w stosunku do jego wartości początkowej, ale w efekcie również do opłacalności tegoż przedsięwzięcia oraz ewentualnych zarzutów zaoferowania przedmiotu poniżej kosztów wytworzenia i utrzymania w całym okresie cyklu życia produktu.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że koszt urządzeń elektrycznych i elektronicznych w regałach jezdnych o takim napędzie jest ściśle uzależniony od długości regału przy zależności - im dłuższy regał tym mniejszą wartość w stosunku do całości produktu zawiera cena urządzeń elektrycznych i elektronicznych. Może ona oscylować od 10 do nawet 40 % w zależności od długości (ilości metrów bieżących) regału. Zależność bowiem jest prosta - zarówno dla regału długiego jak i krótkiego sterowanie należy zamontować takie samo o takiej samej wartości.

W ocenie Odwołującego w rozpatrywanym stanie faktycznym koszty urządzeń elektronicznych, o krótkiej żywotności w stosunku do pozostałych elementów wynosi od 17 - 20 %. Oznacza to więc, że przy założeniu hipotezy opartej o obowiązujące normy techniczne i handlowe BTH winien przy każdym upływie okresu żywotności produktu ponosić ponownie koszty w (uśrednionej) wysokości około 18 % wartości regału. Oznacza to, że przy 3-4 wymianach w okresie udzielonej gwarancji koszty będą sięgały 54 % - 72 % wartości

początkowej towaru, co powoduje że BTH hipotetycznie zaoferowało okres gwarancji nieopłacalny z punktu widzenia handlowego. Gdyby nawet uznać, że np. połowy urządzeń nie będzie trzeba w ogóle wymieniać, to koszty te i tak pozostają na poziomie 27-36 % początkowej wartości umowy.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że jak dla każdego elementu elektronicznego postęp i nowinki techniczne i technologiczne skracają jeszcze bardziej okres używalności tych materiałów i urządzeń. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można powiedzieć, że za 19 lat urządzenia elektroniczne zamontowane przez BTH w regałach nie będą już w ogóle produkowane. W tym segmencie, sytuacja wygląda podobnie jak z innymi urządzeniami elektronicznymi - to co jest nowoczesne teraz - za 5 lat będzie już przestarzałe, a za 10 w ogóle nie będzie produkowane. Jeszcze 15 lat temu w ogóle nie były znane regały z napędem elektrycznym o sterowaniu elektronicznym. Na przestrzeni 15 lat napędy te się zmieniały, stosowane wyświetlacze ewoluowały i będą ewoluowały, podobnie jak komputery czy telewizory. Sterowanie zamawiane obecnie przez Zamawiającego jeszcze 5 lat temu w ogóle nie było znane. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego oferowanie okresu gwarancji 20 letniego czy też 99 letniego jest w przypadku elementów elektrycznych lub elektronicznych wręcz absurdalne. Przy tym Odwołujący ponownie podkreśla, że ani umowa, ani dokumentacja przetargowa nie różnicuje okresów gwarancji na części o długiej żywotności i części elektryczne i elektroniczne, co w tej sytuacji byłoby zasadne i optymalne dla Zamawiającego.

Na powyższe wskazała również Krajowa Izba Odwoławcza w przytoczonym już wyroku z dnia 21 kwietnia 2015 roku, sygn. KIO 692/15, podkreślając że szczególnej analizy wymaga okres oferowanej przez wykonawcę gwarancji z uwagi na przedmiot jaki Zamawiający nabywa w toku procedury przetargowej, co w tym przypadku nie nastąpiło w ogóle. Niewątpliwie skoro Zamawiający podzielił zamówienie na 9 części (w tym np. na dostawę mebli) a kryteria oceny ofert zastosował uniwersalne dla wszystkich części, winien zwrócić szczególną uwagę, czy zaoferowanie kilkunasto lub kilkudziesięcioletniej gwarancji na meble jest równoznaczne z takim samym okresem na urządzenia elektryczne i elektroniczne. W ocenie Odwołującego takiej oceny Zamawiający nie przeprowadził. Tym samym, w ocenie Odwołującego wykonawca BTH poprzez złożenie oferty z 20 letnim (a także wybrany Wykonawca, z 99 letnim) okresem gwarancji dokonał czynności wyczerpującej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem obydwu ofert przez Zamawiającego.

Odwołujący po analizie możliwości technicznych w swojej ofercie uwzględnił optymalny maksymalny termin gwarancji 5 lat na cały przedmiot zamówienia, zgodnie z umową tj. elementy elektryczne, elektroniczne i mechaniczne. Na uwagę zasługuje fakt, że

również wykonawca Dexion złożył ofertę z jak najbardziej realnym okresem gwarancji 3 - lat.

