

Sygn. akt: KIO 2016/23

WYROK
z dnia 26 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Symmetry Sp. z o.o., ul. Zygmunta Vogla 8, 02-963 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2 zasądza od Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2016/23

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup serwisu pogwarancyjnego dla przełączników Huawei”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 005-007133.

W dniu 10 lipca 2023 r. wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania czynności przez Zamawiającego, tj.:

- a) Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Symmetry Sp. z o.o. (dalej: „Symmetry”), ewentualnie
- c) Zaniechanie wezwania wykonawcy Symmetry do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby S4E S.A. (dalej: „S4E”), ewentualnie
- d) Zaniechanie wezwania wykonawcy Symmetry do uzupełnienia przez wykonawcę Symmetry podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez podmiot udostępniający zasoby - S4E.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Symmetry jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, z uwagi

na to, że wykonawca Symmetry posłużył się podmiotowymi środkami dowodowymi, które zostały pozyskane od Odwołującego w sposób nieuczciwy, wprowadzający w błąd i zawierają zmanipulowane przez Symmetry, wybiórcze i niepełne informacje, odnośnie zasobów, które przedsiębiorca S4E udostępnił wykonawcy Symmetry jako zdolności na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; ewentualnie

2.Zaniechanie wezwania wykonawcy Symmetry do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby S4E z uwagi na to, że udostępnione przez ten podmiot zasoby zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają spełniania warunku udziału przez wykonawcę Symmetry, co stanowi naruszenie art. 122 ustawy Pzp; ewentualnie

3.Zaniechanie wezwania wykonawcy Symmetry do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z uwagi na to, że podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę Symmetry nie potwierdzają, że podmiot udostępniający zdolności S4E zrealizował w całości

w sposób należyty umowę na rzecz Odwołującego (protokół odbioru nie obejmuje całego okresu realizacji umowy, a jedynie część - 01.01.2022 - 31.03.2023 r., podczas gdy umowa została zawarta 16.07.2020 r.) oraz dodatkowo został wystawiony przez osobę do tego nieuprawnioną, a w konsekwencji nie potwierdza spełniania przez wykonawcę Symmetry warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.Odrzucenia oferty wykonawcy Symmetry jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; ewentualnie
- 3.Wezwania wykonawcy Symmetry do zmiany podmiotu udostępniającego zdolności na podmiot, którego zdolności potwierdzają spełnianie warunków udziału przez wykonawcę Symmetry; ewentualnie
- 4.Wezwania wykonawcy Symmetry do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że wykonał on w sposób należyty w całości umowę na rzecz Odwołującego, podpisanych przez osobę do tego uprawnioną, co potwierdzi, że wykonawca Symmetry spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący argumentował jak następuje.

Zarzut nr 1 Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący powołał art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że w doktrynie przyjmuje się, że „Odrzuceniu podlega - zgodnie z ust. 1 pkt 7 komentowanego przepisu - oferta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W pewnym stopniu ma to związek z nałożonym na zamawiającego obowiązkiem stworzenia na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zobligowaniem wykonawców do uczciwego konkurowania o wybór ich oferty.

Uznanie konkretnego czynu 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 u.z.n.k.

Zgodnie 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. Regulacja ta, poza spełnianiem funkcji korygującej oraz uzupełniającej na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 5 i n. u.z.n.k.) za nieuczciwie naruszające konkurencję. Na podstawie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, lecz także naruszeniem takim zagraża. Istotne jest wykazanie sprzeczności takiego zachowania z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia lub naruszenia interesu prawnego innego przedsiębiorcy lub klienta oraz związku pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia) a zasługującym na ochronę interesem innego uczestnika rynku.” (tak: A. Gawrońska - Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226).

Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy Symmetry została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Jak podał Odwołujący, składając ofertę wykonawca Symmetry posłużył się podmiotowym środkiem dowodowym -

protokołem odbioru usługi z dnia 31.03.2023 r. wystawionym przez Odwołującego, potwierdzającym, że przedsiębiorca S4E zrealizował usługę na rzecz Odwołującego w okresie 1.01.2022 - 31.03.2023 r.

Odwołujący stwierdził, że ww. czynność wykonawcy Symmetry stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji z co najmniej dwóch względów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że samo pozyskanie podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa powyżej, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wyjaśnił Odwołujący, wykonawca Symmetry, aby uzyskać ten dokument, posłużył się podmiotem trzecim - podmiotem udostępniającym zasoby - przedsiębiorcą S4E, który celowo podając fałszywy powód zwrócenia się o dokument (konieczność dokonania audytu) nie wskazał, że potrzebuje tego dokumentu na potrzeby postępowania.

Odwołujący podniósł, że S4E działając z premedytacją zwrócił się o wystawienie podmiotowego środka dowodowego do osoby, która nie miała pełnej wiedzy na temat realizacji kontraktu przez S4E na rzecz Odwołującego, pomimo, iż z treści umowy (z dnia 16 lipca 2020 r. między Odwołującym a S4E) doskonale wiedział, z jakimi osobami powinien się kontaktować w sprawie realizacji tej umowy. W efekcie, pozyskany podmiotowy środek dowodowy jest podpisany przez osobę nieuprawnioną do składania tego rodzaju oświadczeń w imieniu Odwołującego.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że S4E działając w sposób umyślny w taki sposób sformułował pytanie, aby wystawiony dokument nie odnosił się do całego okresu realizacji umowy, a jedynie do wybranego.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu - korespondencji mailowej wraz z załącznikami między przedstawicielem S4E

a przedstawicielem Odwołującego w sprawie wystawienia protokołu odbioru usługi na okoliczność:

a) Podania fałszywego powodu, dla którego S4E zwracało się o informacje,

b) Zwrócenia się do osoby, która nie została wskazana jako osoba do kontaktu w zakresie realizacji umowy,

c) Zwrócenia się o wystawienie protokołu w zmanipulowanym zakresie jedynie dla okresu wynikającego z faktur 1.01.2022 - 31.03.2023 r.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu - wyciągu z umowy między S4E a Odwołującym z 16 lipca 2020 r. na okoliczność, że S4E z treści umowy znane były osoby odpowiedzialne za komunikację w sprawie realizacji umowy (§ 3 ust. 1).

Powyższe, jak stwierdził Odwołujący, doprowadziło do wystawienia protokołu odbioru tylko za dany okres realizacji usług, a nie za całą umowę, jednak dokument ten mógł wprowadzać Zamawiającego w błąd, sugerując, że odnosi się do całej umowy (z dnia 16 lipca 2020 r. między Odwołującym a S4E).

Odwołujący zaznaczył, że usługi, których dotyczy warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (Roz. 4.1.1.4.1 SWZ) realizowane były od pierwszego dnia po podpisaniu umowy pomiędzy Odwołującym a S4E z dnia 16 lipca 2020 r., co wynika z § 1 ust. 1 i 2, a nie od 1.01.2022 r.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu - wyciągu z umowy między S4E a Odwołującym z 16 lipca 2020 r. na okoliczność, że usługi, których dotyczy warunek udziału w postępowaniu świadczone były od początku obowiązywania umowy (§ 1 ust. 1 i 2). Protokół odbioru odnosi się do okresu 1.01.2022 - 31.03.2023 r., a zatem nie obejmuje okresu od 16.07.2020 - 1.01.2022 r., a więc nie odnosi się do realizacji umowy w całym okresie jej trwania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w odniesieniu do doświadczenia osób, w zakresie którego warunek przewidywał dłuższy okres, powołując się na tę samą umowę (z dnia 16 lipca 2020 r. pomiędzy Odwołującym a S4E), wykonawca Symmetry wskazał na okres od podpisania umowy, tj. od 16.07.2020 r. („Okres świadczenia usługi (od RRRR-MM-DD do RRRR-MM-DD): 2020-07-16 do 2023-07-16 - co wynika z zał. nr 7 do SWZ złożonego przez wykonawcę Symmetry na wezwanie Zamawiającego). Oznacza to, że wykonawca Symmetry, jak i S4E, byli w pełni świadomi co do okresu obowiązywania umowy z dnia 16 lipca 2020 r. pomiędzy Odwołującym a S4E.

Odwołujący, jako podmiot, na rzecz którego świadczone były usługi przez przedsiębiorcę S4E oświadczył, że gdyby S4E zwrócił się o wystawienie referencji, bądź protokołu odbioru za cały okres realizacji umowy, to nie uzyskałby ich ze strony Odwołującego.

Z ostrożności Odwołujący podkreślił, że jedynie Odwołujący, jako odbiorca usług może wystawić dokumenty poświadczające realizację całej umowy z dnia 16 lipca 2020 r. zawartej pomiędzy Odwołującym a S4E. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający będący odbiorcą usług na podstawie umowy zawartej z Odwołującym może oceniać jedynie, jak umowę na jego rzecz wykonywał Odwołujący (Zakres umowy Odwołującego z Zamawiającym nie jest tożsamy z zakresem umowy z 16 lipca 2020 r. zawartej między S4E a Odwołującym).

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że wykonawca Symmetry, posługując się przedsiębiorcą S4E, działał niezgodnie z dobrymi obyczajami, w sposób fałszywy podając potrzebę uzyskania informacji i manipulując treścią pytania w taki sposób, aby uzyskany podmiotowy środek dowodowy potwierdzał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez S4E, a w konsekwencji spełnianie go przez Symmetry. Tym samym, wykonawca Symmetry spowodował szkodę po stronie Odwołującego, gdyż utrudnił mu uzyskanie zamówienia w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Symmetry naraził także Odwołującego na potencjalną szkodę związaną z uznaniem oferty Odwołującego za podlegającą odrzuceniu z uwagi na to, że została złożona w ramach czynu nieuczciwej konkurencji - zмовы przetargowej, a to ze względu na to, że doprowadził do tego, że Odwołujący wystawił podmiotowy środek dowodowy w postępowaniu dla tego samego podwykonawcy, z którego sam korzysta (S4E), aby ten udostępnił go jako swój zasób konkurencyjnemu wykonawcy (Symmetry) w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że działanie wykonawcy Symmetry wypełnia również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że w doktrynie przyjmuje się, iż przepis ten ma na celu zapobieganie szerzeniu dezinformacji (tak: E. Nowińska [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska, E. Nowińska, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2022, art. 14).

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu wykonawca Symmetry rozpowszechnił wprowadzające w błąd informacje z uwagi na to, że złożył protokół odbioru usługi obejmujący tylko pewien okres realizacji umowy, a nie odnoszący się do całej umowy z dnia 16.07.2020 r. zawartej pomiędzy Odwołującym a S4E. Odwołujący stwierdził, że wykonawca Symmetry uczynił to w celu uzyskania korzyści - aby móc złożyć ofertę w postępowaniu, a jednocześnie ze szkodą dla Odwołującego. Złożenie tej informacji utrudnia bowiem uzyskanie zamówienia Odwołującemu.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Symmetry złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i jako taka powinna ona zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W przekonaniu Odwołującego, działania wykonawcy Symmetry stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji zarówno co do sposobu pozyskania (podstępnego wyłudzenia informacji od Odwołującego), jak i samych złożonych informacji, które mogły wprowadzać w błąd Zamawiającego, a zostały złożone przez tego wykonawcę w celu uzyskania przez niego korzyści w postaci możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Zarzut nr 2 Zaniechanie wezwania do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby (zarzut ewentualny)

Odwołujący zwrócił uwagę, że w doktrynie prezentowany jest pogląd, że z samej istoty przepisu art. 122 ustawy Pzp „który dopuszcza możliwość zmiany podmiotu trzeciego w toku postępowania, wynika, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów (tj. zdolności technicznej lub zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej) następuje, gdy zasoby podmiotu pierwotnie wskazanego nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia.” (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 122.).

Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że działanie wykonawcy Symmetry nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, to należy uznać, że zasoby w postaci doświadczenia udostępnione przez S4E nie potwierdzają spełnienia warunków udziału

w postępowaniu przez wykonawcę Symmetry, gdyż podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę Symmetry w postępowaniu nie obejmują świadczenia usług realizowanych przez S4E na rzecz Odwołującego na podstawie umowy z dnia 16 lipca 2020 r. w całym okresie trwania tej umowy, o czym mowa powyżej w uzasadnieniu do zarzutu nr 1.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, wykonawca Symmetry powinien być zostać wezwany przez Zamawiającego do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby na podstawie art. 122 ustawy Pzp.

Zarzut nr 3 Zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (zarzut ewentualny)

Odwołujący stwierdził ponadto, że nawet gdyby przyjąć, że oferta wykonawcy Symmetry nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy, to działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający powinien być wezwać do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wykonawcę Symmetry, gdyż złożony protokół odbioru usług wykonanych przez S4E nie obejmuje całej umowy, a jedynie odnosi się do wybranego okresu, a w konsekwencji nie potwierdza tego, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający powinien być wezwać wykonawcę Symmetry do złożenia referencji potwierdzających należyte wykonanie umowy przez S4E na rzecz Odwołującego, ewentualnie protokołu odbioru obejmującego cały okres trwania umowy (świadczenia usług przez S4E).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Symmetry.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Symmetry jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wyrażającym tzw. klauzulę generalną, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z poglądem utrwalonym w doktrynie, sprzeczność z prawem należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Dobre obyczaje natomiast to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Nie każde jednak działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami będzie kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, lecz tylko takie, które narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Czynem nieuczciwej konkurencji określonym w art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody

Odwołujący oparł przedmiotowy zarzut na twierdzeniu, że pozyskanie protokołu odbioru usługi z dnia 31 marca 2023 r. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, jako że wykonawca Symmetry posłużył się podmiotem trzecim S4E, który celowo podając fałszywy powód zwrócenia się o dokument nie wskazał, że potrzebuje tego dokumentu na potrzeby postępowania.

