

WYROK

z dnia 17 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141 D, 96-100 Skiemiewice, Woj.-Art. Sp. z o.o. ul. Stefana Okrzei 2 lok. 1, 96-100 Skiemiewice

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Maków, ul. Główna 12, 96-124 Maków

przy udziale wykonawcy: Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „INSBUD” sp. j. ul. Kozietulskiego 40, 96-100 Skiemiewice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „INSBUD” sp. j.;
2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonych przez Odwołującego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Maków (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa hali sportowej w Makowie - dokończenie”, znak sprawy: RI.271.3.2019 (dalej „postępowanie”). Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 kwietnia 2019 r. nr 541820-N-2019. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 27 czerwca 2019 r. Zamawiający przekazał wykonawcom Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „INSBUD” sp. (dalej: „INSBUD”). W dniu 2 lipca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Grupa Ekoenergia Sp. z o.o., Woj-Art. Sp. z o.o. (dalej łącznie: „Odwołujący”), których oferta w rankingu ofert została sklasyfikowana na drugim miejscu, wnieśli odwołanie wskazując, iż dotyczy ono niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj.: czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę INSBUD, zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Tym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INSBUD, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w związku z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaakceptowanie przez Zamawiającego zmian dokonanych przez wykonawcę INSBUD w treści jego oferty po upływie terminu składania ofert, pod pozorem złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę INSBUD, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy INSBUD jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy INSBUD jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę INSBUD;
- 3) odrzucił ofertę wykonawcy INSBUD z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
- 4) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykazując swój interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, Odwołujący wskazał m.in., że jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem po odrzuceniu oferty wykonawcy INSBUD to oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził, zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

W uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy

Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy INSBUD, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, oraz odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w związku z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaakceptowanie przez Zamawiającego zmian dokonanych przez wykonawcę INSBUD w treści jego oferty po upływie terminu składania ofert, pod pozorem złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, Odwołujący wskazał m.in., iż treść oferty wykonawcy INSBUD, której integralną częścią jest kosztorys ofertowy, nie odpowiada treści SIWZ, a zatem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 82 ust. 3 ustawy powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na niezgodność zobowiązania wyrażonego w poz. 79-81 kosztorysu ofertowego z zakresem zobowiązania wymaganego przez Zamawiającego, określonego w SIWZ.

. Odwołujący podał, iż z pkt 3 ppkt 3 SIWZ wynika, że: szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest m.in. w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, rysunkach wykonawczych. Jednym z przedmiarów robót udostępnionych przez Zamawiającego był przedmiar dotyczący instalacji co i ct, w którym Zamawiający zamieścił m.in. pozycje 79, 80 i 81. W pozycjach tych było m.in. wskazanie: „Izolacja rurociągów otulinami Thermaflex FRM, izolacja 20 mm (N). rurociąg Fi 28-48 mm - PZ dla otuliny Therna PUR 20 mm dw 26.9mm (poz. 79); Izolacja rurociągów otulinami Thermaflex FRM, izolacja 20 mm (N). rurociąg Fi 28-48 mm - PZ dla otuliny Therna PUR 25 mm dw 33,7mm (poz.80); Izolacja rurociągów otulinami Thermaflex FRM. izolacja 20 mm (N). rurociąg Fi 28-48 mm - PZ dla otuliny Therna PUR 20 mm dw 42,4mm.

Odwołujący wskazał, iż użyty w ww. pozycjach skrót „PZ” oznacza „Pozycja Zmieniona” i stanowi informację, że zamiast zakresu wskazanego w początkowej części opisu pozycji Zamawiający wymaga zaoferowania w danej pozycji zakresu opisanego po skrócie „PZ”. Takie rozumienie skrótu „PZ” nie budziło żadnych wątpliwości u wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie i tak też rozumiał skrót „PZ” wykonawca INSBUD, który w przypadku innych pozycji przedmiaru dotyczącego instalacji co i ct, w których Zamawiający również posłużył się skrótem „PZ”, uwzględnił w swoim kosztorysie ofertowym zmianę w opisie pozycji dokonaną przez Zamawiającego po skrócie „PZ” i wskazał, że oferuje zakres zgodny z daną zmianą. Tymczasem w pozycjach nr 79, 80 i 81 przedmiaru dotyczącego instalacji co i ct zamiast izolacji otulinami Therna PUR zaoferował izolację otulinami Thermaflex FRM, tj. nie uwzględnił zmiany będącej konsekwencją wymagań Zamawiającego dotyczących współczynnika przewodzenia ciepła. W dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia w kilku miejscach Zamawiający wskazał, że wymaga zaoferowania izolacji cieplnej (izolacji rurociągów) o współczynniku przewodzenia ciepła wynoszącym dla temperatury 40°C 0.035 W/mK. Wymaganie to wynika m.in. z projektu budowlanego

Następnie Odwołujący stwierdził, że otuliny Thermaflex FRM, inaczej niż otulina Therna PUR nie spełniają wymagania współczynnika przewodzenia ciepła. Oferta wykonawcy INSBUD zawiera kosztorys ofertowy, który w zakresie pozycji 79, 80 i 81 w kosztorysie dotyczącym instalacji co i ct (str. 92 oferty wykonawcy INSBUD), zawiera wskazanie na izolację rurociągów otulinami Thermaflex FRM, zamiast wymaganych w przedmiarach otulin Therna PUR. Tym samym występuje niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ. Zamawiający w piśmie z dnia 17 czerwca 2019 r., powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy INSBUD o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie prosząc o wyjaśnienie jaki współczynnik przewodzenia ciepła (W/mK) mają zaoferowane przez

Wykonawcę otuliny w w/w pozycjach kosztorysu. W odpowiedzi wykonawca INSBUD pismem z dnia 19 czerwca 2019 r., L.dz. 36/2019 poinformował, że współczynnik przewodzenia ciepła dla izolacji cieplnych rurociągów (otuliny) w ww. pozycjach kosztorysu wynosi 0,035 W/m*K i w załączyl wydruk kosztorysu szczegółowego pozycje nr 79, 80, 81 - instalacje co i ct.

Następnie Odwołujący wskazał, iż informacja, że współczynnik przewodzenia ciepła dla izolacji cieplnych rurociągów (otuliny) wskazanych w pozycjach, czyli dla otulin Thermaflex FRM, wynosi 0,035 W/m*K, byłaby informacją niezgodną z rzeczywistością, jednak po sprawdzeniu przedłożonego przez wykonawcę INSBUD wydruku kosztorysu szczegółowego dla pozycji nr 79, 80, 81 - instalacje co i ct, stwierdził, iż wykonawca ten zmienił swoją ofertę i w miejsce otulin Thermaflex FRM, niespełniających wymogów SIWZ, wskazał otuliny Therna PUR, które mają współczynnik przewodzenia ciepła wynoszący 0,035 W/m*K. Treść wydruku kosztorysu szczegółowego nie pozostawia żadnych wątpliwości w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego wykonawca INSBUD w swoich wyjaśnieniach zmienił treść swojej oferty, wskazując, że zamiast otulin Thermaflex FRM oferuje zupełnie inne otuliny o innych parametrach, tj. otuliny Therna PUR. Zamawiający, skoro wybrał ofertę wykonawcy INSBUD jako najkorzystniejszą i jej nie odrzucił, to taki sposób postępowania wykonawcy INSBUD zaakceptował, co naruszyło art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, bowiem wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a zwłaszcza nie mogą służyć usuwaniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 12 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 425/12, z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1118/12, z dnia 22 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 41/13, z dnia 25 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1156/18. Nie jest dopuszczalne

poprawienie wskazanych niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli jako innej omyłki, ponieważ Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości, co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy. Odwołujący przywołał wyroki KIO z dnia 13 października 2014 r. KIO 1975/14, z dnia 5 października 2012 r., sygn. akt: KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12, z dnia 12 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 429/12, wyrok z dnia 16 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1323/12, wyrok z dnia 23 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 55/12 oraz wyrok z dnia 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 758/12, KIO 774/12 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r., V Ca 1051/10 Zamówienia Publiczne w orzecznictwie - Zeszyty Orzecznicze, Zeszyt nr 8, s. 66).

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z w związku z art. 3 ust. 1 ZN KU poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę INSBUD, pomimo że złożenie ww. oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Odwołujący przytoczył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. ZNKU oraz wskazał, że wyrokiem z dnia 5 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1186/17, Izba rozstrzygnęła sprawę o bardzo podobnym stanie faktycznym i przytoczył obszernie fragmenty uzasadnienia prawnego zawartego w uzasadnieniu tego wyroku, m.in.: „Uznanie konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2002 r., II KKN 271/01, OSNC rok 2004, nr 2, poz. 26).”

Odwołujący wskazał, że wykonawca INSBUD złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy, który w stopce zawiera informację, że został sporządzony z wykorzystaniem programu komputerowego NORMA PRO Wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 dla H. K. . Z kolei jak wynika m.in. z informacji zamieszczonych na stronie internetowej firmy Athenasoft Sp. z o.o., podmiotu posiadającego prawa autorskie do ww. programu i będącego jego producentem, ww. wersja programu komputerowego NORMA PRO, tj. wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337, jest wersją nielegalną (tzw. „piracką”), której używanie stanowi naruszenie autorskich praw majątkowych należnych Athenasoft Sp. z o.o. jak i naruszenie przepisów kodeksu karnego. Oświadczenie Athenasoft Sp. z o.o., dotyczące powyższych kwestii, zostało zamieszczone na stronie internetowej spółki i jest dostępne pod adresem: . Na potwierdzenie powyższego

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wydruku ww. oświadczenia Athenasoft Sp. z o.o. Działanie wykonawcy INSBUD, który sporządził kosztorys z wykorzystaniem nielegalnej wersji programu komputerowego NORMA PRO, jest objęte hipotezą art. 3 ust. 1 ZNKU jako działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Posługiwanie się przy sporządzeniu elementu oferty, jakim jest kosztorys ofertowy, w sposób nieuprawniony programem komputerowym bez licencji, a więc tzw. pirackim, niewątpliwie narusza przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, w szczególności narusza prawa autorskie Athenasoft Sp. z o.o. Ponadto takie działanie może wyczerpywać znamiona przestępstwa z art. 278 § 2 Kodeksu karnego oraz znamiona przestępstwa z art. 115 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Niezależnie od tego posługiwanie się przez wykonawcę INSBUD kosztorysem ofertowym sporządzonym na nielegalnym programie komputerowym narusza dobre obyczaje, gdyż wykonawcy uczciwie konkurujący na rynku zamówień publicznych nie mogą posługiwać się w celu złożenia oferty podmiotom publicznym nielegalnym oprogramowaniem. Nieponoszenie kosztów licencji może wpływać na zmniejszenie kosztów ogólnych ponoszonych przez wykonawcę INSBUD w stosunku do innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, korzystając z legalnego oprogramowania.

Następnie Odwołujący wskazał również, że w toku postępowania Zamawiający zwrócił się do wykonawcy INSBUD o wyjaśnienia dotyczące wykonania kosztorysu ofertowego za pomocą programu komputerowego NORMA PRO Wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 dla H. K. . W piśmie z dnia 17 czerwca 2019 r., powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy INSBUD o wyjaśnienie treści oferty, wskazując: „II) Kosztorys ofertowy złożony przez Państwa wykonany został za pomocą programu komputerowego Norma Pro w wersji 4.01, Marzec 2003 r., Licencja 37337 dla H. K. . Zgodnie z komunikatem na stronie internetowej firmy Athenasoft tj. producenta oprogramowania do kosztorysowania Norma <https://www.ath.pl/aktualnosci/post/norma-pro-wersja-4-01tt>) w/w wersja jest nielegalną wersją programu do kosztorysowania.” W odpowiedzi wykonawca INSBUD w piśmie z dnia 19 czerwca 2019 r., L.dz. 36/2019) podał: „2. Przedsiębiorstwo nasze posiada dwa licencjonowane programy do kosztorysowania firmy ATHENASOFT sp. z o.o. w Warszawie, ul. Leszczyńska 7. Pierwszą licencję na program NORMA zakupiliśmy od producenta ATHENASOFT sp. z o.o. w 2001 roku. Od 2004 roku jesteśmy w posiadaniu dwóch licencji na ten program, które są cyklicznie aktualizowane - w 2008 r, 2011 r, 2016 r, 2017 r i 2019 r. Na potwierdzenie powyższego przedkładam pismo producenta programu NORMA firmy Athenasoft sp z o.o. z siedzibę w Warszawie z dnia 19.06.2019 r wraz z kopiami licencji na program NORMA firmy ATHENASOFTsp. z o.o o numerach seryjnych 5225 i 5209.” Do

swoich wyjaśnień wykonawca INSBUD załączył m.in. oświadczenie z 19 czerwca 2019 r., podpisane przez pana D. W., prezesa zarządu Athenasoft sp. z o.o. następującej treści: „Niniejszym oświadczam, że firma Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD K. Spółka Jawna ul. Kozińskiego 40; 96-100 posiada legalne i zarejestrowane kopie oprogramowania Norma PRO o numerach seryjnych 5225 oraz 5209. Użycie programu Norma PRO wersja 4.01 marzec 2003 licencja: 37337 odbyło się bez wiedzy i zgody Zarządu INSBUD. Athenasoft sp. z o.o. nie rości sobie z tego tytułu żadnych pretensji wobec ww. Stan prawny tej kwestii jest unormowany.” Pismem z 25 czerwca 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę INSBUD do kolejnych wyjaśnień treści oferty: „Proszę o wyjaśnienie/doprecyzowanie czy byliście Państwo w posiadaniu legalnej wersji programu komputerowego do kosztorysowania NORMA PRO (tj. wersji o numerze 5209-Invx3jID lub wersji o numerze 5225-7lt6wrhc) przed lub w dniu składania ofert tj. 20.05.2019 r. W załącznikach do wyjaśnienia z dnia 21.06.2019 r. brak jest daty potwierdzającej, kiedy Państwo zakupiliście w/w legalne wersje oprogramowania. Udzielenie dalszych wyjaśnień jest niezbędne w celu zbadania przesłanki wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.” W odpowiedzi na powyższe wezwanie w piśmie z 26 czerwca 2019 r., L.dz. 37/2019 wykonawca INSBUD złożył następujące wyjaśnienia: „W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.06.2019r ponownie oświadczył, że Programy NORMA PRO o numerach licencji 5209 i 5225 zostały przez niego zakupione w dniu 28 lutego 2005 roku, co potwierdza, iż zarówno przed jak i na dzień składania ofert byliśmy w posiadaniu legalnej wersji programu do kosztorysowania NORMA PRO oraz załączył: zapytanie w sprawie wysłane e-mailem i odpowiedź firmy ATHENASOFT sp. z o.o.- zał. nr 1, oświadczenie firmy ATHENASOFT sp. z o.o. w Warszawie ul. Leszczyńska 7 z dnia 26.06.2019 r — zał. nr 2, 3.

faktura VAT (FVS): 1432/2005 z dnia 28.02.2005 roku - zał. nr 3, Wydruk z programu księgowego SAGE 50C — rozrachunki z firmą ATHENASOFT sp. z o.o.- 3 strony

potwierdzające zakup licencji i ich aktualizacje.- zał. nr 4 a -4c.

Odnosząc się do wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę INSBUD Odwołujący podał, że okoliczności wskazane w ww. wyjaśnieniach są pozbawione znaczenia dla oceny, czy złożenie oferty przez wykonawcę INSBUD stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, de facto niczego nie wyjaśniają, w szczególności nie wyjaśniają jak to się stało, że użycie programu Norma PRO wersja 4.01 marzec 2003 licencja: 37337 odbyło się bez wiedzy i zgody wykonawcy i czy faktycznie tak właśnie było, nadto nie zostały poparte adekwatnymi dowodami. Odwołujący dodał, że jakkolwiek Zamawiający nigdzie nie wskazał na to wprost, to jednak z treści drugiego wezwania do wyjaśnień treści oferty wynika, że decydujące znaczenie dla Zamawiającego miało to, iż wykonawca INSBUD był również w posiadaniu legalnej wersji programu komputerowego do kosztorysowania NORMA PRO przed dniem składania ofert, tj. przez 20 maja 2019 r. Na tej też okoliczności koncentrowały się zarówno pierwsze jak i drugie wyjaśnienia złożone przez wykonawcę INSBUD. Tymczasem okoliczność ta jest pozbawiona jakiegokolwiek znaczenia dla oceny, czy złożenie oferty przez wykonawcę INSBUD stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jest bowiem poza sporem, że kosztorys ofertowy złożony przez wykonawcę INSBUD i stanowiący integralną część jego oferty nie został sporządzony z wykorzystaniem legalnej wersji programu komputerowego NORMA PRO (tj. wersji o numerze licencji 5209 lub wersji o numerze licencji 5225), lecz z wykorzystaniem wersji nielegalnej tego programu, czyli wersji 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 dla H. K. . Powyższe wynika w sposób oczywisty z treści samego kosztorysu ofertowego (tj. z informacji zamieszczonych w stopce kosztorysu), ponadto zostało co najmniej pośrednio przyznane przez wykonawcę INSBUD w złożonych przez niego wyjaśnieniach, gdzie w żaden sposób powyższym okolicznościom nie zaprzeczył. To, że wykonawca INSBUD w dniu składania ofert dysponował legalnymi wersjami programu komputerowego NORMA PRO w żaden sposób nie wpływa ani na sprzeczność jego działania z prawem, ani na sprzeczność jego działania z dobrymi obyczajami. W szczególności z przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w żaden sposób nie wynika, że wykonawca, który posiada legalną wersję danego oprogramowania, może się jednocześnie posługiwać nielegalnymi wersjami tego samego oprogramowania i że w takim wypadku przepisów tej ustawy nie narusza. Żadnych wątpliwości w tym zakresie nie pozostawiają także złożone przez wykonawcę INSBUD kopie licencji na program NORMA PRO firmy ATHENASOFT sp. z o.o. o numerach seryjnych 5225 i 5209, załączone do pisma wykonawcy INSBUD z dnia 19 czerwca 2019 r., L.dz. 36/2019. W ww. kopiach licencji wskazano jasno i wyraźnie, że każda z nich zezwala wykonawcy INSBUD: „na użytkowanie systemu kosztorysowego NORMA PRO o podanym poniżej numerze seryjnym, na jednym komputerze pracującym pod kontrolą systemu MS Windows 98 lub nowszy, zgodnie z zasadami zawartymi na odwrocie niniejszego dokumentu.” Zatem ww. licencje uprawniały i uprawniają wykonawcę INSBUD do korzystania z wersji programu komputerowego NORMA PRO o ściśle określonych numerach seryjnych, tj. 5225 i 5209, nie uprawniają go natomiast do korzystania z programu komputerowego NORMA PRO w wersji 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 dla H. K. . Ponadto w Warunkach Użytkowania Oprogramowania, zamieszczonych na odwrocie ww. kopii licencji, wskazano m.in., że: „Warunki Użytkowania: Na podstawie niniejszego dokumentu Producent Oprogramowania udziela Użytkownikowi prawa do korzystania z Programu, Kopii Programu i materiałów towarzyszących. Wszelkie prawa, które nie zostały wymienione niniejszej umowie, są zastrzeżone dla Producenta Oprogramowania (...) Użytkownikowi nie wolno: Wykonywać kopii Programu za wyjątkiem przypadków wyszczególnionych powyżej (tj.

za wyjątkiem sporządzenia i przechowywania jednej kopii zapasowej Programu - przyp. Odwołującego). Kopiować materiałów towarzyszących. Wypożyczać, dzierżawić, sprzedawać, użyczać lub przekazywać Kopii Programu, materiałów towarzyszących lub praw wynikających z niniejszej umowy. Modyfikować, przeprowadzać deasemblacji, dekompilacji lub rozszyfrowywać sposobu pracy Programu, tworzyć opracowań pochodnych, opartych na Programie. Usuwać lub zasłaniać znaków towarowych i informacji o prawie Własności, umieszczonych na Programie, Kopiach Programu i Materiałach Towarzyszących." Z ww. licencji nie wynika prawo wykonawcy INSBUD do korzystania z programu komputerowego NORMA PRO w wersji 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 dla H. K. .

Odwołujący zauważył, że analogicznego argumentu, tj. z powołaniem się na posiadaną legalną wersję programu komputerowego NORMA PRO) użył wykonawca w sprawie rozstrzygniętej powołanym powyżej wyrokiem KIO 1186/17. Wykonawca stwierdził wówczas, że: „Być może decyzja zamawiającego (o odrzuceniu oferty - przyp. Odwołującego) byłaby uzasadniona, gdyby Odwołujący nie dysponował w ogóle wersją legalną oprogramowania, w tym nie przedstawił dowodu nabycia oprogramowania." Izba, odnosząc się do powyższego argumentu, uznała go za pozbawiony znaczenia, wskazując m.in., że: „Odwołujący na etapie składania wyjaśnień Zamawiającemu nie zaprzeczał, że wydruk został wykonany z poziomu nielegalnej kopii programu Norma Pro 4.01 z marca 2003 r., a na rozprawie nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że jest inaczej, w szczególności podając nr licencji." Identyfikacja rzecz się ma w przedmiotowej sprawie: tutaj również wykonawca INSBUD w żaden sposób nie wykazał, że wersja programu komputerowego NORMA PRO wykorzystana przez niego do przygotowania kosztorysu ofertowego, tj. wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 dla H. K., jest wersją legalną. Tymczasem tylko ta okoliczność ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Odnosząc się do argumentów użytych w oświadczeniu pana D. W., prezesa zarządu Athenasoft sp. z o.o., tj. że: „Użycie programu Norma PRO wersja 4.01 marzec 2003 licencja: 37337 odbyło się bez wiedzy i zgody Zarządu INSBUD", przede wszystkim wskazać trzeba, iż niezrozumiałe jest na jakiej podstawie pan D. W. stwierdził powyższe. W szczególności nie wiadomo skąd pan D. W. ma wiedzę co do powyższej kwestii, skoro nie jest ani członkiem zarządu wykonawcy INSBUD (na marginesie Odwołujący wskazał, że wykonawca INSBUD nie ma i nie może mieć zarządu, gdyż jest spółką jawną, reprezentowaną przez wspólników uprawnionych do reprezentacji), ani wspólnikiem u wykonawcy INSBUD, ani nie pełni u wykonawcy INSBUD żadnych funkcji. Co więcej, powyższe stanowisko pana D. W. nie zostało potwierdzone przez samego zainteresowanego, tj. przez wykonawcę INSBUD - w żadnym ze złożonych wyjaśnień wykonawca INSBUD nie wskazał, że użycie programu Norma PRO wersja 4.01 marzec 2003 licencja: 37337 odbyło się bez jego wiedzy i zgody. W świetle powyższego przytoczone stanowisko pana D. W. oceniać należy jako kompletnie niewiarygodne i pozbawione jakichkolwiek podstaw. Nadto kwestia „wiedzy i zgody Zarządu INSBUD" jest pozbawiona znaczenia dla sprawy. Nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że wykonawca INSBUD co najmniej nie dołożył należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że jeśli nawet przyjąć, iż wykonawca INSBUD nie posłużył się nielegalną wersją programu komputerowego NORMA PRO w sposób zamierzony, to niewątpliwie zachowanie wykonawcy INSBUD cechowało co najmniej niedbalstwo. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miaraka należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miar ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, w tym kosztorysy, we własnym imieniu, aby upewnić się, czy zostały one sporządzone z użyciem legalnego oprogramowania. Wykonawca INSBUD powinien był zatem dochować należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić trzeba, że każda strona kosztorysu ofertowego złożonego przez wykonawcę INSBUD została przynajmniej parafowana, a niektóre dodatkowo podpisane, przez panią H. K., czyli wspólnika u wykonawcy INSBUD, uprawnionego do samodzielnego reprezentowania spółki. Biorąc pod uwagę, że niemal na każdej stronie kosztorysu ofertowego w stopce znajduje się informacja o wykorzystanej wersji programu komputerowego (NORMA PRO Wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 dla H. K.), nie sposób przyjąć, że rzetelnie działający wykonawca mógł nie zauważyć, iż podana tam wersja programu, numer seryjny i opis licencji nie pasują do wersji programu, numeru seryjnego i opisu licencji, które legalnie

posiada. Pani H. K. bez trudu mogła i powinna zauważyć, że nie zgadza się zarówno wersja programu (Norma PRO Wersja 4.01 zamiast Norma PRO Wersja 4.57), numer seryjny licencji (37337 zamiast 5209, względnie 5225) jak i opis licencji (dla H. K. zamiast PIB INSBUD K. Sp. j.). Powyższe różnice są oczywiste i dostrzegalne na pierwszy rzut oka - wystarczy porównać jakąkolwiek stronę kosztorysu ofertowego z załączonym do pierwszych wyjaśnień treści oferty wykonawcy INSBUD wydrukiem kosztorysu szczegółowego dla pozycji nr 79, 80 i 81 - instalacje ci i ct, który to wydruk został sporządzony przy wykorzystaniu legalnie posiadanej przez wykonawcę INSBUD wersji programu NORMA PRO. Brak takiego sprawdzenia należy uznać za zachowanie zdecydowanie odbiegające od obowiązującego w tym zakresie miernika należytej staranności, co w konsekwencji należy ocenić co najmniej jako niedbalstwo.

Odwolujący zauważył, że w analogiczny sposób (tj. brakiem wiedzy i zgody na użycie nielegalnego oprogramowania) próbował bronić swojej oferty wykonawca w sprawie rozstrzygniętej powołanym powyżej wyrokiem KIO 1186/17, w którym Izba stwierdziła m.in., że: „Bez znaczenia jest w tym przypadku, kto konkretnie sporządził kosztorys, istotne jest, że kosztorysem tym posługuje się Wykonawca, który podpisał go i dołączył do oferty”. Nie ma przy tym większego znaczenia, czy nielegalnym oprogramowaniem posłużono się podczas całego procesu opracowywania kosztorysu, czy też dopiero w fazie jego finalizowania w formie pisemnej. Na podstawie art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 KC dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wygegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 KC precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również co do zasady uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, kosztorysy, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, że zostały one sporządzone z wykorzystaniem oprogramowania, które nie narusza niczych praw autorskich.”

W ocenie Odwołującego jako pozbawione jakiegokolwiek znaczenia oceniać należy także pozostałe argumenty użyte w oświadczeniu pana D. W., prezesa zarządu Athenasoft sp. z o.o., tj. to, że: „Athenasoft sp. z o.o. nie rości sobie z tego tytułu żadnych pretensji wobec ww. Stan prawny tej kwestii jest unormowany.” Odwołujący podkreślił, że nie kierowanie roszczeń wobec wykonawcy INSBUD przez Athenasoft sp. z o.o. nie powoduje, iż działania wykonawcy INSBUD przestały być czynem nieuczciwej konkurencji lub że nigdy nim nie były. Z przepisów zarówno ZN KU jak i ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wynika w sposób oczywisty, że podmiot uprawniony może, ale nie musi dochodzić roszczeń, jakie mu na gruncie ww. ustaw przysługują. Brak dochodzenia ww. roszczeń nie powoduje jednak, że dane zachowanie przestaje być czynem nieuczciwej konkurencji, oraz że przestaje stanowić naruszenie praw autorskich. Czym innym bowiem jest naruszenie praw autorskich czy popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, a czym innym dochodzenie roszczeń wynikających z tego tytułu przez podmiot uprawniony. Co więcej, z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że twierdzenia pana D. W. o nie roszczeniu sobie pretensji wobec wykonawcy INSBUD oraz o unormowanym stanie prawnym dotyczącym ww. kwestii wynikają z tego, że pomiędzy Athenasoft sp. z o.o. a wykonawcą INSBUD doszło do porozumienia ugodowego, na podstawie którego wykonawca INSBUD naprawił szkodę wyrządzoną Athenasoft sp. z o.o. wskutek naruszenia jej praw autorskich do programu komputerowego NORMA PRO. Zawarcie takiego porozumienia stanowi kolejny argument przesądzający o odpowiedzialności wykonawcy INSBUD za posłużenie się nielegalną wersją programu komputerowego NORMA PRO. Jest przecież oczywiste, że gdyby wykonawca INSBUD faktycznie nie ponosił odpowiedzialności za posłużenie się nielegalną wersją programu komputerowego NORMA PRO, to nie tylko, że nie zawarłby porozumienia ugodowego z Athenasoft sp. z o.o., ale przede wszystkim nie naprawiłby szkody wyrządzonej Athenasoft sp. z o.o. wskutek naruszenia jej praw autorskich do programu komputerowego NORMA PRO.

Odwolujący podkreślił, że zgodnie z posiadanymi przez niego informacjami wykonawca INSBUD posłużył się nielegalną wersją programu komputerowego NORMA PRO do przygotowania kosztorysu ofertowego w co najmniej jeszcze jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu nie ma zatem charakteru wyjątkowego czy jednorazowego. Tym bardziej też nie sposób uwierzyć w twierdzenia, że: „Użycie programu Norma PRO wersja 4.01 marzec 2003 licencja: 37337 odbyło się bez wiedzy i zgody Zarządu INSBUD”. Ponadto wykonawca INSBUD nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawdziwość oświadczenia pana D. W., prezesa zarządu Athenasoft sp. z o.o., zgodnie z którym: „Użycie programu Norma PRO wersja 4.01 marzec 2003 licencja :37337 odbyło się bez wiedzy i zgody Zarządu INSBUD.” Co

więcej, powyższe stanowisko pana D. W. w ogóle nie zostało potwierdzone w jakikolwiek sposób przez samego zainteresowanego, tj. przez wykonawcę INSBUD - w żadnym ze złożonych wyjaśnień wykonawca INSBUD nie wskazał, że użycie programu Norma PRO wersja 4.01 marzec 2003 licencja: 37337 odbyło się bez jego wiedzy i zgody.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy INSBUD jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej Odwołujący stwierdził, że stanowi on konsekwencję wcześniejszych zarzutów. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy INSBUD z podanych w odwołaniu względów, to w konsekwencji Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert.

Pismem z dnia 8 lipca 2019 r., z zachowaniem ustawowego terminu, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca

Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „INSBUD” sp. j. z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „Przystępujący”), w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości i podał m.in., iż Odwołujący nie ma interesu do złożenia odwołania w tym postępowaniu, gdyż jego oferta nie powinna podlegać ocenie, bowiem złożona została niezgodnie z SIWZ i ustawą Pzp, jest wadliwa i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przedstawiając uzasadnienie dla takiej oceny oferty Odwołującego.

Przystępujący, ustosunkowując się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu m.in., iż po otwarciu ofert nie dokonał żadnych zmian w treści oferty, a jedynie odpowiedział na pytanie, zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 17 czerwca 2019 r. - jaki współczynnik przewodzenia ciepła (W/mK) mają zaoferowane przez Wykonawcę otuliny rurociągu wskazane w pozycjach 79,80 i 81 kosztorysu ofertowego. Odpowiedź na pytania Zamawiającego została zawarta w piśmie Przystępującego z dnia 19.06.2019 r., do którego załączony został szczegółowy kosztorys, dotyczący pozycji 79,80 i 81. Kosztorys ten zawierał zaoferowane ceny czynników produkcji tj. robociznę, dokładny opis materiału i sprzętu i stanowił rozwinięcie wersji kosztorysu uproszczonego załączonego do oferty. Producentem otulin Therma PUR jest firma Thermaflex, więc użycie w nagłówku pozycji kosztorysu ofertowego informacji, iż jest to otulina Thermaflex nie jest błędem i wskazuje na montaż ich technologii jak w KNR 0-34 0103 -08. W rozwinięciu kosztorysu pełnego widać, że jest to - otulina Therma PUR producenta Thermaflex, tak jak w przedmiarze robót załączonym do SIWZ INSBUD po upływie terminu składania oferty nie zmienił swojej oferty, a jedynie ją uszczegółowił poprzez pokazanie w wersji pełnej kosztorysu rodzaju zastosowanego materiału z grupy produktów firmy Thermaflex. Producentem otulin Therma PUR jest firma Thermaflex, więc użycie w nagłówku pozycji kosztorysu ofertowego informacji, iż jest to otulina Thermaflex nie jest błędem i wskazuje na montaż ich technologii jak w KNR 0-34 0103 -08. W rozwinięciu kosztorysu pełnego widać, że jest to - otulina Therma PUR producenta Thermaflex, tak jak w przedmiarze robót załączonym do SIWZ. Firma INSBUD po upływie terminu składania oferty nie zmieniła swojej oferty, a jedynie ją uszczegółowiła poprzez pokazanie w wersji pełnej kosztorysu rodzaju zastosowanego materiału z grupy produktów firmy Thermaflex, bowiem zarówno izolacja Therma PUR jak i ThermaEco są produktami firmy Thermaflex. Przedstawienie pełnej wersji kosztorysu nie jest zmianą treści oferty, a jedynie jej uszczegółowieniem. Ponadto wyjaśnienie Przystępującego nie prowadzi do usuwania niezgodności treści oferty z SIWZ, ponieważ złożona przez Przystępującego oferta była zgodna z SIWZ. Sam Odwołujący w odwołaniu wskazał, że wyjaśnienia służą sprecyzowaniu lub wytłumaczeniu informacji, które są już zawarte w ofercie i właśnie wyjaśnienia firmy INSBUD należy tak traktować.

Przystępujący podniósł również, iż złożenie przez niego oferty w analizowanym postępowaniu nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skorzystanie przez niego pod wpływem błędu z oprogramowania Norma PRO 4.01. nr seryjny licencji 37337 w żaden sposób nie wpływało na zmniejszenie kosztów działalności firmy INSBUD, związanych z przygotowaniem ofert i nie stanowiło naruszenia zasad nieuczciwej konkurencji i nie miało wpływu na przygotowanie oferty w tym postępowaniu. W dacie złożenia oferty Przystępujący posiadał i dalej posiada dwie zakupione i aktualizowane licencje na oprogramowanie Norma Pro firmy Athenasoft sp. z o.o. Wydrukowanie kosztorysu ofertowego na nielegalnym oprogramowaniu nie naruszało interesu producenta oprogramowania, jak również interesu Odwołującego. Uwzględniając fakt, iż Przystępujący posiada legalne oprogramowanie Norma PRO od 2005 roku, stale je aktualizuje, a w jego wieloletniej działalności przy sporządzaniu ofert zdarzenie niniejsze ma charakter wypadkowy, nie sposób uznać że samo wydrukowanie kosztorysu ofertowego na nielegalnym programie naruszało interes innych oferentów, w tym Odwołującego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została przekazana przez Zamawiającego oraz dowody złożone do akt sprawy przez strony i uczestnika postępowania z odpisami dla pozostałych uczestników postępowania odwoławczego, załączone do składanych pism oraz złożone na rozprawie.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron i Przystępującego oraz dokonaniu analizy dowodów złożonych do akt sprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwolanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Oferta złożona przez Odwołującego klasyfikuje się na drugim miejscu w rankingu ofert. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Izba w niniejszej sprawie nie badała zarzutów Przystępującego skierowanych przeciwko ofercie Odwołującego. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego inaczej, niż odwołanie, nie jest bowiem środkiem ochrony prawnej, który umożliwia kwestionowanie oferty konkurencyjnej. Z tych względów argumentacja Przystępującego w tym zakresie musiała być pominięta.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Wykonawca INSBUD (dalej również: „Przystępujący”) wypełnił przesłanki wymienione w tym przepisie, w związku z czym skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się jego uczestnikiem. Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dokończenie budowy hali sportowej w Makowie. Jak zasadnie zostało podane w odwołaniu z przytoczeniem odnośnych postanowień SIWZ, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia zostało określone przez Zamawiającego jako kosztorysowe. W związku z tym wykonawcy byli zobowiązani do złożenia kosztorysu ofertowego, który stanowił treść oferty.

Zgodnie z pkt 13.10. lit. b) SIWZ do oferty wykonawca winien załączyć kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie dokumentacji technicznej załączonej do SIWZ, który stanowi integralną część oferty. Na rozprawie zostało wyjaśnione, że do oferty załączany był kosztorys ofertowy sporządzany metodą uproszczoną.

Zgodnie z pkt 3 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, rysunkach wykonawczych. Jednym z przedmiarów robót udostępnionych przez Zamawiającego był przedmiar dotyczący instalacji co i ct, w którym Zamawiający zamieścił m.in. pozycje 79, 80 i 81, w których było m.in. odpowiednio wskazanie: „Izolacja rurociągów otulinami Thermaflex FRM, izolacja 20 mm (N). rurociąg Fi 28-48 mm - PZ dla otuliny Therma PUR 20 mm dw 26,9mm (poz. 79); Izolacja rurociągów otulinami Thermaflex FRM, izolacja 20 mm (N). rurociąg Fi 28-48 mm - PZ dla otuliny Therma PUR 25 mm dw 33,7mm (poz.80); Izolacja rurociągów otulinami Thermaflex FRM. izolacja 20 mm (N). rurociąg Fi 28-48 mm - PZ dla otuliny Therma PUR 20 mm dw 42,4mm (poz. 81). Skrót „PZ” stanowi informację, że zamiast zakresu wskazanego w początkowej części opisu danej pozycji Zamawiający wymaga zaofiarowania w danej pozycji zakresu opisanego po tym skrócie.

W poz. 79, 80 oraz 81 kosztorysu ofertowego na instalacje c.o. i c.t. wykonawca INSBUD wskazał: Poz. 79 - Izolacja rurociągów śr. 28-48 mm otulinami Thermaflex FRM gr.

20 mm (dw 26,9), Poz. 80 - Izolacja rurociągów śr. 25 mm otulinami Thermaflex FRM gr. 25 dw 33,7 mm (N), Poz. 81 - Izolacja rurociągów śr. 42,4 mm otulinami Thermaflex FRM gr. 20 mm (N).

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że wykonawca INSUD w ww. pozycjach nr 79, 80 i 81 przedmiaru dotyczącego instalacji co i ct wskazał na izolację otulinami Thermaflex FRM, zamiast Therma PUR, jednocześnie w innych pozycjach kosztorysu dotyczącego instalacji co i ct, gdzie Zamawiający również posłużył się skrótem PZ, uwzględnił zmianę w opisie pozycji dokonaną przez Zamawiającego i wskazał, że oferuje zakres zgodny z daną zmianą. Nie jest również sporne, że w kosztorysie sporządzonym metodą szczegółową, załączonym do wyjaśnień, złożonych na wezwanie Zamawiającego w tym zakresie, w pozycji materiał widnieje otulina Therma PUR. Nie są kwestionowane przez Odwołującego parametry podane przez Przystępującego, jak również KNR podany w ofercie. Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest to, czy oferta Przystępującego z uwagi na podanie w kosztorysie załączonym do oferty otuliny Thermaflex FRM zamiast Therma PUR podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że załączony do oferty kosztorys ofertowy został złożony z wykorzystaniem programu komputerowego NORMA PRO Wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 dla H. K. . Wersja ta jest wersją nielegalną, czemu Przystępujący nie zaprzecza. Spór natomiast dotyczy tego, czy złożenie kosztorysu ofertowego, stanowiącego integralną część oferty z wykorzystaniem nielegalnego oprogramowania, w okolicznościach analizowanej sprawy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, i czy w związku z tym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), który jako klauzula generalna znajduje zastosowanie w sprawie, z uwagi na brak stypizowania omawianego zachowania w ustawie, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Za wyrokiem KIO z dnia 5 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1186/17, przytoczonym w odwołaniu, należy wskazać: „Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt III CSK 120/11) wskazał ponadto, że art. 3 ust. 1 ZNKU, jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN wydane: 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC rok 1999 nr 5, poz. 97; 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP rok 2004, nr 7, poz. 54; 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP rok 2008, nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje: definiującą, uzupełniającą i korygującą. Pierwsza z nich polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 5-17 ZNKU (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 ZNKU) i wskazanych tam definicji, lecz - jako klauzula generalna - pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ZNKU. Funkcja korygująca polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. (...) Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 2006 r. (sygn. akt I CSK 85/06) podkreślił, że termin „czyn nieuczciwej konkurencji” jest pewnym skrótem myślowym, pod którym - jak wskazuje się w doktrynie - kryje się wiele, często znacznie różniących się od siebie, zachowań przedsiębiorców. Treść klauzuli wskazuje na te cechy, które pozwalają na wyodrębnienie zachowań interesujących z punktu widzenia celu ustawy, wyłożonego w jej art. 1. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...) Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006). Pojęcie „dobre obyczaje” jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje (...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą (Ewa Nowińska, Michał du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010).”

Stosownie do przepisu art. 9 ustawy z dnia 26 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2019 poz. 1292) przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów innych przedsiębiorców i konsumentów, a także poszanowania oraz ochrony praw i wolności człowieka. Zgodnie art. 7 ustawy Pzp jedną z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada uczciwej konkurencji.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, dla oceny, czy złożenie oferty w postępowaniu przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji ustalenia wymaga zatem, czy wykorzystanie przez tego wykonawcę do sporządzenia kosztorysu ofertowego, stanowiącego integralną część oferty, nielegalnego oprogramowania, narusza prawo lub dobre obyczaje, jednocześnie zagrażając lub naruszając interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów.

W ocenie Izby posługiwanie się przez wykonawcę nielegalnym oprogramowaniem przy sporządzaniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego narusza, co najmniej dobre obyczaje, a także godzi w obowiązujący porządek prawny. Zwrócenia uwagi wymagają bowiem także przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231), w tym art. 74 z którego wynika, iż programy komputerowe podlegają ochronie jak utwory literackie oraz przepisy rozdziału 14 tej ustawy regulujące odpowiedzialność karną, a także przepis art. 278 § 2 Kodeksu karnego.

Przystępujący sporządził kosztorys ofertowy przy wykorzystaniu nielegalnej wersji programu dla budownictwa służącego do kosztorysowania Normy Pro. Jak wynika z wydruku ze strony internetowej Athenasoft Sp. z o.o., do której należy program Norma Pro, złożonego przez Odwołującego, przestrzega on przed posiadaniem, wykorzystywaniem i powielaniem nielegalnej wersji Normy, wskazując, iż stanowi to naruszenie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jak również wskazuje, iż w świetle kodeksu karnego piractwo jest kradzieżą i podlega odpowiedzialności karniej.

Przystępujący, jako przedsiębiorca, wobec którego stosuje się podwyższony miernik staranności w działaniu, przy wykonywaniu działalności gospodarczej, powinien posługiwać się legalnym oprogramowaniem, nie powinien zatem wykorzystywać nielegalnej wersji oprogramowania. Złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest czynnością związaną z prowadzoną działalnością gospodarczą.

Złożenie oferty zawierającej kosztorys ofertowy sporządzony przy wykorzystaniu nielegalnej wersji oprogramowania, należy uznać za działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, nadto, za działanie, które co najmniej zagraża interesowi innego przedsiębiorcy. Korzystając z nielegalnej wersji oprogramowania wykonawca jest bowiem w stanie np. obniżyć koszty swojego funkcjonowania, co w konsekwencji zagraża obniżeniem ceny oferty w relacji do cen, jakie mogą zaoferować wykonawcy, którzy w swojej działalności gospodarczej korzystają wyłącznie z legalnych programów, za które dokonali zapłaty ich ceny. W postępowaniu przetargowym konkurencja przedsiębiorców następuje głównie ceną. W przedmiotowym postępowaniu kryterium oceny ofert w postaci ceny miało przypisana wagę 60%.

Okoliczność, iż Przystępujący posiada również dwie legalne wersje oprogramowania Norma Pro o numerach seryjnych 5225 oraz 5209, w ocenie Izby nie zmienia tej oceny. Po pierwsze wykonawca nie użył w przedmiotowym postępowaniu legalnie posiadanych wersji oprogramowania. Na marginesie zauważenia wymaga, iż również w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2018 r. na Budowę hali sportowej w Makowie, wykorzystał do sporządzenia kosztorysu ofertowego nielegalną wersję programu dla budownictwa służącego do kosztorysowania Normy Pro tj. Norma Pro wersja 4.01 marzec 2003 licencja 37337, co wynika z oferty złożonej przez Odwołującego na rozprawie. Po drugie skoro Przystępujący wykorzystał do złożenia przedmiotowej oferty, przy czym nie jest to jedyny taki przypadek, jak na to wskazuje ww. dowód, nielegalną wersję oprogramowania, to zakładając racjonalność w działaniu przedsiębiorcy, należy przyjąć, iż miało to swoje uzasadnienie. Jeśli Przystępujący wykorzystuje także dwie legalnie posiadane wersje oprogramowania, to może oznaczać, iż istnieje po jego stronie potrzeba posiadania także trzeciej wersji, przy czym ta trzecia nie wiąże się co do zasady z kosztami, jakie wynikają z nabycia legalnych wersji oprogramowania. Pozwala to zatem na obniżenie kosztów działalności wykonawcy, co w przypadku występowania w postępowaniach przetargowych, zagraża interesom innych przedsiębiorców, którzy w prowadzonej działalności gospodarczej korzystają z legalnie zakupionego oprogramowania, ponosząc z tego tytułu określone koszty.

Izba nie uznała za wiarygodne twierdzeń Przystępującego, że z uwagi na zakres prowadzonej działalności nie potrzebuje więcej wersji oprogramowania. Złożony przez Przystępującego wyciąg z rejestru składanych ofert od 2005 r. wskazuje m.in., że w poszczególnych latach były składane przez niego oferty w przetargach publicznych przy użyciu NORMY PRO (bez wskazania na wersję), w tym w 2018 r. dwie oferty. Do wyciągu nie zostały

załączone kserokopie ofert, a z oferty z 2018 złożonej jako dowód przez Odwołującego, wynika że została sporządzona w nielegalnej wersji Normy Pro 4.01 marzec 2003 licencja 37337. Nie zostało zatem wykazane przez Przystępującego, że skala jego działalności nie wymaga trzeciej wersji oprogramowania do kosztorysowania. Również złożone oświadczenia Przystępującego i jego pracownika, z których wynika, iż od 1 lutego 2018 r. tylko jeden pracownik zajmuje się sporządzaniem kosztorysów, nie stanowi dowodu na to, że Przystępujący nie potrzebuje więcej wersji oprogramowania. Skoro mimo posiadania legalnej wersji oprogramowania, której aktualizację co jakiś czas zakupuje, co potwierdza złożona faktura z dnia 19 czerwca 2019 r. wykonawca ten wykorzystuje w swojej działalności nielegalną wersję oprogramowania, to niezależnie od tego ilu pracowników to robi, należy uznać, że czyni to nie osobiście, dla własnych celów, lecz w ramach zatrudnienia, a więc ze skutkami dla pracodawcy.

W ocenie Izby podnoszona przez Przystępującego okoliczność, iż kosztorys został sporządzony przy wykorzystaniu legalnej wersji oprogramowania, a jedynie wydrukowany przy użyciu wersji nielegalnej, pozostaje bez znaczenia dla ww. oceny. Wynika to w szczególności z faktu, że kosztorys ze wskazaniem na użycie nielegalnej wersji oprogramowania został podpisany przez wspólnika Przystępującego i wykorzystany przez tego wykonawcę do złożenia oferty. Nie ma zatem powodu, dla którego miałyby nastąpić rozgraniczenie poszczególnych etapów opracowywania kosztorysu. Istotny jest bowiem kosztorys załączony do oferty, a nie jego ewentualne wcześniejsze postaci. Nadto okoliczność ta nie tylko nie została udowodniona, ale także nie zostało wyjaśnione, jak i dlaczego miałyby być tak, że do sporządzenia kosztorysu wykonawca użył legalnej wersji oprogramowania, a jedynie do jego wydruku użył wersji nielegalnej. Przystępujący nie wyjaśnił z czego wynika, iż posiadając dwie wersje legalnego oprogramowania, kosztorys ofertowy został złożony przy wykorzystaniu nielegalnej wersji oprogramowania.

Również nie zmienia oceny Izby treść oświadczenia Athenasoft Sp. z o.o. z dnia 19 czerwca 2019 r., złożonego przez Przystępującego, w którym znalazło się stwierdzenie, iż użycie nielegalnej wersji programu odbyło się bez wiedzy i zgody zarządu Przystępującego, że nie rości sobie żadnych pretensji wobec ww. oraz, że stan prawny tej kwestii jest unormowany. Za wiarygodne należy uznać twierdzenie Odwołującego, iż Athenasoft Sp. z o.o. zawiera umowy pozasądowe z podmiotami, które użyły nielegalnej kopii oprogramowania, w wyniku których następuje zapłata na jej rzecz określonej sumy, co kończy spór w tym zakresie. Wynika to ze złożonego przez Odwołującego protokołu kontroli, przeprowadzonej przez Ministerstwo Sportu i Turystyki Departament Prawno-Kontrolny 2D/2010 oraz braku sprzeciwu Przystępującego wobec tych twierdzeń. Zawarcie po złożeniu oferty porozumienia ugodowego, w wyniku której roszczenia właściciela oprogramowania zostały zaspokojone nie niweczy faktu sporządzenia oferty przy wykorzystaniu nielegalnego oprogramowania do kosztorysowania. Zgodzić się należy z Odwołującym, że zawarcie takiego porozumienia potwierdza natomiast, iż naruszenie interesów twórcy programu miało miejsce, a jedynie jego roszczenia cywilnoprawne zostały zaspokojone. Przepisy ustawy Pzp, w tym art. 89 ust. 1 określający katalog przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy, nie przewidują możliwości niezastosowania przesłanki, o której mowa w pkt 3 tego przepisu, np. w sytuacji gdy szkoda została naprawiona, gdy roszczenia uprawnionych zostały zaspokojone. Nie ma w tym przepisie odpowiednika samooczyszczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Twierdzenie Przystępującego, iż wykorzystanie nielegalnej wersji oprogramowania nastąpiło bez wiedzy wspólników tego wykonawcy nie zasługuje na wiarę, skoro, jak wyżej zaznaczono, oferta, w tym kosztorys ofertowy została podpisana przez wspólnika. Stosownie do art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik jest obowiązany do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), natomiast zgodnie z § 2 tego art. należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, co oznacza, że miernik staranności w odniesieniu do profesjonalistów jest podwyższony. Tym samym, jeśli nawet uznać twierdzenie wspólnika przedstawione na rozprawie, że poszczególne strony oferty były podpisywane szybko, bez czytania, to nie zmienia to ww. oceny, bowiem od profesjonalisty należy wymagać, aby upewniał się m.in. jakie oświadczenia składa i czy kosztorys został sporządzony z wykorzystaniem legalnego oprogramowania, które nie narusza praw autorskich innego podmiotu i czy swoim działaniem nie zagraża interesom innego przedsiębiorcy. Nadto bezprawność jest taką cechą działania, która polega na jego sprzeczności z normami prawa lub zasadami współżycia społecznego, bez względu na winę, a nawet świadomość sprawy. Dla ustalenia przeto bezprawności działania wystarczy ustalenie, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa. (...) (wyr. SA w Poznaniu z 24.6.1992 r., Wok. 1993, Nr 2, s. 30).

W sprawie zostało wykazane, że Przystępujący wykorzystuje w prowadzonej działalności nielegalną wersję oprogramowania, co zagraża rzetelnej konkurencji, i wykorzystał nielegalne oprogramowanie do złożenia oferty w analizowanym postępowaniu. Wypełnione zatem zostały przesłanki, o których mowa w art. 3 ust. 1 UZNK. Sporządzenie oferty przez Przystępującego z wykorzystaniem nielegalnej wersji oprogramowania do kosztorysowania, w okolicznościach

przedmiotowej sprawy, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W związku z tym potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem który stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Odnosząc do drugiej z podstaw odrzucenia oferty wykonawcy INSBUD, wskazanych w odwołaniu, wskazania wymaga, iż nie jest sporne pomiędzy stronami, iż obecnie w obrocie nie występuje otulina o nazwie Thermaflex FRM. Nie ma przy tym znaczenia, czy w ogóle nie występuje taki produkt, jak twierdzi Przystępujący, czy jedynie zmienił nazwę i obecnie występuje pod nazwą ThemaEco FRZ, jak twierdzi Odwołujący.

Nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego twierdzenie Przystępującego przedstawione na rozprawie, że KNR posługuje się nieaktualną terminologią wyświetla się Thermaflex FRM, a nie można wybrać z funkcji programu Thema PUR, który należy wpisać ręcznie, co w innych pozycjach nastąpiło. Ręcznego wpisu wymaga zarówno nagłówek, jak i ta część kosztorysu szczegółowego, która zawiera materiały, przy czym nie ma automatyzmu aby zmiana ręcznie wprowadzona w odniesieniu do materiału została automatycznie uwzględniona w nagłówku. W ocenie Izby za wiarygodne należy zatem uznać twierdzenia Przystępującego poparte złożonym przez niego w ramach wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, kosztorysem szczegółowym, że w pozycji materiały od początku zamierzał zaoferować otulinę Thema PUR i tę wycenił, co wynika z tego kosztorysu uproszczonego, a jedynie w nagłówku nie wprowadził zmiany nazwy i dlatego w wersji uproszczonej, wymaganej do złożenia wraz z ofertą pozostała nazwa Thermaflex FRM. Porównanie cen zawartych w kosztorysie uproszczonym załączonym do oferty z cenami zawartymi w kosztorysie szczegółowym w tych pozycjach wskazuje, iż są takie same. Zauważenia przy tym wymaga, że na ceny te wpływa nie tylko cena materiału ale także inne koszty, tj np. robocizna, sprzęt co jest uwidocznione w kosztorysie szczegółowym.

Tym samym w ocenie Izby nie znajduje potwierdzenia stanowisko Odwołującego, że doszło do zmiany treści oferty. Jakkolwiek w jej treści występuje niezgodność z SIWZ w tych trzech pozycjach, to jednak ze złożonych wyjaśnień wynika, że jest to omyłka wynikająca z niedopatrzeń wykonawcy, tym bardziej, że w innych pozycjach wskazywanych przez Odwołującego na rozprawie (107-110) to nie wystąpiło. Nadto, jak oświadczył Zamawiający na rozprawie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, dotyczy to wartości na poziomie jednej setnej procenta całej inwestycji i znikomego znaczenia funkcjonalnego. Oznacza to, że jest to omyłka nieistotna.

Tym samym, omyłka ta, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który to przepis został wprowadzony w celu umożliwienia odtworzenia prawidłowej treści oświadczenia woli wykonawcy, zniekształconej w ofercie w sposób niezamierzony. W sytuacji jednak, gdy oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, czynność poprawy oferty w tym zakresie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zostało wykazane, że doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

