

WYROK

z dnia 5 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie **30 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **12 czerwca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „B.” B. S., Ł. G.** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Adaptacja budynku byłego internatu przy ul.(...), w wyniku którego powstanie 26 mieszkań komunalnych* (nr postępowania ...) prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w R.** przy udziale wykonawcy: **„R.” sp. z o.o. z siedzibą w R.** – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „B.” B. S. z Ł. G. i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „B.” B. S. z Ł. G.** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **odwołującego Zakładu Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „B.” B. S. z Ł. G.** na rzecz **zamawiającego Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w R.** kwotę **623,58 zł** (słownie: sześćset dwadzieścia trzy złote pięćdziesiąt osiem groszy) tytułem uzasadnionych kosztów strony obejmujących koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

1

Sygn. akt KIO 1186/17

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach.**

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1186/17

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w R. prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Adaptacja budynku byłego internatu przy ul. (...), w wyniku którego powstanie 26 mieszkań komunalnych* (nr postępowania ...).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 14 marca 2017 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

2 czerwca 2017 r. Zamawiający przesłał listem poleconym Odwołującemu Zakładowi Produkcyjno-Handlowo-Usługowemu „B.” B. S. z Ł. G. {dalej również: „B. S.”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez R.” sp. z o.o. z siedzibą w R. {dalej również: „R.”}, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

12 czerwca 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie {datowane na 9 czerwca 2017 r.} od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust 1 pkt 3 – przez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych co do tego, że odwołujący miał korzystać z nielegalnego oprogramowania do kosztorysowania, co zamawiający zakwalifikował jako czyn nieuczciwej konkurencji, a co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia jego oferty, podczas gdy Odwołujący nie korzystał i nie korzysta z nielegalnego oprogramowania do kosztorysowania, a co jednocześnie miało istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta Odwołującego była najkorzystniejsza według przyjętych przez Zamawiającego kryteriów i gdyby nie została odrzucona, musiałaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 91 ust. 1 – przez niewybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
2. {w przypadku nieuwzględnienia poprzedniego zarzutu} Art. 89 ust 1 pkt 3 – przez jego błędne zastosowanie na skutek niewłaściwej wykładni, która doprowadziła Zamawiającego do wniosku, że Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co nie miało miejsca, a wywarło istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta

3

Sygn. akt KIO 1186/17

Odwołującego była najkorzystniejsza według przyjętych przez Zamawiającego kryteriów i gdyby nie została odrzucona, musiałaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 91 ust. 1 – przez niewybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

3. {w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów} Art. 89 ust 1 pkt 3 – przez dokonanie dowolnej oceny okoliczności związanych ze złożeniem oferty, w tym kosztorysu, oraz wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego, polegającej na tym, że Zamawiający stwierdził, że Odwołujący miał korzystać z nielegalnego do a jego nie miały waloru oprogramowania kosztorysowania, wyjaśnienia wiarygodnych, podczas gdy nie doszło do naruszenia praw autorskich twórcy programu, a wyjaśnienia Odwołującego były spójne i logiczne, a nadto poparte dowodem w postaci faktury, która dowodzi, że nie doszło do zachwiania konkurencji na rynku firm, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia jego oferty, podczas gdy Odwołujący nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji spowodowało naruszenie art. 91 ust. 1 – przez niewybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
4. Art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 – przez odrzucenie oferty bez uzasadnienia prawnego, w tym poprzez całkowite pominięcie powołania przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które miałyby uzasadniać odrzucenie oferty.
5. Art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez odrzucenie oferty bez uzasadnienia faktycznego, dla którego zamawiający odmówił wiarygodności wyjaśnieniom Odwołującego.
6. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez błędne dokonanie ustaleń jakoby Odwołujący doprowadził na skutek korzystania z nielegalnego oprogramowania do zaburzenia konkurencyjności w ten sposób, że nie musiał on ponieść kosztów programu do kosztorysowania, podczas gdy Odwołujący nie korzystał z nielegalnego oprogramowania i poniósł koszt zakupu oprogramowania, wobec czego nie zaburzył konkurencyjności firm na rynku, a czego Zamawiający miał świadomość otrzymując dowód w postaci faktury poświadczającej nabycie programu przez Odwołującego.
7. Art. 14 w zw. z art. 6 Kodeksu cywilnego – przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo nieudowodnienia mu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

4

Sygn. akt KIO 1186/17

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

Pismem z 22 maja 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego m.in. o złożenie wyjaśnień (pkt 3 na str. 16 pisma) w przedmiocie możliwości popełnienia przez niego czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na opracowaniu kosztorysu złożonego wraz z ofertą na nielegalnym oprogramowaniu Norma Pro 4.01.

W piśmie z 24 maja 2017 r. Odwołujący ustosunkował się do wezwania wyjaśniając odnośnie oprogramowania, co następuje: *Zawsze posługuję się legalnym oprogramowaniem – posiadam niezbędną licencję na korzystanie z programu do kosztorysowania. W załączeniu przedkładałam dowód na potwierdzenie mojego stanowiska w postaci faktury z dnia 19 lipca 2016 roku, która poświadcza nabycie programu w sposób legalny. Oferta, która została złożona w toku postępowania dla ZGM została opracowana na oprogramowaniu – norma standard – nabytym legalnie, co poświadcza powołana faktura. Niemniej jednak wskazać trzeba, że oferta wydrukowana została w zewnętrznym punkcie ksero wobec braku tonera tego dnia w naszej drukarce – zlokalizowanej w biurze w Ł. G. Kosztorys został zapisany w formacie typowym dla kosztorysu tj. „ath.” a następnie doręczony przez naszego pracownika do punktu ksero/punktu świadczącego usługi drukowania – co miało miejsce bezpośrednio przed złożeniem oferty. Zachodzić więc może prawdopodobieństwo, że podmiot, który wydrukował naszą ofertę otworzył nasz kosztorys w posiadanym przez siebie oprogramowaniu. Chcąc uniknąć wszelkich wątpliwości w tym zakresie przedkładałam poza fakturą z 19 lipca 2016 roku również wydruk bezpośrednio z naszej wersji oprogramowania w którym kosztorys został utworzony.*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie mógł mieć jakiejkolwiek wiedzy co do wersji oprogramowania, w której powstał kosztorys, gdyż programy do kosztorysowania generują dokumenty w formacie ath., który otworzyć można wyłącznie za pomocą stosownego oprogramowania branżowego. Bez względu na to, w jakiej wersji oprogramowania kosztorys powstałe, w sytuacji otwarcia go celem wydrukowania uwidoczniona zostanie wersja programu, w którym dokonuje się wydruku, a nie wersja, w którym został on opracowany. Stąd też określenie, w jakiej wersji programu kosztorys powstał a w jakiej został wydrukowany to dwie różne kwestie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że zarzucając popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji nie przedstawił jakiejkolwiek przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który miałby zostać naruszony przez Odwołującego, choć miał taki obowiązek w ramach podania zarówno uzasadnienia faktycznego, jak i prawnego. Obowiązek taki wynika zarówno z art. 89 ust. 1 pkt, który stanowi o czynie nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

5

Sygn. akt KIO 1186/17

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i z art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp, który stanowi o konieczności podania uzasadnienia prawnego i faktycznego w przypadku odrzucenia oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak jakiegokolwiek udowodnienia dopuszczenia się przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji i oparcie się wyłącznie na domniemaniach. Odwołujący oświadczył, że w całości podtrzymuje swoje wcześniejsze wyjaśnienia.