Izba ustaliła, że w dniu 11 maja 2023 r. o godzinie 14:38 podmiot S4E zwrócił się do przedstawiciela Odwołującego z następującą prośbą:

„W związku z prowadzonym audytem uprzejma prośba o podpisanie protokołu odbioru do zrealizowanych usług. W załączeniu przesyłam faktury, których protokół dotyczy oraz potwierdzenia płatności. FV 4413262 jest jeszcze przed terminem płatności, ale nie wniesiono do niej żadnych zastrzeżeń. Bardzo proszę o sprawne podpisanie protokołu.”.

W odpowiedzi na ww. prośbę w tym samym dniu, o godzinie 14:47 p. Marcei Juda przesłał S4E przedmiotowy protokół.

Izba ustaliła, że protokół ten datowany jest na 31 marca 2023 r. Zostało w nim stwierdzone, że stroną realizującą usługę była S4E S.A., stroną odbierającą usługę Integrated Solutions Sp. z o.o. Ponadto, jak stanowi protokół: „Strona odbierająca potwierdza poprawną realizację usługi w wymienionym zakresie, zgodnie z „Umową Podwykonawczą na świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego urządzeń Huawei wraz z osprzętem i oprogramowaniem Postępowanie nr TZ/271/54/18” zawartą w dniu 16 lipca 2020 roku Tym samym potwierdzamy zasadność i prawidłowość faktur wyspecyfikowanych poniżej (...)”.

Izba stwierdziła, że działanie S4E nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim, brak jest podstaw do jednoznacznego twierdzenia, że powód podany przez S4E w wiadomości z dnia 11 maja 2023 r. jest nieprawdziwy, bowiem w dniu 15 maja 2023 r. nastąpiła publikacja raportu finansowego S4E (pismo S4E z 21 lipca 2023 r.). Ponadto, nawet gdyby uznać, że S4E nie podał prawdziwego powodu, dla którego zwrócił się o protokół odbioru, to okoliczność ta nie ma znaczenia prawnego. Należy mieć na uwadze okoliczność, że S4E nie miał obowiązku podawania powodu ubiegania się o potwierdzenie prawidłowości realizowanej usługi. Trudno jest też przyjąć, że deklaracja Odwołującego co do prawidłowości realizacji zamówienia byłaby inna w dokumencie wydanym na rzecz audytu i inna w dokumencie wydanym np. w celu jego przedłożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli

protokół odbioru wydany na cele audytu potwierdza prawidłowy przebieg realizacji umowy w określonym czasie, należy założyć, że analogiczny dokument wystawiony w innym celu stwierdzałby taką samą okoliczność.

Izba nie dopatrzyła się również uchybień w treści sformułowanej prośby – S4E przesłał faktury i potwierdzenia płatności prosząc o protokół odbioru za określony czas wybrany nie fragmentarycznie, wybiórczo, a za okres 15 miesięcy podlegających rozliczeniu. Odwołujący nie wskazał, że skierowana do Odwołującego prośba zawierała nieprawdziwy stan faktyczny, że fakty zostały w jakikolwiek sposób zmanipulowane w celu zdobycia protokołu odbioru.

Izba nie stwierdziła wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji przez skierowanie prośby do osoby nie wskazanej w umowie podwykonawczej. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że treść korespondencji wskazuje, że nie jest to pierwszy kontakt pomiędzy danymi osobami, oraz że sprawa nie jest obca osobie podpisującej protokół. Ponadto, przyjąć należy, że osoba, która wystawiła protokół odbioru stanowiący oświadczenie wiedzy, posiadała wiedzę w tym przedmiocie. W innym przypadku, prośba S4E powinna była zostać przekazana do osoby właściwej do złożenia takiego oświadczenia bądź zwrócona wykonawcy z pouczeniem o konieczności zwrócenia się do innej osoby.

W ocenie Izby, bez znaczenia pozostaje także okoliczność, że prośba o wystawienie protokołu odbioru nie dotyczy pełnego okresu realizacji umowy. Izba ustaliła, że Zamawiający dopuścił wykazywanie się realizacją usługi będącej w toku, o ile trwa ona co najmniej 12 miesięcy (pkt 4.1.1.4.1. SWZ). Wobec powyższego, skoro możliwe było wykazanie się usługą będącą w toku, realizowaną przez okres 12 miesięcy, brak jest podstaw do czynienia wykonawcy zarzutu z faktu przedstawienia dokumentu obejmującego okres nawet dłuższy, bo 15 miesięcy. Okoliczność ta nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Izba miała przy tym na uwadze, że Odwołujący nie powołał faktów wskazujących na nienależytą realizację umowy przez S4E w okresie objętym protokołem odbioru ani też w pozostałym okresie, wykraczającym poza okres ujęty w protokole odbioru. Odwołujący nie zakwestionował faktu, że w okresie 01.01.2022 r. – 31.03.2023 r. usługa realizowana była należycie. Odwołujący nie stwierdził, ani nie powołał dowodów na okoliczność, że w pozostałym okresie realizacji ww. usługi nastąpiły zdarzenia świadczące o nieprawidłowościach w realizacji usługi leżących po stronie S4E.

Za bezzasadne Izba uznała twierdzenia Odwołującego o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przez to, że wystawiony dokument nie odnosi się do całego okresu realizacji umowy. Odwołujący powoływał się na umowę zawartą pomiędzy Odwołującym a S4E. Tymczasem okoliczność, iż usługa referencyjna realizowana przez S4E na rzecz Odwołującego trwała od 16 lipca 2020 r. jest okolicznością bezsporną. Izba miała na uwadze, że zarówno w protokole odbioru z 31 marca 2023 r., jak też w Wykazie usług wskazana jest data realizacji umowy od 16 lipca 2020 r. Zamawiający posiadał zatem wiedzę o całym okresie realizacji zadania.

Odwołujący stwierdził, że „gdyby S4E zwróciło się o wystawienie referencji, bądź protokołu odbioru za cały okres realizacji umowy, to nie uzyskałoby ich ze strony Odwołującego”. Odwołujący nie podał jednak powodów takiego stanowiska, w żaden sposób nie wykazał, że wynika ono z nieprawidłowości w realizacji umowy. Nie miały zatem znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu różnice pomiędzy umowami zawartymi przez Zamawiającego z Odwołującym oraz przez Odwołującego w S4E.

Brak jest także podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący naraził Odwołującego swoim działaniem na ryzyko odrzucenia oferty Odwołującego jako złożonej w ramach z umowy przetargowej. Fakt powołania się przez wykonawców na potencjał tego samego podmiotu sam w sobie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie stwierdził innych okoliczności mogących prowadzić do wyczerpania znamion takiego czynu.

Z uwagi na powyższe, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie wykazał także podstaw do odrzucenia oferty Symmetry na podstawie 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Symmetry rozpowszechnił wprowadzające w błąd informacje z uwagi na to, że złożył protokół odbioru obejmujący tylko pewien zakres umowy. Jak wskazano powyżej, złożone w postępowaniu dokumenty (protokół odbioru oraz Wykaz usług) wskazywały na trwanie umowy od 16 lipca 2020 r., okoliczność ta została podana Zamawiającemu przez wykonawcę Symmetry. Co więcej, okoliczność ta była znana Zamawiającemu, jako że wykazywana usługa była realizowana na rzecz Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący nie stwierdził i nie wykazał, że realizacja umowy zawartej pomiędzy Odwołującym a S4E przebiegała nieprawidłowo czy to w okresie objętym protokołem odbioru czy też w pozostałym okresie. Nie może być zatem mowy o szerzeniu dezinformacji przez wykonawcę Symmetry. Izba zważyła również, że Odwołujący upatruje szkody w działaniu Symmetry polegającej na utrudnieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia. Tymczasem poszerzenie konkurencji (jeśli odbywa się to sposób zgodny z prawem) jest okolicznością pożądaną na rynku zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe, za niezasadne Izba uznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 122 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. O zaistnieniu podstaw do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu można mówić w sytuacji, gdy spełnianie warunków nie zostało wykazane. Z kolei wezwanie wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może nastąpić, jeśli wykonawca nie złożył stosownych dokumentów lub są one niekompletne lub zawierają błędy. Takie okoliczności nie zaistniały w przedmiotowym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie

z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. W takiej sytuacji Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W świetle powyższych regulacji, Izba nakazała Odwołującemu zapłatę na rzecz Zamawiającego kwoty 3 600 zł poniesionych przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:.....