Odwołujący uważa, że z uwagi na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia okres gwarancji wykraczający kilkukrotnie lub kilkudziesięciokrotnie poza okres 5 letni winien zostać uznany za nierealny i naruszający przepisy uznk. W ocenie Odwołującego takiej oceny winien był Zamawiający dokonać już na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej, na co zresztą Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającego zadając pytanie w treści pisma nr HD/0129/3/16 z dnia 29.01.2016 roku wskazując, że brak ograniczenia okresu gwarancji może stanowić zagrożenie dla zachowania uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu oraz wnosząc o ograniczenie górnej granicy okresu gwarancji poprzez wskazanie realnego (według Zamawiającego) okresu maksymalnej gwarancji. W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający w całości zbagatelizował konieczność dokonania szczegółowej analizy dopuszczalnych okresów gwarancji na tym etapie. W ocenie Odwołującego poprzez powyższe Zamawiający przejął w całości odpowiedzialność za dokonanie analizy na etapie badania i oceny ofert, czego w ocenie Odwołującego nie uczynił, przez co dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych w osnowie odwołania.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenia ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że Odwołujący nie posiada interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie kwestionowania ważności oferty

wykonawcy BTH, ponieważ wykonawca ten zajmuje przy pierwotnej ocenie ofert dalszą pozycję w rankingu ofert niż Odwołujący.

Zauważyć należy, iż z powodu ustalenia takich a nie innych kryteriów oceny ofert, kwestionowanie ważności tylko oferty Przystępującego nie gwarantowałoby Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia. W takiej bowiem sytuacji, przy przyjęciu, że decydującym o uzyskaniu zamówienia jest długość udzielonej gwarancji, choć Odwołujący złożył ofertę najtańszą, nadal o przyznaniu zamówienia decydowałoby drugie kryterium. W tym zaś kryterium nadal istniałaby w postępowaniu oferta korzystniejsza od oferty Odwołującego. Dopiero skuteczne zakwestionowanie wszystkich ofert poprzedzających w rankingu ofertę Odwołującego w danym kryterium, umożliwiłoby wykonawcy uzyskanie zamówienia. Prawidłowo zatem Odwołujący skonstruował zarzuty w odniesieniu do obu wykonawców, którzy w kryterium długości okresu gwarancji i rękojmi zaoferowali okresy gwarancji dłuższe niż Odwołujący. Przy zastosowaniu kryteriów pozacenowych istotne jest globalne przeanalizowanie w jaki sposób układał będzie się ranking ofert, gdy oferty nieprawidłowe zostaną wyeliminowane z postępowania i przez te pryzmat rozpatrywać należy istnienie lub też brak interesu po stronie Odwołującej.

W dniu 17 marca 2016 roku odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca wybrany Międzynarodowe Centrum Budownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Przystępujący"), wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystąpienie uznano za skuteczne.

W dniu 21 marca 2016 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił on w całości zarzuty odwołania.

Na rozprawie, w dniu 23 marca 2016 roku, Przystępujący złożył do protokołu oświadczenie, iż korzystał będzie z prawa do wniesienia sprzeciwu. Złożył pisemne stanowisko wraz z dokumentami dodatkowymi, włączonymi w poczet materiału w przestawił szczegółową za dowodowego, którym argumentację przemawiającą oddaleniem odwołania.

Izba ustaliła, że:

W rozdziale 9. SIWZ Zamawiający przedstawił opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jako kryteria oceny ofert ustalone zostały:

oferowana cena 60% − −

− gwarancja i rękojmia − 40%

W odniesieniu do kryterium gwarancji i rękojmi Zamawiający określił, że będzie ono rozpatrywane na podstawie okresu gwarancji i rękojmi (w miesiącach) podanej przez ocenianego wykonawcę. Liczba punktów, którą można uzyskać w ramach tego kryterium obliczona zostanie przez podzielenie okresu gwarancji i rękojmi ocenianej oferty przez okres najdłuższej gwarancji i rękojmi wśród złożonych ważnych ofert i pomnożenie tak otrzymanej liczby przez 100 a następnie przez wagę kryterium wynoszącą 0,40 (40%).

Zamawiający zamieścił uwagę, że minimalny okres gwarancji i rękojmi musi wynosić 24 miesiące.

W toku postępowania jeden z wykonawców wniósł w przedmiotowym zakresie pytanie z wnioskiem o wskazanie realnego dla wykonawców maksymalnego okresu wymaganej gwarancji, aby zapobiec niepożądanym sytuacjom sztucznego wydłużania okresu gwarancji w celu uzyskania wyższej punktacji.