Odwołujący opisał następujące okoliczności jako dotyczące przebiegu zdarzeń związanych z opracowaniem kosztorysu:

1. Odwołujący w lipcu 2016 r. nabył program do kosztorysowania Norma Standard, który zawiera moduł PDF, tj. funkcjonalność dzięki której można przenieść upubliczniane przez zamawiających tzw. ślepe kosztorysy czy przedmiary do programu, na którym się pracuje. Wybór tej wersji oprogramowania podyktowany był chęcią ułatwienia i przyspieszenia pracy biurowej (w fakturze wskazano, że nabyty program posiada

moduł PDF). Program ten został wykorzystany podczas przygotowania oferty, o czym świadczy okoliczność, że oferta zawierała opisy dostępne tylko w nowych wersjach oprogramowania, podczas gdy wersja Norma Pro 4.01 jest wersją relatywnie starą, uwzględniając datę jej ukazania się na rynku, niezawierającą szeregu ulepszeń producenta. Tezę tą dowodzi między innymi pozycja 3.2.7. kosztorysu, co do której Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie rozbieżności pismem z 22 maja 2017 r. (str. 15). Najnowsze wersje programu do kosztorysowania odczytują tę pozycję jako „wykonanie izolacji przy użyciu powłoki wodoszczelnej CR 90 na powierzchni pionowej przeciw zawilgoceniu”, natomiast Zamawiający zmienił opis pozycji na „wykonanie izolacji poziomej z folii w płynie”. Gdyby Odwołujący posługiwał się starszą wersją oprogramowania, nie przedstawiłby podanego opisu rzeczonyj pozycji kosztorysowej w tym kształcie, gdyż przepisałby opis pozycji z przedmiaru Zamawiającego. Dowodzi to, że Odwołujący przygotował ofertę z użyciem modułu PDF, którego nie zawierała starsza wersja programu.

Odwołujący podkreślił, że dzięki użyciu programu, który odwołujący nabył legalnie – przy użyciu modułu PDF – odczytał pozycje określone przez Zamawiającego w przedmiarze i nadał im treść według standardu nowego programu, niedostępnego w tak starej wersji jak Norma Pro 4.01. Zdaniem Odwołującego okoliczność tę poświadcza zarówno wzmiankowana w pkt 1 pozycja 3.2.7. kosztorysu jak i wiele innych pozycji w tym kosztorysie, a także dowód z zeznań osób, które przygotowują kosztorysy we współpracy z Odwołującym.

Odwołujący dodał, że przebieg aktualizacji oraz dodawania poszczególnych pozycji

Sygn. akt KIO 1186/17

w programie kosztorysowym przedstawiają informacje od producenta – historia zmian w programie Norma Pro.

2. Różnica między wersją programu Norma Standard i Norma Pro polega na możliwościach, co znajduje odzwierciedlenie w cenie. W wersji Pro rozbudowano wiele funkcji dotyczących wydruków, sporządzania zestawień, wykresów, możliwości rozliczania gruzu w pozycjach, wprowadzania dodatkowych własnych katalogów, np. kalkulacji opartej na KNR i dodawania do poszczególnej pozycji własnych marż lub tym podobnych wyliczeń i zapisywania jako katalog własny. Wersja Standard nie zawiera tych udogodnień, jednakże Odwołujący nie ma potrzeby korzystanie akurat z tych funkcjonalności, skoro nie ma żadnej różnicy pomiędzy tymi wersjami, jeżeli chodzi o zawartość katalogów KNR, ZKNR, KNNR itp., tzn. w obu wersjach są one jednakowe. Nadto istotnym argumentem przy wyborze programu była kwestia ceny.
3. Wykorzystanie przez Odwołującego wersji programu starszej np. Norma Pro 4.01, niż posiadana, byłoby co najmniej mało racjonalne. Skoro pewne pozycje i opisy dostępne są tylko w nowszej wersji programu, Odwołujący musiałby korzystając ze starszej wersji ręcznie przepisywać wszystkie te pozycje. Nadto starsze wersje programu nie posiadały modułu PDF, więc gdyby chciał stworzyć kosztorys w wersji Norma Pro 4.01, musiałby przepisać całość przedmiaru. Działanie takie byłoby niecelowe, skoro Odwołujący posiadał nowszy program, w którym pracę mógł wykonać sprawniej i lepiej przenosząc dokument zamawiającego (przedmiar) do swojego programu, w którym uzupełniał tylko poszczególne pozycje kosztorysu, a nie musiał ich tworzyć od nowa. Powyższe okoliczności przeczą tezie, że kosztorys ofertowy powstał w programie nielegalnym w wersji wskazanej przez Zamawiającego.
4. Odwołujący do niedawna korzystał z drukarek atramentowych, które nie były dość wydajne zważając na fakt, że jego działalność się rozwija i składa wiele ofert. W marcu 2017 r. Odwołujący podjął rozmowy z firmą I. celem wydzierżawienia profesjonalnego urządzenia laserowego wielofunkcyjnego (drukarka, skaner, ksero). W marcu Odwołujący uzyskał informację, że dostawa wybranego urządzenia może nastąpić dopiero w okolicach czerwca 2017 r. Ponieważ cena nowego urządzenia jest wyjątkowo wysoka, Odwołujący zdecydował się na jego dzierżawę. Po dokonaniu wstępnej rezerwacji urządzenia i ustalenia kwestii finansowych 21 kwietnia 2017 r. pracownik odwołującego przesłał do firmy I. dane do przyszłej umowy. Umowa dzierżawy urządzenia została zawarta 23 maja 2017 r.. Przez okres od lutego 2017 r.

aż do dostawy urządzenia Odwołujący drukując większe ilości dokumentów wspierał się na zewnętrznych firmach, gdyż cena wkładów tuszowych do tradycyjnych drukarek jest relatywnie wysoka, co powodowało, że korzystanie z zewnętrznych podmiotów

7

Sygn. akt KIO 1186/17

drukujących było uzasadnione. Nadto wkłady tuszowy ze względu na małą objętość trzeba było wymieniać bardzo często, co powodowało wiele okresów przestoju pracy drukarki. Odwołujący zlecał swoim pracownikom, zarówno biurowym jak i fizycznym, aby przy okazji wyjazdów na poszczególne budowy czy do sklepów z materiałami budowlanymi, drukowali przy okazji dokumenty z nośnika pendrive. Odwołujący nie ewidencjonował tak skromnych kosztów, rzędu kilku czy kilkunastu złotych, stąd też nie może przedstawić paragonów. Składając nawet kilkadziesiąt ofert w skali miesiąca Odwołujący koncentrował się przede wszystkim na terminowym złożeniu oferty, co było dla niego ważniejsze niż kwestia, kto i gdzie wydrukuje dokumenty za cenę kilku złotych. Odwołujący dodał, że prowadzi działalność na obszarze województw ś. i m., stąd też nie ma jakichkolwiek realnych szans, aby ustalić który z pracowników i gdzie drukował kosztorysy, który złożono zamawiającemu, gdyż kosztorysy były drukowane akurat tam, gdzie dany pracownik musiał wykonać czynności służbowe. Okoliczność wymiany urządzeń drukujących w firmie odwołującego potwierdzają też fotografie wykonane na dzień przed wniesieniem odwołania, gdyż urządzenie wielofunkcyjne zostało niedawno zainstalowane w biurze. Odwołujący oświadczył, że nie spostrzegł przed złożeniem kosztorysu, że posiada on wzmiankę o wydrukowaniu w wersji Norma Pro 4.01.

Zdaniem Odwołującego nie może jednak odpowiadać za legalność działań podmiotów trzecich świadczących usługi drukarskie. Jeśli zaś doszło do naruszenia praw producenta oprogramowania, doszło do tego bez jego udziału i zawinienia. Według Odwołującego prawdopodobnie firma drukująca skorzystała z nielegalnego oprogramowania celem otwarcia pliku ATH. typowego dla kosztorysu. Nie dowodzi to jednak: po pierwsze – stworzenia dokumentu w nielegalnej wersji oprogramowania, po drugie – popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez Odwołującego. Jak zauważył Zamawiający, w sieci Internet bez trudu można odnaleźć informację – w tym na stronie producenta oprogramowania, że wersja Norma Pro 4.01 jest nielegalna. Informacja ta sugeruje, że właśnie ta wersja programu jest często wykorzystywana nielegalnie, zapewne więc istnieją stosunkowo łatwe sposoby dla zdobycia tej wersji programu, tak też każdy punkt ksero czy punkt drukujący dokumenty mógł zorganizować na swój użytek tą nielegalną wersję programu.

Argument Zamawiającego oparty na tezie, że doszło do naruszenia zasad konkurencji firm na rynku nie jest według Odwołującego trafiony, gdyż już na etapie składania wyjaśnień z 24 maja 2017 r. dowiódł, że poniósł koszt nabycia programu do kosztorysowania. Być może decyzja zamawiającego byłaby uzasadniona, gdyby Odwołujący nie dysponował w ogóle wersją legalną oprogramowania, w tym nie przedstawił dowodu

8

Sygn. akt KIO 1186/17

nabycia oprogramowania.

Odwołujący odniósł się również do stwierdzenia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie po raz pierwszy posłużył się nielegalną wersją oprogramowania, na dowód czego Zamawiający powołał się na postępowanie dotyczące remontu i przebudowy budynku mieszkalnego przy ul. (...). W pierwszej kolejności Odwołujący zadał pytanie, dlaczego w powołanym wyżej postępowaniu Zamawiający nie uznał, ani nie zarzucił Odwołującemu czynu nieuczciwej konkurencji, tak jak zrobił to w tej sprawie. Odwołujący ocenił, że praktyka Zamawiającego w analogicznym stanie faktycznym pozostaje skrajnie różna.

Po drugie, według Odwołującego złożenie oferty odnośnie budynku przy ul. (...) potwierdza, że korzystał celem wydrukowania ofert z zewnętrznych punktów, zawsze dostarczając kosztorys zapisany w formacie ATH, co powoduje, że otwarcie pliku możliwe

jest tylko przez program kosztorysowy.

Odwołujący podkreślił, że nie neguje w jakiej wersji programu kosztorys został wydrukowany, natomiast neguje okoliczność, jakoby miał użytkować program nielegalny tj. neguje czyn zarzucany mu przez Zamawiającego.

Po trzecie, zdaniem Odwołującego prawdopodobne jest, że działalność polegająca na kserowaniu i drukowaniu dokumentów może nie przynosić tak wymiernych zysków, aby firmy te posiadały oryginalne oprogramowanie kosztorysowe (zwłaszcza, że same nie tworzą raczej kosztorysów budowlanych), co uzasadnia tezę, że osoba trzecia mogła pobrać nielegalny program celem wydrukowania dokumentu odwołującego, na co Odwołujący nie ma wpływu i czego mógł nie dostrzec.

Po czwarte, Odwołujący podniósł, że nie każda wersja programu Norma Pro 4.01 jest nielegalna, gdyż produkt ten był oferowany do sprzedaży od 2003 roku i podmiot, który wydrukował ofertę, mógł mieć legalne oprogramowanie w tej wersji. Okoliczność, że ta wersja programu bywa często wykorzystywana według producenta nielegalnie, nie prowadzi do prostego wniosku, że każdy egzemplarz programu tej wersji jest nielegalny. Zamawiający nie pokusił się w uzasadnieniu o rozwinięcie tego wątku, a wydrukowane kosztorysy, poza wersją programu mogą zawierać lub nie numer licencji. Odwołujący zauważył, że w przypadku kosztorysu złożonego przez niego numeru licencji programu Norma Pro 4.01 nie uwidocznił, więc nie sposób stwierdzić na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził, że akurat ten konkretny program (egzemplarz) był nielegalny.

Pismem z 14 czerwca 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 13 czerwca 2017 r. przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym

9

Sygn. akt KIO 1186/17

w postępowaniu

14 czerwca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w kwalifikowanej formie elektronicznej zgłoszenie przez „R.” sp. z o.o. z siedzibą w R. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3 dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

28 czerwca 2017 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał, że zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, a odrzucenie jego oferty w świetle okoliczności sprawy, w szczególności załączonego do oferty kosztorysu i udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień z 24 maja 2017 r., było uzasadnione.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia

10

odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył w nim ofertę, która spośród złożonych ofert prezentuje najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert obowiązujących w postępowaniu. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania sprawy:

Zamawiający podał następujące uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej przez B. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp:

(...) Wykonawca do oferty załączył podpisany przez niego kosztorys ofertowy sporządzony przy użyciu nielegalnego oprogramowania komputerowego Norma pro 4.01. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający w związku z powzięciem informacji, że kosztorys ofertowy został sporządzony na nielegalnej wersji oprogramowania, wezwał Wykonawcę zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających na celu ustalenie czy złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które są mało wiarygodne i nie usunęły wątpliwości Zamawiającego co do legalności oprogramowania. Z dołączonej do wyjaśnień faktury nie wynika, iż Wykonawca wykonał kosztorys dołączony do oferty na legalnym oprogramowaniu, gdyż faktura dotyczy programu Norma Standard a nie programu Norma Pro 4.01. Ponadto wykonawca wskazując, iż oferta została wydrukowana w zewnętrznym punkcie ksero, nie podał jego nazwy ani lokalizacji, przez co czyni tę część wyjaśnień bardzo nieprecyzyjną, a przez to mało wiarygodną, biorąc pod uwagę stawiany zarzut naruszenia prawa. Jednocześnie prawdziwość okoliczności wskazanych przez Wykonawcę, iż wydruk został dokonany w zewnętrznym punkcie ksero wobec braku tonera tego dnia w drukarce, budzi poważne wątpliwości szczególnie w świetle tego, iż w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Remont i przebudowa budynku mieszkalnego przy ul. (...) w R., w wyniku, którego powstaną lokale socjalne – Wykonawca również złożył kosztorys sporządzony w dniu 21.03.2017 r. przy użyciu programu Norma Pro wersja 4.01. Wykonawca posłużył się kosztorysem ofertowym opracowanym na nielegalnym programie

komputerowym NORMA PRO Wersja 4.01. Informacja o nielegalnym posługiwaniu się przedmiotowym oprogramowaniem znajduje się na stronie internetowej firmy A., podmiotu posiadającego prawa autorskie do programu. Korzystanie przez Wykonawcę z programu bez licencji, a więc bez ponoszenia kosztów związanych z jej uzyskaniem, narusza interesy innych wykonawców, którzy płacąc za udzielone im licencje, ponoszą wyższe koszty działalności, co z kolei w sposób bezpośredni wpływa na konkurencyjność firm na rynku. W związku z powyższym działanie Wykonawcy narusza art. 115 ust. 3 ustawy o prawach autorskich i pokrewnych, który przewiduje odpowiedzialność karną dla osób, które w celu osiągnięcia korzyści majątkowej naruszają cudze prawa autorskie lub pokrewne, a także może być podstawą odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 278 § 2 kk. który przewiduje karę pozbawienia wolności dla osób, które bez zgody osoby uprawnionej uzyskują cudzy program komputerowy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Izba stwierdziła, że z powyższego uzasadnienia wynika wskazanie:

- klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako podstawy prawnej określającej stwierdzony czyn nieuczciwej konkurencji;
- skonkretyzowanie okoliczności dotyczących złożonego kosztorysu, które uznano za wypełniające przesłanki tej klauzuli, czyli do naruszenia jakiego przepisu prawa doszło oraz

w jaki sposób narusza to interesy innych przedsiębiorców;

– przebiegu badania oferty, w tym procedury wyjaśnień, które przywiodły Zamawiającego do stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wraz z podaniem powodów, dla których nie uznano złożonych wyjaśnień za wiarygodne.

Na podstawie złożonych na rozprawie przez Przystępującego wyciągów z ofert Izba stwierdziła, że latach 2009-2017 w co najmniej 6 innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego B. S. składał kosztorysy wskazujące w stopce, że zostały opracowane przy pomocy programu Norma Pro wersja 4.01 z marca 2003 r.

Powyższa wersja programu m.in. z nr licencji 37337 stanowi nielegalną kopię, której powszechne wykorzystywanie spowodowało, że producent oprogramowania – A. zablokował możliwość importu kosztorysów i przedmiarów pochodzących z wersji 4.01 do nowszych wersji tego oprogramowania {wydruk oświadczenia producenta zamieszczonego na jego stronie internetowej złożony na rozprawie przez Przystępującego}.

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.

12

Sygn. akt KIO 1186/17

Przedstawiciel producenta oprogramowania do kosztorysowania po zapoznaniu się z kosztorysem załączonym do oferty Odwołującego potwierdził, że pochodzi on z nielegalnej kopii programu Norma Pro {wydruk korespondencji mailowej złożony przez Przystępującego na rozprawie}.

Natomiast Izba uznała za niewiarygodne twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu i podnoszone na rozprawie. Skoro Odwołujący złożył w tym postępowaniu, tak jak w wielu innych postępowaniach poprzednio, kosztorys opatrzony adnotacją, że został sporządzony w konkretnej wersji programu do kosztorysowania, która według jego producenta ma charakter oprogramowania tzw. pirackiego, oczywiste jest, że nie mógł wykazać, że jest to oprogramowanie legalne. Stąd pomysł, aby twierdzić, że opracował kosztorys w posiadanej legalnej nowszej, ale prostszej wersji oprogramowania, a jedynie wydruk, został wykonany z poziomu nielegalnej wersji programu w zewnętrznym punkcie drukarskim. Odwołujący nie był jednak w stanie przedstawić żadnych dowodów co do tej ostatniej okoliczności. Izba nie dała wiary niespójnym wyjaśnieniom Odwołującego, który przed Zamawiającym powoływał się na przejściowy (w dniu bezpośrednio przed złożeniem oferty) brak tonera w swoim biurze, a w odwołaniu zaczął twierdzić, że w ogóle dla oszczędności, do czasu wydzierżawienia laserowego wielofunkcyjnego urządzenia drukującego, wszystkie licznie składane oferty drukował u podmiotów prowadzących taką działalność, w miejscach, gdzie akurat znajdowali się jego pracownicy. Z jednej strony Odwołujący wskazuje, że koszt wkładów tuszowych (już nie tonera) do posiadanej drukarki jest relatywnie wysoki (czyli nie wiadomo jaki), a z drugiej uznaje za pomijalne koszty zlecenia wydruku na zewnątrz (również unikając sprecyzowania ich dokładnej wysokości). Doświadczenie życiowe wskazuje, że koszt nabycia wkładów atramentowych, w szczególności nie pochodzących od producenta urządzenia, nie jest wcale wysoki, a koszt drukowania kilkudziesięciu obszernych dokumentów miesięcznie, każdego w innym ad hoc wybranym punkcie drukującym niekoniecznie będzie niższy. Niewiarygodne jest przy tym, aby wykonawca deklarujący poszukiwanie oszczędności na wydruku nie ewidencjonował kosztów, które poniósł w związku ze zlecaniem wydruku zewnętrznym podmiotom, choćby dla porównania ich z kosztami wydruku we własnym zakresie. Doświadczenie życiowe wskazuje, że przeciętny punkt oferujący wydruk z nośnika danych nie posiada programu do kosztorysowania ani tym bardziej nie oferuje usługi konwersji kosztorysu z jednej wersji programu do innej czy w ogóle wydruku pliku w formacie *.ath specyficznym dla jednego z funkcjonujących na rynku programów do kosztorysowania, natomiast może zapewnić wydruk z typowego formatu pliku np. *.pdf. Natomiast jeżeli Odwołujący rzeczywiście dokonał wydruku w takim specjalistycznym punkcie usługowym, to z racji jego unikalności nie

13

powinien mieć żadnych trudności z jego wskazaniem. Ponownie Odwołujący zamiast faktury czy rachunku za usługę, względnie oświadczenia wystawionych przez taki punkt, w tym odnośnie użytkowania legalnego oprogramowania do kosztorysowania, przedstawia niewiarygodne, niespójne i ogólnikowe wytłumaczenie, dlaczego takich dowodów nie jest w stanie przedstawić.

Odwołujący nie podał zatem wynikającemu z art. 190 ust. 1 pzp wskazania dowodów na odparcie twierdzeń strony przeciwnej, które zostały poparte stosownymi dowodami.

Natomiast zgłoszone w odwołaniu wnioski dowodowe dotyczyły okoliczności bez znaczenia dla sprawy, takich jak historia zmian programu Norma Pro, możliwości zaimportowania przy użyciu modułu PDF programu Norma Standard przedmiarów sporządzonych w programie Norma Pro czy wreszcie podpisanej przez Odwołującego umowy na dzierżawę urządzenia drukującego (na marginesie należy zauważyć, że załączone do odwołania fotografie nie umożliwiają identyfikacji dokładnego typu urządzeń na nich widniejących).

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

Z art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp wynika, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wbrew zarzutom sformułowanym w odwołaniu Zamawiający dopełnił obowiązku podania prawnego i faktycznego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Od strony prawnej uzasadnienie było wystarczające, w szczególności ponieważ opisowo wskazano na odpowiedni przepis ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie ma znaczenia, że nie podano jego oznaczenia. Z kolei w uzasadnieniu faktycznym wyczerpująco opisano powody, dla których Zamawiający przypisał Odwołującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w uzasadnieniu prawnym.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes

innego przedsiębiorcy lub klienta.

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 CKN 271/01, OSNC 2004 nr 2, poz. 26).

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt III CSK 120/11) wskazał ponadto, że art. 3 ust. 1 uznk, jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN wydane: 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999 nr 5, poz. 97; 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004 nr 7, poz. 54; 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 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 uznk (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 uznk) 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 u.z.n.k. 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.

Niewątpliwie w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z funkcją uzupełniającą art. 3 ust. 1 uznk. 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

15

Sygn. akt KIO 1186/17

konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów (J. Szwaja, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, 2006). Pojęcie „dobre obyczaje” jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostрым 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).

Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 uznk odrzucając ofertę Odwołującego. Kosztorys załączony do oferty jest dokumentem podpisanym i złożonym przez Wykonawcę, stanowi treść oferty. W obrocie gospodarczym przedsiębiorcy winni prowadzić działalność zgodną z prawem. Ponadto nieponoszenie kosztów licencji może wpływać na zmniejszenie kosztów ogólnych w stosunku do innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Posługiwanie się przy sporządzeniu elementu oferty, jakim jest kosztorys ofertowy, w sposób nieuprawniony programem komputerowym bez licencji, a więc tzw. pirackim może wyczerpywać znamiona przestępstwa z art. 278 § 2 Kodeksu karnego oraz znamiona przestępstwa z art. 116 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Niezależnie od tego posługiwanie się przez Wykonawcę (który go podpisał) kosztorysem ofertowym sporządzonym na nielegalnym programie komputerowym narusza dobre obyczaje, gdyż od wykonawcy uczciwie konkurujący na rynku zamówień publicznych nie mogą posługiwać się w celu złożenia oferty podmiotom publicznym nielegalnym oprogramowaniem. Autor programu komputerowego potwierdził fakt nielegalnego posługiwania się programem, informacja taka znajduje się również na stronie internetowej podmiotu posiadającego prawa autorskie do programu. 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 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

Sygn. akt KIO 1186/17

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 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 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 niczyich praw autorskich.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Ponadto stosowanie do § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia – zasądzono na rzecz Zamawiającego poniesione przez niego uzasadnione koszty z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: