Sygn. akt KIO 281/20

WYROK

z dnia 24 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2020 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD K. sp.j., ul. Kozietulskiego 40, 96-100 Skierniewice w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Miasta Skierniewice, Rynek 1, 96-100 Skierniewice

przy udziale wykonawcy K. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą POL-KAM K. B., ul. Mickiewicza 24B/14, 96-100 Skierniewice, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy K. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą POL-KAM K. B., ul. Mickiewicza 24B/14, 96-100 Skierniewice z tego powodu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

2. kosztami postępowania obciąża Urząd Miasta Skierniewice, Rynek 1, 96-100 Skierniewice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD K. sp.j., ul. Kozietulskiego 40, 96-100 Skierniewice tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Urzędu Miasta Skierniewice, Rynek 1, 96-100 Skierniewice na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD K. sp. j.,

ul. Kozietulskiego 40, 96-100 Skierniewice kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 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 Łodzi.

Przewodniczący: .....

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. Remont pomieszczeń: świetlicy i kuchni w Szkole Podstawowej Nr 2" przez Miasto Skierniewice, ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice (dalej „zamawiający") wykonawca Przedsiębiorstwo Instalacyjne-Budowlane INSBUD Krzesińscy sp. j., ul. Kozietulskiego 40, 96-100 Skierniewice (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec:

1. czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę K. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą POL-KAM K. B., ul. Mickiewicza 24 B/1, 96-100 Skierniewice (dalej „przystępujący"),

2. zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego

3. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

w dniu 16 stycznia 2020 r. pod numerem 503289-N-2020.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2019.1010 t.j. [dalej u.z.n.k.], poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, której złożenie stanowi czym nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

3. ewentualnie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, którego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ").

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,

2. dokonał ponownej oceny i badania ofert,

3. odrzucił ofertę przystępującego z uwagi na okoliczności powołane w odwołaniu,

4. dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej bez uwzględnienia oferty odrzuconej.

Odwołującego wniósł także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu 1 odwołujący wskazał, że zgodnie ż art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uzupełnił, że:

- ustawa uznaje za czym nieuczciwej konkurencji działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli takie zachowanie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta,

- pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji (definicja z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.) jest określane w doktrynie i orzecznictwie jako klauzula generalna czynu nieuczciwej konkurencji,

- w literaturze i orzecznictwie od lat wskazuje się różnorodność funkcji klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji zawartej w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. oraz pojęć niedookreślonych z nią związanych i powiązanych; szczególne znaczenie ma funkcja uzupełniająca, co oznacza, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5-17 u.z.n.k., jeżeli jest sprzeczne z prawem lub z dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta, bądź mu zagraża,

- uznanie konkretnego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga konkretnego ustalenia na czym to określone działanie polegało oraz zakwalifikowanie go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, ale odpowiadającemu hipotezie z art. 3 ust 1 u.z.n.k; aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą (1), pczyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami (2), działanie musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta (3)..

Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem IV p. 3 SIWZ do oferty należało dołączyć kosztorys ofertowy wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ oraz, że w stopce załączonych do oferty kosztorysów przystępującego widnieje tekst świadczący o sporządzeniu kosztorysu przy użyciu programu NORMA PRO wersja 4.01. marzec 2003 r. Licencja 37337 dla K. B. .

Podniósł, że wedle oświadczenia producenta oprogramowania, tj. spółki AthenaSoft sp z o.o. wymieniona wersja programu komputerowego NORMA PRO, tj. wersja 4.01. marzec 2003 r. Licencja 37337 jest wersją nielegalną - na stronie internetowej producenta programu zamieszczona została informacja, że licencja nr 37337 jest wersją nielegalną (tzw. piracka), której używanie stanowi naruszenie praw majątkowych i autorskich należących do firmy Athenasoft sp. z. o.o., jak również naruszenie przepisów kodeksu karnego. Wskazał, że ww. informacje znajdują się na stronic internetowej producenta pod adresem: hUps://www.ath.pl/aktualnosci/post/nomia-pro-wersja-4-01 (Załącznik nr 1 do odwołania).

Odwołujący stanął na stanowisku, że używanie i wykorzystywanie programu komputerowego bez licencji wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji albowiem narusza przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1231 - nieuprawnione korzystanie z oprogramowania jest niezgodne z przepisami prawa, ale również godzi w dobre obyczaje.

W ocenie odwołującego kosztorys będący integralnym elementem oferty winien być sporządzony zgodnie z przepisami prawa, niedopuszczalne jest, aby składając ofertę w postępowaniu o zmówienie publiczne wykonawca używał nielegalnego oprogramowania.

Stwierdził, że działanie przystępującego, który sporządził kosztorys z wykorzystaniem nielegalnej wersji programu komputerowego NORMA PRO jest objęte hipotezą art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Dodatkowo stwierdził, że posługiwanie się nielegalną wersją oprogramowania naruszyło prawa autorskie spółki Athenasoft sp. z o.o. i działanie to może wyczerpywać także 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.

Odwołujący oświadczył, że przystępujący uzyskał program komputerowy NORMA PRO bez zgody osoby uprawnionej, wobec czego osiągnął korzyść majątkową, która wyraża się już w nieodpłatnym uzyskaniu programu komputerowego bez ponoszenia wydatków związanych z jego legalnym nabyciem.

Stwierdził nadto, że posługiwanie się przez przystępującego 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 nielegalnym oprogramowaniem. Uzupełnił, że nieponoszenie kosztów zakupu licencji wpływa na innych wykonawców, którzy złożyli ofertę w danym postępowaniu, korzystając z legalnego oprogramowania.

Powołał się na wyroku KIO 1255/19 oraz KIO 1186/17: „posługiwanie się przez wykonawcę kosztorysem ofertowym sporządzonym na nielegalnym programie komputerowym (kosztorys został podpisany) narusza dobre obyczaje, gdyż wykonawcy uczciwie konkurujący na rynku zamówień publicznych nie mogą posługiwać się w celu złożenia oferty podmiotom publicznym nielegalnym oprogramowaniem", „ „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" .

Wskazał także, iż 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 jest obowiązany do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a w stosunku do profesjonalistów dodatkowo miernik len ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy również uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do zarzutu 2 odwołujący ocenił, że wykonawca, posługując się nielegalnym oprogramowaniem przy sporządzeniu kosztorysu ofertowego nie mógł przekształcić kosztorysów pobranych ze strony internetowej zamawiającego w wersji ath na pełną wersję, wynikiem czego jest kilkanaście, a może nawet kilkadziesiąt pozycji (ok. 22 szt.) z zerową wartością cen jednostkowych wykonania robót, a w konsekwencji zerową wartością całej pozycji - są to istotne pozycje warunkujące prawidłowe wykonanie zamówienia np. drzwi EI 60 gwarantujące bezpieczeństwo pożarowe obiektu, opłata wysypiskowa wartość 0, co jest wbrew ustawie o ochronie środowiska i gospodarce odpadami. Pozycje zerowe są widoczne w załączonym do oferty kosztorysie.

Zdaniem odwołującego nie znajduje żadnego uzasadnienie zastosowanie zerowych cen jednostkowych i to w tak wielu pozycjach.

Podał, że zamawiający wymagał w p IV ppkt 3 SIWZ, aby wycenić wszystkie pozycje w przedmiarze robót wobec czego przystępujący nie wypełnił dyspozycji SIWZ i w tym wypadku nie można zasłaniać się ryczałtowym charakterem wygrodzenia, bowiem oferty nie są w żaden sposób porównywalne, czego oczekiwał w SIWZ w w/w punkcie zamawiający.

Podsumował, że oferta przystępującego jest niezgodna z SIWZ, co oznacza, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a skoro tak, to oferta ta winna być odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Uzupełniająco wskazał, że zamawiający wymagał w SIWZ wypełnienia określonych

dokumentów w tym przedmiaru robót w celu porównania wycen, po czym odstąpił od ich zbadania, co narusza dyspozycje art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp oraz, że także brak wycen poszczególnych pozycji kosztorysowych (brak cen jednostkowych) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem celowo przystępujący zaniża wartość oferowanej niepełnej

niekompletnej usługi w celu uzyskania zamówienia, czym wprowadza zamawiającego w błąd dając niekompletną wycenę, której nie można porównać z innymi ofertami.

Zauważył, że przystępujący oświadczył, że nie będzie realizował zamówienia przy udziale podwykonawców, co jest niemożliwe z uwagi na specjalistyczny zakres prac sanitarnych i elektrycznych na tym zadaniu.

Oświadczył, że przystępujący nie posiada brygady sanitarnej i brygady elektrycznej wobec czego również w tym zakresie oświadczenie przystępującego w ofercie jest wadliwe i wprowadza zamawiającego w błąd.

Podkreślił, że oświadczenie wykonawcy dotyczące podwykonawców jest bardzo ważne, bowiem udział podwykonawców warunkuje prawidłowe wykonanie zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 17 lutego 2020 r. - dokumentów wskazanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie - pismo zamawiającego z dnia 20 lutego 2020 r. w tym wydruku cennika Norma Expert oraz Norma Pro, złożonych przez odwołującego wydruku cennika oprogramowania Athenasoft Sp. z o.o. z dnia 1 listopada 2019 r., wydruków oświadczeń Athenasoft Sp. z o.o. z Warszawy dotyczących Norma Pro wersja 4.01, a także oświadczeń i stanowisk stron (przystępujący nie stawił się na rozprawę) zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Odnosząc się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w części dotyczącej pkt 1 i 3 odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, skład orzekający Izby, za wyrokiem Sadu Okręgowego W Warszawie z dnia 28 września 2017 r. sygn. akt KIO XXIII Ga 205/17 podnosi, co następuje: „ (...) Na wstępie można, a wręcz należy powołać się na ugruntowany już pogląd tut. Sądu Okręgowego, który wyrażony został w sprawach prowadzonych pod sygn. akt XXIII Ga 1517/16, 165/17, 365/17 i 626/17. Rację ma (...) skarżący (...) podnosząc, że bezzasadne jest stanowisko (...) jakoby przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie przyznawał ochrony prawnej wykonawcom kwestionującym prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy, który ją złożył. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w przypadku podprogowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, to jest postępowań, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie przysługuje m.in. wobec czynności

wyboru oferty najkorzystniejszej. (...) Brak jest, w ocenie Sądu Okręgowego podstaw, aby rozgraniczyć możliwość zaskarżania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zależności od przyczyn, dla których czynność ta jest, w ocenie odwołującego, niezgodna z przepisami ustawy. W szczególności nie sposób wywieźć, (.) jakoby wykonawca (.) nie miał prawa do wniesienia odwołania, w przypadku gdy wybrana oferta w ogóle winna podlegać odrzuceniu, a składający ją podmiot wykluczeniu z postępowania. Zaniechanie przez zamawiającego w toku postępowania odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowiło bowiem jedynie merytoryczną podstawę, która dawała asumpt do podważenia w drodze decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Podkreślenia wymaga fakt, (.), iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procesem składającym się z szeregu kolejnych, następujących po sobie czynności, zachowań uczestników

postępowania, których rezultatem jest wybór przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej. Co za tym idzie sama czynność wyboru, jest wynikową wszystkich poprzedzających ją czynności i nie może być całkowicie rozdzielona, jak w niniejszej sprawie, od chociażby czynności badania ofert. Reasumując, przez wybór oferty najkorzystniejszej należy rozumieć wszystkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji w tym zakresie. W konsekwencji, w ocenie Sądu Okręgowego, wykonawcy przysługuje odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, niezależnie od podstawy, przyczyny która doprowadziła do tej czynności, w tym również w sytuacji gdy wybór oferty najkorzystniejszej jest podyktowany uprzednim zaniechaniem odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania."

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przypomnienia wymaga, że legitymacja do wniesienia odwołania winna być badana na moment wniesienia odwołania.

Skład orzekający Izby podziela argumentację zaprezentowaną w przywołanym przez odwołującego na rozprawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 212/18, zgodnie z którą „Nie podważa istnienia interesu okoliczność, (.), że oferta Odwołującego jest droższa od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie było objęte przedmiotem orzekania przez Izbę, ponadto w przypadku wystąpienia przesłanek do zastosowania tego przepisu, Zamawiający jest uprawniony do zwiększenia swego budżetu. Jak przyjmuje się w orzecznictwie Izby, do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na

sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak pewności czy Zamawiający nie zwiększyłby kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności."

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania,

wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, której złożenie

stanowi czym nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 w związku

z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy u.z.n.k. potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 3 SIWZ obowiązkiem wykonawcy było złożenie kosztorysu o charakterze pomocniczym i informacyjnym.

W rozdziale VIII pkt 2 SIWZ zamawiający podał, że stosować będzie dwa kryteria: cenę o wadze 60% oraz gwarancję o wadze 40%.

Zgodnie z § 16 wzoru umowy (załącznik nr 10 do SIWZ) zamawiający przewidział za wykonanie przedmiotu umowy wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie ze złożoną ofertą. Jednocześnie w § 27 pkt 1.2.1. zdanie ostatnie wzoru umowy: „W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w pkt 1.2.1 możliwa jest w szczególności zmiana sposobu wykonania, materiałów i technologii robót, jak również zmiany lokalizacji budowanych urządzeń. Zamawiający przewiduje w takiej sytuacji zmianę wynagrodzenia odpowiednio do zmian zaistniałych w trakcie realizacji zamówienia. Rozliczenie robót nastąpi wtedy metoda powykonawczą, w zakresie objętym zmiana przedmiotu umowy, z zastosowaniem stawek przyjętych do wyceny robót w ofercie wykonawcy."

Jako integralną część oferty (zgodnie z oświadczeniem w pkt. 6 Formularza „Oferta"

- „Oświadczamy, że wszystkie załączniki stanowią integralną część oferty.") przystępujący złożył:

- Kosztorys ofertowy wykonanie „Remont pomieszczeń świetlicy i kuchni w Szkole Podstawowej Nr 2" dla branży „Budowlana + wyposażenie" - str. 4-11 oferty,
- Kosztorys ofertowy wykonanie „Remont pomieszczeń świetlicy i kuchni w Szkole Podstawowej Nr 2" dla branży elektrycznej - str. 12-16 oferty,
- Kosztorys ofertowy wykonanie „Remont pomieszczeń świetlicy i kuchni w Szkole Podstawowej Nr 2" dla branży sanitarnej - str.17-23 oferty,

w których stopce, na stronie 1 (odpowiednio 4, 12 i 17) ujęto treść: „Dokument został opracowany przy pomocy programu NORMA PRO" oraz począwszy od strony 2 (odpowiednio od strony 5, 13 i 18) ujęto treść: „Norma PRO Wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 dla K. B. ".

Pismem z dnia 7 lutego 2020 r. zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenie oferty, której złożenie sanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie zaś z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta".

Skład orzekający Izby uznał, że przystępujący, składając ofertę, która - w zakresie dotyczącym kosztorysów ofertowych - została opracowana przy pomocy nielegalnego oprogramowania do kosztorysowania, tj. Norma Pro Wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, w konsekwencji czego zamawiający, nie odrzucając oferty przystępującego dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Tytułem uwag wstępnych skład orzekający Izby zauważa, że obowiązek zamawiającego, polegający na eliminacji oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji pozwala uznać, że cele ustawy Pzp i u.z.n.k. - zapobieganie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej są zbieżne. „W przypadku obu aktów funkcja ochronna dotyczy nie tylko przedsiębiorców, ale również interesu publicznego." (.) Interes publiczny to także korzyści służące ogółowi w tym kształtowanie właściwych wzorców zachowań w ważnych sferach życia publicznego, w tym w sferze gospodarki. Ochrona tego interesu to w związku z tym również troska o kształtowanie konkurencji, a także tworzenie systemu prawno-gospodarczego, tak aby budził on zaufanie uczestników (przedsiębiorców)." (W. Dzierżanowski „Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych" Wolters Kluwer 2012, str. 67).

W przedmiotowej sprawie, w ocenie składu orzekającego Izby, wystarczającym dla uznania, że kosztorys został opracowany przez przystępującego przy pomocy programu Norma PRO Wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 jest zamieszczenie przez przystępującego w stopce złożonych kosztorysów ofertowych we wszystkich trzech branżach informacji, iż „Dokument został opracowany przy pomocy programu NORMA PRO" (strona pierwsza każdego z kosztorysów) oraz wskazanie, że chodzi o „Normę PRO Wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 dla K. B." (strony kolejne każdego z kosztorysów).

Przyjąć należy, że to sam wykonawca ma najlepszą wiedzę na temat tego, jakim programem kosztorysowym się posłużył, opracowując kosztorysy ofertowe. Skoro

przystępujący wskazał, że posłużył się programem Norma PRO Wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337 to, przy braku twierdzeń przeciwnych, uznać należy, że tak właśnie jest.

W ocenie składu orzekającego Izby brak także podstaw, aby odmówić wiarygodności upublicznianemu przez producenta oprogramowania NORMA PRO, tj. Athenasoft Sp. z o.o. z Warszawy oświadczeniu (dotyczącym wersji 4.01), tj. iż „użytkowanie wspomnianej wersji stanowi naruszenie autorskich praw majątkowych należnych Athenasoft" skoro nie kwestionuje się samego faktu, że spółce tej przysługują prawa do wskazanego oprogramowania wobec czego uznać należało, że oprogramowanie Norma PRO Wersja 4.01, Marzec 2003 r. Licencja 37337, przy pomocy którego opracował kosztorysy ofertowe przystępujący, to oprogramowanie nielegalne, którego użytkowanie stanowi naruszenie autorskich praw majątkowych producenta Athenasoft Sp. z o.o. z Warszawy.

Złożenie przez przystępującego oferty, opracowanej przez tegoż przystępującego - w zakresie kosztorysów ofertowych, z wykorzystaniem nielegalnego oprogramowania (wersja 4.01) narusza nie tylko dobre obyczaje (nie sposób ocenić za przyjęty standard przedsiębiorcy, aby ten - jako wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w celu złożenia oferty w takim postępowaniu wykorzystywał nielegalne oprogramowania innego przedsiębiorcy), ale jest także sprzeczne z prawem - art. 74 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1231) przewidującym ochronę programów komputerowych jak utworów literackich oraz art. 278 § 2 Kodeksu karnego, przewidującym karę dla tego, kto bez zgody uprawnionej osoby uzyskuje cudzy program komputerowy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (tu: w celu uzyskania zamówienia publicznego).

W ocenie składu orzekającego Izby złożenie przez przystępującego oferty, opracowanej przez tegoż przystępującego - w zakresie kosztorysów ofertowych, z wykorzystaniem nielegalnego oprogramowania (wersja 4.01), należy zakwalifikować jako działanie, które narusza interes innego przedsiębiorcy (producenta oprogramowania) choćby poprzez umniejszenie jego zarobku oraz co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców - wykonawców choćby poprzez to, że składając ofertę kalkulują cenę ofertową z wykorzystaniem legalnego, płatnego oprogramowania. Bez znaczenia w ocenie

składu orzekającego Izby pozostaje to, że cena nabycia oprogramowania Norma (niezależnie od tego, czy przyjmie się wielkość na poziomie trzech tysięcy złotych jak chce zamawiający, czy ponad czterech tysięcy złotych jak chce odwołujący) w przedmiotowym postępowaniu nie ma wpływu na ranking ofert (cena przystępującego brutto jest niższa od ceny odwołującego brutto o około 370 tysięcy złotych), ponieważ zagrożenie naruszenia interesu innego wykonawcy należy oceniać przez pryzmat potencjalnego kręgu wykonawców, a tym samym w odniesieniu do „potencjalnych cen ofertowych", w przypadku których cena nabycia legalnego oprogramowania może być kluczowa. Podkreślenia przy tym wymaga, że składając ofertę przystępujący - jak każdy inny wykonawca - nie miał wiedzy na temat tego ilu wykonawców, z jakimi cenami złoży oferty i jak „na ich tle" uplasuje się oferta przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego względu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się potwierdził. Nie sposób bowiem uznać za prawidłowy wybór - jako najkorzystniejszej - oferty, która winna zostać odrzucona.

Zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że cofa ten zarzut wobec czego skład orzekający Izby pozostawił go bez rozpoznania.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, którego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut został postawiony jako ewentualny. Wobec potwierdzenia się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego względu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania. Potwierdzenie się zarzutu pierwszego czyni zadość żądaniu odwołującego nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz ponowienia oceny i badania ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty przystępującego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 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).

Przewodniczący: .....