Zamawiający odmówił zmiany treści SIWZ. Podkreślił, że w dotychczasowej praktyce stosowania kryteriów oceny ofert w postaci ceny i długości gwarancji nie wystąpiły sytuacje opisane przez wnioskodawcę. Zamawiający zabezpieczył dochodzenie swoich praw wynikających z gwarancji i rękojmi przez okres zaoferowany w ofertach poprzez uregulowanie kwestii w we wzorach umów oraz zastosowanie instytucji zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednocześnie Zamawiający przypomniał, że dysponuje ograniczonymi środkami finansowymi na realizację zamówienia, więc w przypadku przekroczenia kwot jakie Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powstanie przesłanka do unieważnienia postępowania.

Poszczególni wykonawcy zaproponowali w złożonych ofertach długość gwarancji i ceny przywołane w odwołaniu przez Odwołującego. Długość okresu gwarancji i rękojmi wahała się od 3 do 99 lat.

Izba zważyła, że **odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co do okoliczności, czy w postępowaniu mamy do czynienia z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to z uwag natury ogólnej wskazać należy, iż ustawa Pzp 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: 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.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku podnoszenia zrzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (wyrok SN z 11.10.2002 r., III CKN 271/01).

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę, że przedmiotem niniejszego zamówienia są regały przesuwne zasilane elektrycznie, gdzie sterowanie regałami miało zostać zapewnione za pomocą panelu dotykowego, działania wybranego Wykonawcy (Przystępującego) oraz wykonawcy BTH polegające na zaoferowaniu stuletniego i dwudziestoletniego okresu gwarancji na całość konstrukcji, nosiły 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 gwarancji można było uzyskać aż 40 na 100 możliwych punktów, zachowania wykonawców nie można oceniać z innej perspektywy, jak tylko zamiarem sztucznego zawyżenia własnej punktacji. Sztuczne wydłużenie „okres gwarancji" należy poczytywać za działanie uniemożliwiające lub znacznie utrudniające uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres.

Należy bowiem zauważyć, że zasady wiedzy i doświadczenia życiowego nakazują przyjąć, iż cykl życia urządzeń elektronicznych, w które mają być wyposażone regały jest znacząco krótszy niż sto lub nawet dwadzieścia lat (co potwierdzają również okresy gwarancji zaoferowane przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu). Aby stwierdzić powyższe, nie było konieczne uwzględnienie wniosku dowodowego Odwołującego o powołanie biegłego. Stwierdzenie prawdziwości takiej tezy nie wymaga wiadomości specjalnych i możliwe jest do ustalenia przez skład orzekający Izby, przy uwzględnieniu wiedzy powszechnie dostępnej i własnego doświadczenia życiowego. Sformułowany wniosek dowodowy nie był pełny, brakowało w nim określenia specjalności dziedziny, z której należałoby zasięgnąć wiedzy biegłego. Choć w ostateczności Odwołujący cofnął przedmiotowy wniosek, to uznać należało, że został on zgłoszonym celem przedłużenia postępowania odwoławczego.

Powszechnie wiadomym jest, że tempo zmian zachodzących w wykorzystywaniu tego typu narzędzi jak różnego rodzaju rozwiązania elektryczne oraz elektroniczne (mikroprocesorowe) oraz postęp techniczny w dziedzinie elektroniki są znaczące. Należy przyjąć, że urządzenia nie będą wykorzystywane dłużej niż kilka lub kilkanaście lat. Jak słusznie zauważył Odwołujący z dużą dozą prawdopodobieństwa można powiedzieć, że za kilkanaście lat urządzenia elektroniczne montowane przez wybranego wykonawcę w regałach nie będą już w ogóle produkowane. Pod znakiem zapytania pozostaje w jaki sposób Przystępujący zamierza zapewnić choćby części zamienne do podzespołów, w które wyposażone mają być regały. Z całą pewności natomiast nie można zakładać, że cykl życia takiego urządzenia i co za tym idzie możliwość zgłaszania roszczeń z tytułu gwarancji − − może wynosić sto lub dwadzieścia lat. Optymalne z punktu widzenia technologicznego wydaje się zaoferowanie gwarancji kilkuletniej. Takich gwarancji udzielają producenci paneli dotykowych, w które wyposażony jest sprzęt medyczny, czy choćby telefony. Rozwój techniki w ostatnich latach jest tak znaczący, że nawet urządzenia, które kilka lat temu uchodziły za nowoczesne, w chwili obecnej uważane są za przestarzałe. Z uwagi na okoliczność, że Przestępujący zaprzeczył twierdzeniom, że w jego regałach stosowana jest technologia oparta na kondensatorach, co oznacza, że wyciąg z dokumentacji technicznej wraz z tłumaczeniem przedłożony przez Odwołującego nie miał w tej kwestii znaczenia rozstrzygającego i decydującego, to poniekąd wnioski płynące z tego dokumentu o charakterze prywatnym można odnieść do innych elementów elektronicznych

i elektrycznych. Skoro cykl życia kondensatora przy użytkowaniu w sprzyjających warunkach wynosi około 15 lat, trudno zakładać, że cykl życia podobnego rodzaju elementów łatwo zużywanych będzie znacząco dłuższy, tak aby możliwe było udzielenie kilkudziesięcioletniej gwarancji.

Izba nie uznała za wiarygodne w tej materii dowodów złożonych w piśmie procesowym przez Przystępującego. Choć niewątpliwie z dowodów tych (umowy oraz referencje) wynika, że Przystępujący udziela gwarancji oscylujących w okolicach stu lat, to umowa z Akademią Medyczną w Poznaniu dotyczy zaprojektowania i rozmieszczenia dwustronnych regałów bibliotecznych jezdnych wraz z dostawą i montażem, co oznacza, że złożony dokument nie potwierdza, iż dostarczany przedmiot tożsamy był z zamawianym w niniejszym postępowaniu i wyposażony był w elementy elektroniczne. Umowa z Telewizją Polską S.A. odnosi się do prowadzenia konserwacji i bieżących napraw regałów z mikroprocesorowym systemem sterowania, zawarta została na jeden rok, co oznacza, że nie jest umową gwarancyjną lecz serwisową. W przypadku referencji wystawionych przez Komendę Wojewódzką Policji w Radomiu, to przedmiotem umowy było dostarczenie i zamontowanie przesuwnych regałów w obiekcie komendy. Nie wynika zatem z referencji, że dostawa dotyczyła regałów sterowanych elektronicznie. Ponadto Przystępujący nie

przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że z umów objętych stuletnią gwarancją wywiązuje się w sposób prawidłowy, a użytkowanie oferowanych urządzeń po kilku latach od ich montażu jest bezusterkowe. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że gwarancja ma służyć zapewnieniu właściwej jakości towaru sprzedanego. Z reguły gwarancja uprawnia nabywców do żądania usunięcia wady rzeczy bądź dostarczenia towaru bez wad. Skoro Przystępujący jest przedsiębiorstwem działającym od kilkudziesięciu lat i standardem jest udzielanie przez niego tak długich gwarancji na oferowany towar, można było przedstawić dowody, że uprawnienia z gwarancji na towar sprzed 20 lat (zbliżony do zamawianego w przedmiotowym postępowaniu) są nadal realizowane. Ponownie podkreślić należy, że dowodem na powyższe nie jest realizacja umowy z Telewizją Polską na konserwację i naprawy urządzeń zawarta na jeden rok.

Wykonawcy, których odrzucenie ofert nakazała Izba musieli mieć świadomość, że zaoferowanie stuletniego oraz dwudziestoletniego okresu gwarancji jest oderwane od realiów przedmiotowego zamówienia i nie będzie wiązać się w rzeczywistości z możliwością wykonywania świadczeń gwarancyjnych w takim okresie. Innymi słowy, wybrany Wykonawca oraz wykonawca BTH zaoferowali udzielenie gwarancji na okres, o którym wiedzieli, że nie będzie się on wiązał z koniecznością świadczeń na rzecz Zamawiającego. Za tak określonym zobowiązaniem nie stoi odpowiadający jego treści realny obowiązek wykonywania świadczeń na rzecz Zamawiającego. Zatem 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. Celem takiego działania nie było bowiem konkurowanie rzetelną ofertą, złożoną w zgodzie z dobrymi obyczajami, lecz zabieg dający wykonawcom sztuczną przewagę nad konkurentami. Takiemu zachowaniu Zamawiający zobowiązany jest przeciwdziałać, odrzucając ofertę. Izba w tym zakresie podziela i przyjmuje za swoje wnioski wynikające z wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2015 roku, sygn. akt KIO 692/15.

Reasumując, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała podczas ponownej oceny i badania oferty odrzucenie ofert wykonawców: Międzynarodowe Centrum Budownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Marcina Liminowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno-Handlowe M.L. z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Konsekwencją uwzględnienia zarzutów związanych z oceną ofert było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: