

WYROK
z dnia 22 lipca 2020 r. Krajowa Izba

Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2020 r. przez wykonawcę **Termo Klima MK Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Tartacznej 12 (40-749 Katowice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach** z siedzibą w Katowicach przy ul. Poniańskiego 15 (40-055 Katowice)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Termo Klima MK Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Termo Klima MK Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego **Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Wykonywanie okresowych przeglądów urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych zlokalizowanych w budynkach Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach przy ul. Medyków 4, 6, 8b, 12, 12a, 12b, 12c, 12d, 22, 30* (numer postępowania: RZP/PN/6/20), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym unii Europejskiej w dniu 13 marca 2020 r., pod numerem 2020/S 052-123657.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 25 maja 2020 r. wykonawca Termo Klima MK Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności podjętej przez zamawiającego polegającej na odrzuceniu w piśmie z dnia 14 maja 2020 r. znak RPZ/0723/10/6/20, które zostało doręczone w dniu 15 maja 2020 r. oferty odwołującego z dnia 14 kwietnia 2020 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp z uzasadnieniem, iż złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art 89 ust. 1 pkt 3) Pzp przez błędne zastosowanie. Wyjaśnił, że kryterium: „opłata ryczałtowa za przejazd” nie stanowiło ceny oferty, a było jedynie kryterium umożliwiającym uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie oferty. Kryterium to - według odwołującego - nie miało żadnego wpływu na cenę oferty, gdyż nawet brak uzyskania punktów w tym kryterium nie wpływa na cenę oferty, a jedynie na pozycję oferty w

rankingu - w związku z tym zamawiający nie miał prawa wezwać wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp do wyjaśnienia elementów składowych opłaty ryczałtowej za przejazd, ani nie miał prawa żądać dowodów w tym zakresie. W konsekwencji zamawiający nie mógł odrzucić oferty z powodu treści wyjaśnień, w tym i dowodów wyliczeń opłaty za przejazd „tam i z powrotem”, gdyż wyjaśnienia nie mogły mieć znaczenia w sprawie. Niezależnie od tego odwołujący podtrzymał treść wyjaśnień, jakie złożył w piśmie z dnia 4 maja 2020 r.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) Pzp unieważnienia jego czynności polegającej na odrzuceniu w piśmie z dnia 14 maja 2020 r. znak RPZ/0723/10/6/20, które zostało doręczone odwołującemu w dniu 15 maja 2020 r. oferty z dnia 14 kwietnia 2020 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ przypadku nakazania unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty, to jego oferta ze wszystkich ważnie złożonych i nieodrzuconych ofert w postępowaniu jest najbardziej korzystna dla zamawiającego w rozumieniu kryteriów, które zostały określone i podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”).

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że za niezgodnie z Pzp należy uznać następujące czynności zamawiającego:

- wezwanie odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty w zakresie kryterium oceny ofert, w ocenie odwołującego zamawiającemu nie przysługiwało wezwanie wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp do wyjaśnienia ceny oferty w zakresie kryterium oceny ofert;
- zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę odwołującego z bezpodstawnym uzasadnieniem, że oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wyjaśnił, że kryterium oceny oferty: „B” - opłata ryczałtowa za przejazd posiadało wagę 30 pkt. Najwyższą liczbę punktów za to kryterium miała otrzymać oferta o najniższej opłacie ryczałtowej, opłacie za przejazd: „tam i z powrotem” w przypadku konieczności dokończenia czynności przeglądu, przerwanych na skutek stanu technicznego urządzeń podlegających przeglądowi. W ocenie odwołującego kryterium „opłata ryczałtowa za przejazd” nie stanowiło ceny oferty, a było jedynie kryterium umożliwiającym uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie oferty. Kryterium to nie miało zatem żadnego wpływu na cenę oferty, gdyż nawet brak uzyskania punktów w tym kryterium nie wpływał na cenę oferty, a jedynie na pozycję oferty w rankingu. W związku z tym zamawiający nie miał prawa wezwać wykonawcę z art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp do wyjaśnienia elementów składowych opłaty ryczałtowej za przejazd, ani nie miał prawa żądać dowodów w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że udzielił odpowiedzi na otrzymane wezwanie z art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp z obawy, że brak odpowiedzi spowoduje, że zamawiający odrzuci jego ofertę; zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp. Zwrócił uwagę, że oczywiście zamawiający mógł poprosić wykonawcę o wyjaśnienie wartości tego kryterium, ale raczej wzywając do wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnienie treści złożonej oferty. Takiego wezwania zamawiający jednak nie wystosował.

Następnie odwołujący stwierdził, że zamawiający opisując w SIWZ kryterium: „B” - opłata ryczałtowa za przejazd nie zastrzegł i nie zapisał, że opłata ta miała zawierać rzeczywiste koszty przejazdu z siedziby wykonawcy do miejsca świadczenia usługi. Zamawiający nie założył w zapisach SIWZ, że wykonawca ma wziąć pod uwagę koszty docelowe dla realizacji dojazdu tam i z powrotem (np.: cena paliwa, koszty amortyzacji, koszty ubezpieczenia itp.). Zamawiającego w ogóle nie interesowały te koszty, gdyż określił i wymagał w kryterium „B” podanie ceny ryczałtowej za przejazd! Jeżeli jego „założenie” było inne, to popełnił błąd redagując opis kryterium.

Odwołujący wyjaśnił, że w powszechnym jak i prawnym rozumieniu ryczałt to należna kwota pieniężna w wysokości ustalonej z góry i bez rozliczania kosztów poszczególnych transakcji, np. ryczałtowana opłata pocztowa - kwota ustalona z góry należna za korzystanie z usług pocztowych, ryczałt podatkowy - uproszczona metoda naliczania podatku, bez ustalania podstawy wymiaru podatku. Kodeks cywilny (art. 628 k.c.) wyróżnia wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie dzieła, robót budowlanych, zlecenia lub usługi, które polega na ustaleniu wynagrodzenia w wysokości z góry ustalonej za wykonanie przedmiotu umowy (np. montaż mebli, remont mieszkania, poprowadzenie sprawy sądowej), bez względu na to, jakie koszty poniesie wykonawca. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Zatem jeżeli cena, jaka została

zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową, to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko, co do określenia wysokości ceny ryczałtowej! Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący stwierdził, że zamawiający nie miał prawa kwestionować opłaty ryczałtowej za przejazd określoną przez wykonawcę na kwotę 0,12 zł, gdyż jak sam wymagał, miała to być opłata ryczałtowa. Również niesłusznie dokonał odrzucenia oferty wykonawcy przyjmując ją za czyn nieuczciwej konkurencji, pomimo że wykonawca wyjaśnił okoliczności, jakie wpłynęły na ustalenie podanej wartości opłaty za przejazd. Zamawiający nie zakwestionował prawdziwości złożonych wyjaśnień.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 lipca 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie przedstawił argumentację na poparcie powyższego wniosku.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na nośniku typu pendrive, przesłanej do akt sprawy w dniu 3 czerwca 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- oferty odwołującego;
- wezwania zamawiającego znak: RZP/0723/9/6/20 z dnia 28 kwietnia 2020 r. skierowanego do odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia opłaty za przejazd „tam i z powrotem” (w celu dokończenia czynności przeglądu, o których mowa w §3 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy);
- odpowiedzi odwołującego z dnia 4 maja 2020 r. na powyższe wezwanie;
- pisma zamawiającego znak: RZP/0723/10/6/20 z dnia 14 maja 2020 r. skierowanego do odwołującego, a zawierającego informacje o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp oraz uzasadnienie dla tej czynności.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem XVI SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert była opłata ryczałtowa za przejazd. Kryterium to zostało oznaczone literą „B” i w ramach tego kryterium można było otrzymać maksymalnie 30 pkt. W treści opisu tego kryterium zamawiający wskazał, że najwyższą liczbę punktów za to kryterium otrzyma oferta o najniższej opłacie ryczałtowej (za przejazd „tam i z powrotem” w przypadku konieczności dokończenia czynności przeglądu, przerwanych na skutek stanu technicznego urządzeń podlegających przeglądowi), pozostałe oferty odpowiednio mniej, stosownie do wzoru:

$$B = \frac{\text{najniższa zaoferowana opłata}}{\text{opłata z oferty badanej}} \times 30 \text{ pkt}$$

Zgodnie z §3 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ - W ramach świadczenia usługi objętej Umową Wykonawca jest zobowiązany w szczególności

5

do wykonywania okresowych przeglądów w terminach zgodnych z zaleceniami producentów sprzętu. W przypadku, gdy wykonanie przeglądu okresowego nie będzie możliwe z uwagi na stwierdzony przez Wykonawcę stan techniczny urządzenia, Wykonawca zakończy czynności przeglądu spisaniem protokołu z czynności wykonanych, ze wskazaniem niesprawności stanowiącej przyczynę niedokończenia przeglądu. Zamawiający wykona czynności naprawcze i po doprowadzeniu do sprawności urządzenia, wezwie Wykonawcę do dokończenia czynności przeglądu. Termin dokończenia przeglądu zostanie dwustronnie uzgodniony i odbędzie się nie później niż w ciągu 14 dni kalendarzowych od

dnia powiadomienia Wykonawcy o zakończeniu naprawy urządzenia. W takich przypadkach, Wykonawca otrzyma zwrot kosztów przejazdu, naliczonych na podstawie opłaty ryczałtowej.

Odwolujący w złożonej ofercie (w miejscu podanym w formularzu ofertowym zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ) jako opłatę ryczałtową za przejazd „tam i z powrotem” wskazał kwotę 0,12 zł brutto (dwanaście groszy brutto), 0,1 zł netto (dziesięć groszy netto).

Zamawiający pismem z dnia 28 kwietnia 2020 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia opłaty za przejazd „tam i z powrotem” (w celu dokończenia czynności przeglądu, o których mowa w §3 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy). Zamawiający m. in. wyjaśnił w wezwaniu, że wysokość opłaty ryczałtowej w oferowanej wysokości 0,12 zł za przejazd, zdecydowanie budziła jego wątpliwość co do możliwości pokrycia kosztów takiego przejazdu przy zaoferowanej stawce.

Odwolujący odpowiedział na powyższe wezwanie zamawiającego pismem z dnia 4 maja 2020 r. Odwołujący w pierwszej kolejności poinformował, że:

1. *Termo-Klima MK jest firmą, która stale zajmuje się m.in. działalnością serwisową urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych na terenie Katowic, województwa śląskiego, a czasami również poza województwem.*

2. *Pracownicy serwisu (i nie tylko) pracują codziennie w różnych miejscach, w zależności od bieżących zadań, potrzeb, harmonogramów itp.*

3. *Dysponujemy flotą 20 samochodów, które są wykorzystywane do odwożenia oraz przywożenia pracowników serwisu.*

4. *Koordinacja działań pracowników serwisu w połączeniu z optymalnym wykorzystaniem floty samochodowej stwarza możliwość załatwienia sprawy „po drodze”.*

Następnie odwołujący przytoczył treść §3 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy.

W końcowej części swoich wyjaśnień odwołujący wskazał, że - Nie ma wątpliwości, że dokończenie przeglądu opisane powyżej będzie zdarzeniem sporadycznym, a termin takowego zostanie każdorazowo dwustronnie uzgodniony.

Zaproponowany symboliczny ryczałt w kwocie 0,1 zł netto wynika z arytmetycznej zależności określonej w opisie kryteriów... Oczywiście możemy założyć, że w obecnej sytuacji epidemicznej kwota ta będzie spożytkowana na pokrycie części kosztów odkażania pojazdów użytych do przewozu pracowników.

W przedmiotowym postępowaniu uznaliśmy, że nie ma potrzeby ustanawiać opłaty ryczałtowej za przejazd „tam i z powrotem”, w przypadku konieczności dokończenia czynności przeglądu z uwagi na znikomy rzeczywisty koszt przejazdu na tle wartości usługi oraz możliwość wykorzystania naszego potencjału i sprawnej organizacji pracy.

Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2020 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp. W przedmiotowym piśmie zamawiający przedstawił także uzasadnienie dla tej czynności. Uzasadnienie to zawierało czytelną i wynikową argumentację, zostało poparte adekwatnym orzecznictwem oraz odnosiło się do przepisów art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. - Dz. U. z 2019 r. poz. 1649), zwanej dalej: „z.n.k.”.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do szczegółowego odniesienia się do argumentacji przedstawionej przez odwołującego, na wstępie skład orzekający uznał, że zarzuty czy też zastrzeżenia skierowane przez odwołującego wobec czynności wezwania go przez zamawiającego pismem z dnia 28 kwietnia 2020 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia opłaty za przejazd „tam i z powrotem” (dotyczącej kryterium „B”) były spóźnione i tym samym Izba nie miała podstaw prawnych do ich merytorycznego rozpoznania. Należy przypomnieć, że szacunkowa wartość zamówienia w postępowaniu jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, co oznacza, iż jest ono prowadzone przez zamawiającego w tzw. procedurze „unijnej” lub „pełnej”.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 1 Pzp postępowaniach, w których szacunkowa wartość zamówienia w postępowaniu jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przez skierowanie wezwania do odwołującego w dniu 28 kwietnia 2020 r., zamawiający dokonał czynności w postępowaniu, od której przysługiwało odwołanie. Przepis art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W związku z powyższym termin na wniesienie odwołania w zakresie tej czynności upłynął odwołującemu w dniu 8 maja 2020 r., tym samym argumentacja w powyższym zakresie zawarta w odwołaniu, które zostało wniesione w dniu 25 maja 2020 r. musiała zostać uznana za spóźnioną.

Odwołujący co prawda wyjaśnił w odwołaniu, że udzielił odpowiedzi na otrzymane wezwanie z obawy, iż brak odpowiedzi spowoduje odrzucenie przez zamawiającego jego oferty, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, jednakże mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy Izba nie mogła przyjąć takich wyjaśnień. Izba stwierdziła, że skoro odwołujący chciał uniknąć odrzucenia swojej oferty na podstawie i w okolicznościach, z którymi się nie zgadzał to tym bardziej powinien kwestionować czynność zamawiającego.

Odnosząc się do samej czynności odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający uznał, że zarzut odwołującego nie potwierdził się.

Izba przyjęła stanowisko odwołującego i uznała, że wymaganie wynagrodzenie ryczałtowego nie mogło oznaczać dowolności ustalenia opłaty w ramach kryterium. Opłata powinna być rzeczywista, tj. powinna uwzględniać realne koszty, jakie wykonawca poniesie w celu zrealizowania przejazdu „tam i z powrotem” w celu dokończenia czynności przeglądu.

Jak już cytowano powyżej, w treści złożonych wyjaśnień odwołujący wprost stwierdził, że *Zaproponowany symboliczny ryczałt w kwocie 0,10 zł netto wynika z arytmetycznej zależności określonej w opisie kryteriów ...*. W związku z tym Izba przyjęła, że odwołujący wyraźnie wskazał, że opłata ryczałtowa w zaoferowanej kwocie 0,10 zł netto (0,12 zł brutto) za przejazd „tam i z powrotem” nie obejmowała kosztów, które składają się na taką opłatę, a wynikała z przeprowadzonej analizy punktacji związanej z arytmetyczną zależnością pomiędzy wagą poszczególnych kryteriów oceny ofert. W ocenie Izby wyjaśnienia potwierdziły nie tylko, że odwołujący zaoferował opłatę ryczałtową za „przejazd tam i z powrotem” poniżej kosztów jej świadczenia, ale przede wszystkim, że zaoferowanie takiej opłaty było czynem nieuczciwej konkurencji, co skutkowało odrzuceniem jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp.

Skład orzekający zwrócił uwagę, że model wielokryterialnej oceny ofert wynika z treści przepisu art. 91 Pzp. Jednym z zagrożeń związanych ze stosowaniem tego modelu jest możliwość niedopuszczalnego kształtowania przez wykonawców podlegającymi ocenie elementami oferty w celu zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia. Przy czym nie chodzi tu o zwykłą optymalizację, lecz o ukształtowanie parametrów oferty w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, które skutkuje szczególnie korzystną oceną całej oferty danego wykonawcy (względem pozostałych) w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert i ich wag.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wypada podkreślić, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09, norma ta może stanowić samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt II CSK 191/10). Omawiany przepis oddziela zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji, od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Zatem wytycza granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Za naruszenie prawa należy uznać czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej - w szczególności, jeżeli wykonawca uzyskuje przewagę nad konkurentami, w następstwie czego zaczyna zagrażać ich interesom. Przy czym pod pojęciem „sprzeczne z prawem” należy rozumieć działanie sprzeczne nie tylko z ustawą z.n.k., ale również bezprawne na kanwie odrębnych ustaw, mające wpływ na sytuację innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i

naruszające ich uzasadnione interesy gospodarcze. Natomiast zakaz naruszania dobrych obyczajów chroni przede wszystkim uczciwość we współzawodnictwie na rynku towarów i usług, czyli rzetelność w konkurencji (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 marca 2015 r., sygn. akt III APa 28/14). Istotnym jest również, aby działanie wykonawcy, stojące w sprzeczności z prawem lub z dobrymi obyczajami, powodowało powstanie stanu zagrożenia, albo naruszenia interesu prawnego osób trzecich - innego przedsiębiorcy, czy zamawiającego, a także winien istnieć związek pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu

zagrożenia), a zasługującym na ochronę interesem uczestnika rynku zamówień publicznych. Ponadto Izba zauważa, że dokonując wykładni omawianej normy nie można pominąć, że przedmiotem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest, w najszerszym zakresie, działalność przedsiębiorcy przed zamachami przeciwko niej skierowanymi. Ustawa ta zmierza do zapewnienia prawidłowości zachowania się i działania przedsiębiorcy w warunkach wolnej konkurencji i dostępu do rynku na równych prawach (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1995 r., sygn. akt III CZP 12/95).

W granicach wyznaczonych przez zamawiającego w SIWZ to wykonawcy decydują o treści składanych oświadczeń woli, ale wykonawcy nie mogą wykorzystywać relacji pomiędzy kryteriami oceny ofert i ich wagami w celu uzyskania zamówienia. Jest to niewątpliwie działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Oczywiście, by jednoznacznie przesądzić, że jakieś działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, należy brać pod uwagę całokształt okoliczności, w jakich działanie to miało miejsce, w szczególności jego cel, środki służące jego realizacji, oraz konsekwencje. Rozważając działanie odwołującego w zakresie objętym odwołaniem, Izba doszła do przekonania, iż było ono skierowane wbrew dobrym obyczajom, a analiza środków powziętych w celu uzyskania przez odwołującego zamówienia przekonała skład orzekający, że odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Przewodniczący: