

Sygn. akt: KIO 3809/21

WYROK
z dnia 24 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2021 r. przez **wykonawcę Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa Jednostkę Wojskową Nr 2305 z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Solid sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o. oraz Seris Konsalnet Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa Jednostka Wojskowa Nr 2305 z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na: *„wykonanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urządzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronna”, nr postępowania: nr ZP-41/DOiB/2021*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 sierpnia 2021 r., za numerem 2021/S 167-438805.

W dniu 31 grudnia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia wobec:

- 1) wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Solid sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – dalej Przystępujący Solid,
- 2) zaniechania odrzucenia ofert Przystępującego Solid oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o. oraz Seris Konsalnet Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Przystępujący Konsalnet z postępowania pomimo, że złożenie ofert przez wykonawców Solid oraz Konsalnet nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 387 k.c. oraz art. 3 ust 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Solid i Konsalnet pomimo, że obydwie oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na zaoferowaniu nierealnego czasu reakcji zmotoryzowanych, uzbrojonych w broń palną grup interwencyjnych, wyłącznie w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium oceny ofert, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1

ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. odrzucenie ofert Solid oraz Konsalnet, co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urzędzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną z podziałem na 2 Części. Szczegółowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia zostały określone w części III Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) – Opis przedmiotu zamówienia. W zakresie Zadania 1 objętego odwołaniem przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urzędzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną w MSD Warszawa. Termin wykonania zamówienia wynosi 36 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zgodnie z Działem IX SWZ – Opis kryteriów którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej zastosowano m.in. KRYTERIUM - Czas reakcji zmotoryzowanych, uzbrojonych w broń palną grup interwencyjnych /Kcr/ – 10% (max. 10 pkt). Odwołujący przywołał treść SWZ w tym zakresie. W toku postępowania Zamawiający odpowiadając na pytanie Odwołującego doprecyzował w jaki sposób liczony będzie deklarowany czas reakcji. Zgodnie z pytaniem i odpowiedzią Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2021 r. czas reakcji grupy interwencyjnej liczony będzie od momentu powiadomienia dyspozytora grupy interwencyjnej (wydania dyspozycji przez Zamawiającego) do momentu jej stawiennictwa przed bramą ochranianego obiektu. Powyższe potwierdza jednoznacznie, że czas reakcji, o której mowa w kryterium odnosi się do oferowanego czasu faktycznego stawiennictwa grupy interwencyjnej we wskazanym miejscu, początek biegu terminu rozpoczyna się wraz z wydaniem dyspozycji przez Zamawiającego, oferowany czas reakcji dotyczy wyłącznie stawiennictwa przed bramą ochranianego obiektu. Zgodnie z SWZ – składając ofertę wykonawcy wypełniali Załącznik nr 1.1. do SWZ (Formularz ofertowy). Dokument zawierał w szczególności – pkt II Zobowiązania Wykonawcy w pkt 5 oświadczenie w przedmiocie oferowanego czasu reakcji grupy interwencyjnej. Zgodnie z Projektowanymi Postanowieniami Umowy PRZEDMIOT UMOWY: „§ 1. 1. Zamawiający zleca do realizacji, a Wykonawca zobowiązuje się realizować ochronę przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację

Ochroną (SUFO) niżej wymienionych obiektów Zamawiającego: 1) obiekt nr przy ul. w Warszawie; 2) obiekt nr w Warszawie-Wesoła.” Kryterium oceny ofert Czas reakcji odnosiło się do obydwu obiektów podlegających ochronie w ramach Zadania nr 1 tj. także obiektu w Warszawie Wesołej. SWZ nie przewidywała odrębnych czasów reakcji dla poszczególnych obiektów. Zatem deklarując skrócenie czasu reakcji wykonawca zobowiązywał się do zapewnienia stawiennictwa grupy interwencyjnej w odniesieniu do każdego z obiektów wymienionych w SWZ w tym samym czasie. Zgodnie z Umową - ochrona realizowana będzie w formie stałej bezpośredniej ochrony fizycznej, stałego dozoru sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w TSN i SA oraz kontroli dokumentów uprawniających do wstępu, wjazdu i przebywania w poszczególnych obiektach Zamawiającego wspartej przez zmotoryzowane, zewnętrzne, uzbrojone grupy interwencyjne. Wykonawca zobowiązany jest w szczególności (§ 1 ust. 4 pkt 19 umowy) do: „19) zapewnienia wsparcia 3 grup interwencyjnych w tym: - obiekt nr w Warszawie oraz obiekt nr Warszawa-Wesoła – 2 zmotoryzowane, uzbrojone grupy interwencyjne; (...) Dojazd grupy interwencyjnej i podjęcie interwencji nastąpi w czasie maksymalnym nie przekraczającym minut”. Uwzględniając charakter i znaczenie Grup interwencyjnych do należytego wykonania usług (chronione obiekty należą do kategorii I obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa) a także mając na uwadze fakt, że oświadczenie wykonawcy w ofercie odnośnie oferowanego czasu dojazdu stanowi ofertę sensu stricto (dodatkowo wzmocnioną charakterem czasu reakcji jako punktowym kryterium oceny ofert mającym bezpośredni wpływ na wynik postępowania) Zamawiający przewidział w tym zakresie kary umowne zgodnie z którymi: ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY „§ 3 14. Za nie przybycie grupy interwencyjnej do wzmocnienia systemu ochrony w po czasie wskazanym w ofercie Wykonawcy, tj., minut od chwili otrzymania sygnału oraz zostanie nałożona na WYKONAWCĘ kara umowna w wysokości 3000 zł.” OPZ potwierdza, że wymagany maksymalny czas reakcji do chronionego obiektu przez grupę interwencyjną to 10 minut: „Zapewnienie wsparcia 2 zmotoryzowanych, uzbrojonych w broń palną grup interwencyjnych (po dwóch pracowników ochrony) w czasie nie przekraczającym 10 minut w lokalizacjach Warszawa i Warszawa-Wesoła.”

Odwołujący podniósł dalej, że w przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało łącznie 5 ofert, przy czym wykonawca Solid oraz Konsalnet zadeklarowali w ofertach Czas reakcji na poziomie - do 1 minuty. Pozostali wykonawcy zaoferowali następujący Czas reakcji: Odwołujący – do 6 minut, Impel – do 10 minut, Basma Security – do 4 minut. Wykonawcy składając ofertę nie mieli wiedzy jak kształtować się będzie ich pozycja rankingowa w przetargu i stąd wykonawca Solid oraz Konsalnet w celu uzyskania najwyższej

możliwej punktacji w ramach kryterium oceny oferty Czas reakcji zaoferowali go w najkrótszej wartości zawartej w Tabeli w SWZ tj. do 1 minuty. W świetle SWZ oraz wyjaśnień Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2021 r. zaoferowany czas reakcji grupy interwencyjnej dla obiektu Warszawa Wesola odnosi się do czasu faktycznego stawiennictwa grupy pod bramą ochranianego obiektu od chwili powiadomienia dyspozytora grupy interwencyjnej. Uwzględniając lokalizację obiektu podlegającego ochronie nie istnieje z obiektywnie uzasadnionych względów związanych z długością trasy koniecznej do pokonania, możliwość dojazdu do bramy chronionego obiektu w takim czasie. Sam fakt, że tabela zawarta w SWZ uwzględniała w najwyższej punktacji czas reakcji do 1 minuty nie oznacza, że faktycznie istnieje możliwość aby w takim czasie wykonać usługę. Rolą i obowiązkiem wykonawców składając takie zapewnienie było upewnienie się odnośnie faktycznej możliwości dochowania takiego terminu a nie wyłącznie mechaniczne wypełnienie wzoru tabeli. Ponadto na etapie oceny ofert obowiązkiem Zamawiającego staje się dokonanie oceny faktycznej możliwości realizacji usługi w zadeklarowanym przez wykonawcę czasie. W ocenie Odwołującego bez względu na właściwości konkretnego wykonawcy odległość jaką należy pokonać w celu stawiennictwa pod bramą chronionego obiektu Warszawa-Wesola czyni reakcję o której mowa w SWZ niemożliwą. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w tożsamym postępowaniu w roku 2018 (aktualnie realizowane zamówienie przez wykonawcę Solid) dla tych samych obiektów Zamawiającego, ustalono następujące kryterium czasu reakcji z możliwością jego skrócenia na poniższych zasadach: „Zamówienie na wykonanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urządzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (ZP-11/DOIB/2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej w dniu 14.06.2018 r. (nr 2018/S 112-256129). 1. Przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wykonywanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urządzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną z podziałem na 2 części (nr ZP-11/DOIB/2018). Część nr 1 Wykonywanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urządzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną w MSD Warszawa. 4) KRYTERIUM - Czas reakcji zmotoryzowanych, uzbrojonych w broń palną grup interwencyjnych /Kcr/ – 20% (max. 20 pkt) Oferowany czas reakcji zmotoryzowanych, uzbrojonych w broń palną grup interwencyjnych musi być podany w zapisie minutowym, w zakresie od 10 minut do max. 20 minut liczony od powiadomienia. Czas reakcji: 20 min - 0 pkt, 19 min. - 2 pkt, 18 min. - 4 pkt, 17 min. - 6 pkt, 16 min. - 8 pkt, 15 min. - 10 pkt, 14 min. - 12 pkt, 13 min. - 14 pkt, 12 min.- 16 pkt, 11 min. - 18 pkt, 10 min. - 20 pkt. Wykonawca Solid

w postępowaniu tym zaoferował realizację usług z Czasem reakcji 10 minut uzyskując 20 pkt zaś wykonawca Konsalnet w czasie 20 minut (pozostali wykonawcy DGP – 17 minut, ATOS – 15 minut). Jak wskazuje przebieg trasy do obiektu podlegającego ochronie do którego bramy Solid i Konsalnet zadeklarowali dojazd w czasie do 1 minuty: <https://www.google.com/maps/dir/52.2705138,21.1810034/52.2732179,21.215254/@52.2712301,21.1719323,1390m/data=!3m1!1e3!4m2!4m1!3e0>

mamy do czynienia bez względu na przyjęty wariant trasy z odległością do pokonania ok 2,8 km licząc od wjazdu na poligon wojskowy. Trasa zaczyna się przy wjeździe na poligon wojskowy. Na bramce wjazdowej znajduje się wojskowy punkt kontroli – żołnierze/wartownicy wpuszczają pojazd po weryfikacji tożsamości. Odwołujący podkreślił, że ten punkt kontroli nie podlega ochronie przez wykonawcę w ramach zamówienia, lecz przez wojsko. Grupa interwencyjna po wjeździe na teren poligonu porusza się drogami pożarowymi ok. 2,8 km (wg Google Maps) do obiektu podlegającego ochronie – strzelnicy wojskowej. Strzelnica wojskowa jest ogrodzona i ma własną bramę (jest to wyraźnie wygrodzony fragment poligonu). Pracownicy ochrony świadczący usługi w ramach zamówienia znajdują się właśnie na tej strzelnicy wojskowej, zatem w przypadku zgłoszenia potrzeby wsparcia, grupa interwencyjna wykonawcy winna podjechać do bramy ochranianego obiektu, czyli właśnie strzelnicy wojskowej. Czas interwencji można skrócić do minimum poprzez umiejscowienie pojazdu grupy interwencyjnej na stałe tuż przed bramą poligonu (np. na parkingu pobliskiej cywilnej strzelnicy), co faktycznie jest mało realne skoro w rzeczywistości musiałaby to być grupa dedykowana na potrzeby tego konkretnego zamówienia, co nie zmienia faktu, że dyspozytor grupy musi po otrzymaniu wezwania od Zamawiającego zadysponować grupę do podjazdu interwencyjnego, grupa musi dojechać do bramki poligonu, przejść weryfikację przez żołnierza/wartownika na bramce poligonu i przejechać ok. 2,8 km drogami pożarowymi do strzelnicy wojskowej (obektu podlegającego ochronie). W ocenie Wykonawcy czas reakcji grupy interwencyjnej do 1 minuty w takich okolicznościach jest całkowicie nierealny a jedynym celem tak zadeklarowanego skrócenia czasu reakcji było uzyskanie nienależnej przewagi punktowej na podstawie kryterium oceny ofert. Przeliczając czysto teoretycznie dystans do pokonania 2800 m i czas dojazdu liczony tylko od bramy poligonu jako 1 minuta uzyskujemy konieczną dla uzyskania wyniku prędkość na poziomie 168 km/h w dodatku pokonana drogą pożarową a nie autostradą. $2800 \text{ m} / 60 \text{ s} = 46,67 \text{ m/s}$, tj. 168 km/h. Pamiętać przy tym należy, że powyższe obliczenie całkowicie sztucznie przyjmuje, że rozpoczynamy odliczanie czasu dojazdu grupy interwencyjnej dopiero po wjeździe za bramkę poligonu i w dodatku, iż pojazd porusza się ze stałą prędkością. Do czasu 1 minuty faktycznie wlicza się zadysponowanie grupy interwencyjnej

przez dyspozytora, uruchomienie auta, podjazd do bramki poligonu, wylegitymowanie się pracowników grupy interwencyjnej, wjazd na teren poligonu, pokonanie dystansu 2800 m.

W świetle powyższych okoliczności faktycznych, w ocenie Odwołującego uznać należy, iż działanie obydwu Wykonawców polegające na zaoferowaniu niemożliwego do wykonania dojazdu do bramy chronionego obiektu w ciągu 1 minuty jest działaniem świadomym, celowym i zamierzonym, sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym w celu polepszenia swojej sytuacji w postępowaniu przetargowym, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia: 1) interesu Zamawiającego i interesu publicznego z uwagi na to, że kosztem zaoferowanego skrócenia dojazdu wykonawcy mogli podwyższyć cenę usług, 2) interesu uczestników postępowania (Odwołującego), którzy złożyli ofertę w oparciu o realne parametry dojazdu, a to stanowi dostateczną kwalifikację, jako deliktu nieuczciwej konkurencji, z konsekwencjami nakazanymi art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy pzp. Zamawiający dokonując badania i oceny oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. przepisów. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5-17d ZNKU, jeżeli tylko odpowiada wymogom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ZNKU (por.m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97). Odwołujący uznaje, że złożenie ofert przez konkurentów przy zaoferowaniu nierealnego parametru czasu dojazdu stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji niestypizowany w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, natomiast odpowiadający hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Działanie konkurentów, polegające na manipulacji kryterium oceny ofert było działaniem świadomym, celowym, zamierzonym i sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym w celu polepszenia swojej sytuacji w postępowaniu przetargowym, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia interesu Zamawiającego i publicznego oraz interesu uczestnika postępowania, który złożył ofertę w oparciu o realne i możliwe do dotrzymania parametry. Odwołujący w świetle okoliczności faktycznych zasadnie przyjął, że skrócenie czasu dojazdu grupy interwencyjnej stanowi manipulację parametrem ocenianym w ramach kryterium, której dokonanie pozwoliło wykonawcom na złożenie „zoptymalizowanej” oferty korzystnej pod względem kryteriów oceny ofert i uzyskanie nienależnej przewagi konkurencyjnej. Jakkolwiek należy mieć na

uwadze obowiązującą w gospodarce rynkowej zasadę swobodnego ustalania i różnicowania ofert przez przedsiębiorców, to w ocenie Odwołującego zasada ta doznaje ograniczeń - określonych m.in. właśnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca nie może swojej swobody wykorzystywać w sposób, który stałby w sprzeczności z dobrymi obyczajami, prawem i naruszałby interesy innych przedsiębiorców. W niniejszej sprawie możliwym było stwierdzenie niedopuszczalnej manipulacji. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celowo nie zawiera zamkniętego katalogu takich czynów, a wprowadza ogólną klauzulę w art. 3 ust. 1 - właśnie przewidując nieograniczoną "kreatywność" przedsiębiorców. Artykuł 3 ust. 1 ustawy uznk, jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych w pełni aprobuje kwalifikację zachowań rodzajowo podobnych do działania konkurentów, do działań spełniających znamiona czynów nieuczciwej konkurencji. W orzeczeniu o sygn. akt UZP/ZO/0-3026/06 stwierdzono, iż czynem takim jest „złożenie oferty i zaproponowanie gwarancji na perforację nadwozia na okres 312 miesięcy (...), który jest okresem nierealnie długim, w praktyce niemożliwym do zrealizowania w celu "matematycznego" wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty”. Czyn nieuczciwej konkurencji w niniejszej sprawie polega na celowym działaniu zmierzającym do zaburzenia wyników oceny ofert i zapewnienia konkurentom wyższej pozycji (ilości punktów) z naruszeniem zasad tzw. uczciwości kupieckiej, odwołujących się do rzetelnych zasad postępowania i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, w konsekwencji naruszając interes przede wszystkim zamawiającego. Przy czym nie można podzielić poglądu iż ww. działanie stanowiło jedynie wyraz zastosowanej optymalizacji czy nadzwyczajnych właściwości wykonawców i świadczonych przez nich usług czy też posiadanego zaplecza technicznego i możliwości. Mamy do czynienia z obiektywnie niemożliwym do dotrzymania przez któregokolwiek z przedsiębiorców gwarantowanym czasem dojazdu grupy interwencyjnej. Ponadto opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest Zamawiający, który zmuszony jest do wybrania, jako najkorzystniejszej oferty, która ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie w rzeczywistości nie jest. Zdaniem Odwołującego nie potrafiąc realnie wykazać, że zaoferowany czas dojazdu jest możliwy do dotrzymania, obydwaj wykonawcy potwierdzili, że wyłącznym celem działania było zmanipulowanie wyniku postępowania. Na kanwie walki z tym zjawiskiem ukształtowała się obszerna i jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach której Izba wskazuje, że działanie wykonawców w postaci manipulowania kryteriami

– w tym oferowanie niemożliwych do dotrzymania parametrów wykonania usługi jest: a) sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V AC 71/07); b) co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców (wykonawców), którzy kalkulując cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania kryteriami, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt nieuczciwej konkurencji. Działanie takie może również zagrażać interesom samego zamawiającego, który w następstwie tego typu manipulacji byłby zmuszony niejednokrotnie dokonać wyboru oferty sumarycznie droższej (zawierającej wyższą cenę). Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO: wyrok z dnia 5 kwietnia 2011 r., KIO 640/11; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., KIO 7/13; wyrok z dnia 19 lutego 2014 r., KIO 216/14; wyrok KIO z dnia z dnia 17 września 2015 r., KIO 1945/15; wyrok z dnia 14 listopada 2016 r., KIO 2038/16; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r. KIO 1476/17; wyrok z dnia 28 marca 2017 r., KIO 473/17; wyrok z dnia 4 lipca 2018 r. KIO 1186/18; wyrok z dnia 16 sierpnia 2018 r. KIO 1578/18. Odwołujący wskazał, że spodziewa się, że wykonawcy deklarując niemożliwy do dotrzymania czas dojazdu grupy interwencyjnej de facto „wkalkulowali” w cenę oferty ewentualne kary umowne z tytułu niedotrzymania parametru czasu dojazdu (kara ma wartość zryczałtowaną), co przy tak znacznej wartości zamówienia mogło być i tak opłacalne dla nich. Takie zachowanie wykonawców, musi spotkać się ze zdecydowaną krytyką i musi podlegać negatywnej ocenie. Odwołujący wskazał na treść art. 387 k.c. i podniósł, że wykonanie dojazdu grupy interwencyjnej do bramy chronionego obiektu w ciągu 1 minuty jest obiektywnie niemożliwe co powoduje, że tak zaoferowane świadczenie jest świadczeniem niemożliwym. Powołał się na wyrok KIO z dnia 1 września 2014 r., KIO 1655/14; KIO 1657/14. Skoro fizycznie niemożliwe jest dotarcie w zaoferowanym czasie do chronionego obiektu i okoliczność ta ma charakter obiektywny i dotyczy każdego wykonawcy oznaczałoby to, że zawarta z tak określonym parametrem czasu dojazdu umowa o zamówienie publiczne byłaby umową o świadczenie niemożliwe, czyli nieważną. Zgodnie z Umową parametr zaoferowanego w przetargu czasu dojazdu grupy interwencyjnej jest elementem zasadniczym świadczenia. Orzecznictwo Izby oceniało także analogiczne zachowania wykonawców w odniesieniu do oferowanych nierealnych parametrów czasu reakcji grupy interwencyjnej przy zamówieniach na usługi ochrony: wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 5 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1306/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1059/10, wyrok z dnia 9 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 338/21.

W ocenie Odwołującego okoliczności faktyczne sprawy potwierdzają, że przesłanki odrzucenia ofert Solid i Konsalnet zostały wykazane. Dodatkowo Wykonawca Solid jest aktualnie podmiotem realizującym usługę na rzecz Zamawiającego na tym samym obiekcie i składając ofertę miał pełną świadomość realiów dotyczących czasu dojazdu grupy interwencyjnej do chronionego obiektu a pomimo tego zdecydował się na zaoferowanie parametru nierealnego wyłącznie w celu uzyskania dodatkowej punktacji. Zastosowana manipulacja parametrami ocenianymi w kryteriach oceny ofert prowadzi do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą. Odwołujący podkreślił, że już samo zaoferowanie parametrów podlegających ocenie w ramach kryteriów na poziomie nierealnym celem uzyskania nienależnej dodatkowej punktacji skutkuje zaistnieniem podstawy odrzucenia oferty, okoliczność ta (zaoferowany parametr) nie musi faktycznie skutkować bezpośrednio na wynik postępowania (analogia do czynu nieuczciwej konkurencji w postaci zmowy przetargowej). Sam fakt złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy pzp. Szczególne wątpliwości budzi w sprawie także stanowisko Zamawiającego, który posiada możliwość samodzielnej weryfikacji na chronionym obiekcie czasu dojazdu grupy interwencyjnej do bramy chronionego obiektu a pomimo tego przyjmuje za rzetelne i realne zapewnienie wykonawców o możliwości wykonania dojazdu w ciągu 1 minuty.

W dniu 18 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, względnie oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 18 stycznia 2022 r. Przystępujący Konsalnet złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 19 stycznia 2022 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania i przedstawił dalsze stanowisko w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, zgodnie z którym: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie”. Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp Odwołujący powinien był wnieść odwołanie w terminie 10 dni od zaproszenia Odwołującego do złożenia ofert, czyli w terminie 10 dni od dnia 22 października 2021 r. W ocenie Zamawiającego z tym dniem Odwołujący miał świadomość jakimi kryteriami będzie kierował się Zamawiający przy ocenie ofert, w tym że w kryterium „czas reakcji” Zamawiający zamierza przyznać punkty w zakresie od 1 min. do maksymalnie 10 min.

W ocenie Izby wniosek Zamawiającego nie zasługiwał na uwzględnienie. Wskazania wymaga, że przedmiotowe odwołanie nie zostało wniesione wobec postanowień SWZ. Zgodnie z jego treścią Odwołujący nie kwestionuje tych postanowień, a postawione zarzuty i żądania koncentrują się na próbie wykazania, że Przystępujący oferując czas reakcji do 1 min. działali w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 31 grudnia 2021 r., a więc w terminie 10 dni od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu 1 (pismo z dnia 21 grudnia 2021 r.), kiedy to powziął informację, że oferty Przystępujących nie zostały odrzucone. Wobec powyższego Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Konsorcjum firm: Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Solid sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Konsorcjum firm: Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o. oraz Seris Konsalnet Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (w tym mapa pogładowa), zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego Konsalnet, pismo procesowe Odwołującego złożone na posiedzeniu wraz z dowodami (mapka pogładowa w oparciu o dane z serwisu Google Maps, oraz mapka z serwisu HERE WeGo, oświadczenie pracownika Odwołującego co do czynności wylegitymowania) oraz dowody złożone przez Przystępującego SOLID na rozprawie (wykaz grup interwencyjnych Przystępującego oraz fragmentaryczne ujęcie obiektów, które znajdują się w okolicy Zamawiającego, a w których firma SOLID jest zaangażowana).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Działem I SWZ: PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA: Rozdział I – Informacje ogólne: „1. *Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urządzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną z podziałem na 2 Części. Szczegółowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia zostały określone w części III Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) – Opis przedmiotu zamówienia.*”

W Rozdziale II SWZ: Opis części zamówienia: „1. *Zamówienie podzielone jest na dwa zadania. Zadanie 1 Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urządzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną w MSD Warszawa. Zadanie 2 Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urządzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną w MSD Gdańsk. 2. Zamawiający dopuszcza możliwości składania ofert na jedną lub więcej części.*”

Zgodnie z Rozdziałem V: Termin wykonania zamówienia pkt 2 SWZ: „2. Miejsce wykonania zamówienia: Część nr 1 – Warszawa; Część nr 2 - Gdańsk.”

W myśl Działu IX SWZ: OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY: „2. Oferty dla zadania nr 1 będą oceniane punktowo. Przy dokonywaniu oceny, Zamawiający będzie zaokrąślał liczbę punktów do dwóch miejsc po przecinku. Maksymalna liczba punktów, jaką może osiągnąć oferta, wynosi 100 punktów. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami oceny ofert i ich wagami: 1) KRYTERIUM - Cena /Kc/ – 60% (max. 60 pkt) (...) 2) KRYTERIUM - Czas reakcji zmotoryzowanych, uzbrojonych w broń palną grup interwencyjnych /Kcr/ – 10% (max. 10 pkt). Oferowany czas reakcji zmotoryzowanych, uzbrojonych w broń palną grup interwencyjnych musi być podany w zapisie minutowym, w zakresie do 1 min do max. 10 minut liczony od powiadomienia. X Czas reakcji: Liczba punktów: 1. 9,01-10,00 min. 1 pkt, 2. 8,01-9,00 min. 2 pkt, 3. 7,01-8,00 min. 3 pkt, 4. 6,01-7,00 min. 4 pkt, 5. 5,01-6,00 min. 5 pkt, 6. 4,01-5,00 min. 6 pkt, 7. 3,01-4,00 min. 7 pkt, 8. 2,01-3,00 min. 8 pkt, 9. 1,01-200 min. 9 pkt, 10. do 1 min. 10 pkt. 3) KRYTERIUM – Forma zatrudnienia pracowników /Kfz/ - 30% (max.30 pkt). (...)”

Zgodnie z CZĘŚCIĄ II SWZ: Projektowane Postanowienia Umowy, § 1. PRZEDMIOT UMOWY: „1. Zamawiający zleca do realizacji, a Wykonawca zobowiązuje się realizować ochronę przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO) niżej wymienionych obiektów Zamawiającego: 1) obiekt nr przy ul. w Warszawie; 2) obiekt nr w Warszawie-Wesoła; 3) obiekt nr przy ul. w Gdańsku. (...) 4. Wykonawca zobowiązany jest do: (...) 19) zapewnienia wsparcia 3 grup interwencyjnych w tym: obiekt nr w Warszawie oraz obiekt nr Warszawa-Wesoła – 2 zmotoryzowane, uzbrojone grupy interwencyjne; obiekt nr w Gdańsku – 1 zmotoryzowana, uzbrojona grupa interwencyjna. Dojazd grupy interwencyjnej i podjęcie interwencji nastąpi w czasie maksymalnym nie przekraczającym minut.”

W myśl CZĘŚCI III SWZ: OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: „Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urządzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną. (...) Zadanie nr 1 Wykonywanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urządzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną w MSD Warszawa. (...) Zadanie nr 1 Wykonywanie usługi polegającej na całodobowej ochronie terenów, obiektów i urządzeń Jednostki Wojskowej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną w MSD Warszawa, w skład którego wchodzi: kompleks koszarowy K-

8628 Warszawa oraz kompleks koszarowy K-8627 Warszawa-Wesoła (...) 2. System ochrony obiektów (...) 8) Zapewnienie wsparcia 2 zmotoryzowanych, uzbrojonych w broń palną grup interwencyjnych (po dwóch pracowników ochrony) w czasie nie przekraczającym 10 minut w lokalizacjach Warszawa i Warszawa-Wesoła.”

Na pytanie nr 4: „W związku ze wskazaniem, iż kryterium oceny oferty będzie czas dojazdu grupy interwencyjnej, proszę o dopuszczenie wskazania podwykonawcy w tym zakresie w ofercie w przypadku zaproszenia do II etapu postępowania. Prośba podyktowana jest brakiem szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie udostępniony zaproszonym wykonawcom i braku szczegółowych informacji dot. realizacji usługi.” Zamawiający w dniu 20 września 2021 r. odpowiedział: „Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja II Przedmiot zamówienia, pkt, 1.7. Informacje na temat podwykonawstwa) stawia nw. wymagania: Oferent ma obowiązek wskazać w swojej ofercie część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim oraz podać wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiot umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani; Oferent ma obowiązek poinformować o wszelkich zmianach na poziomie podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia. Powyższe żądanie Zamawiającego dotyczy drugiego etapu postępowania, a zatem składania ofert, a nie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wskazany warunek Wykonawcy zobowiązani są spełnić składając ofertę w postępowaniu.”

Na pytanie nr 14: „Czy poniższe zapisy oznaczają, że Zamawiający wymaga, aby jedna grupa interwencyjna wspierała jeden obiekt? Czy Zamawiający wymaga w sumie 4 grup interwencyjnych po 2 na każdy obiekt? Zapisy OPZ dot. GI Warszawa: ust. 8) „Zapewnienie wsparcia 2 zmotoryzowanych, uzbrojonych w broń palną grup interwencyjnych (po dwóch pracowników ochrony) w czasie nie przekraczającym 10 minut w lokalizacjach Warszawa i Warszawa-Wesoła.” Zamawiający w dniu 10 listopada 2021 r. odpowiedział: „Dla obiektu Warszawa i Warszawa - Wesoła Zamawiający w sumie wymaga dwóch grup interwencyjnych. Czas stawiennictwa i miejsce obu grup jest w obiekcie Warszawa. Czas dojazdu i podjęcia interwencji dla obu GI jest jednakowy.”

Na pytanie nr 1: „Czy czas reakcji grupy interwencyjnej liczony będzie od momentu powiadomienia dyspozytora grupy interwencyjnej do momentu jej stawiennictwa przed bramą chronionego obiektu?” Zamawiający w dniu 7 grudnia 2021 r. udzielił odpowiedzi: „Tak. Czas reakcji grupy interwencyjnej liczony będzie od momentu powiadomienia dyspozytora grupy interwencyjnej (wydania dyspozycji przez Zamawiającego) do momentu jej stawiennictwa przed bramą ochraniającego obiektu.”

Bezspornym było, iż Przystępujący w złożonych formularzach ofertowych zadeklarowali czas reakcji GI: do 1 min.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”*

Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK: *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”*

W myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK: *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.”*

Zgodnie z art. 387 k.c.: *„§ 1. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. § 2. Strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia.”*

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: *„Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”*

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia, czy Przystępujący SOLID oraz Konsalnet deklarując stawiennictwo grup interwencyjnych w czasie reakcji do 1 min., działali w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Analiza dokumentacji postępowania oraz materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że Zamawiający nie naruszył zarzucanych w odwołaniu przepisów i prawidłowo nie odrzucił ofert ww. Wykonawców.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ustawa pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do

sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, w związku z art. 15 UZNK, który stanowi w ust. 1, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Izba zwraca uwagę, że dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel – eliminację innych przedsiębiorców. Przy czym przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Zauważenia również wymaga, że art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK determinuje, aby zaniżenie ceny było działaniem świadomym, celowym i nakierowanym na eliminację innych przedsiębiorców.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy wskazać należy, że Odwołujący upatrywał dopuszczenia się przez Przystępujących czynu nieuczciwej konkurencji w zadeklarowaniu przez nich niemożliwego do spełnienia, w ocenie Odwołującego, czasu reakcji grup interwencyjnych do 1 min. wyłącznie w celu uzyskania najwyższej punktacji w kryterium oceny ofert i uzyskania przewagi konkurencyjnej.

Twierdzenia Odwołującego, jako oparte na błędnych ustaleniach faktycznych Odwołującego, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zauważa, że niewątpliwie odpowiedzią na pytanie nr 14 do SWZ z dnia 10 listopada 2021 r. Zamawiający doprecyzował treść SWZ w zakresie kryterium oceny ofert – „czas reakcji” w ten sposób, że określił iż czas stawiennictwa obu grup interwencyjnych oraz miejsce stawiennictwa dla obu wymaganych zadaniem nr 1 grup interwencyjnych jest w obiekcie Warszawa. W ocenie Izby wyjaśnienia Zamawiającego są jednoznaczne i precyzyjne co do postawionego wymagania, aby obie grupy interwencyjne w zadeklarowanym przez wykonawcę czasie stawiły się w obiekcie Warszawa a nie, jak podnosił Odwołujący w obiekcie Warszawa – Wesola. Powyższej interpretacji nie zmienia fakt, że pytanie wykonawcy zostało zadane w kontekście postanowienia OPZ. Postanowienie te, jako dotyczące wymaganej ilości grup interwencyjnych bez wątpienia łączy się z kryterium oceny ofert „czas reakcji”. Skoro zatem miejscem stawiennictwa dla obu grup jest obiekt Warszawa, to czas reakcji dla obu GI będzie jednakowy. Zamawiający nie rozdzielił w kryterium oceny ofert obu obiektów, w tym znaczeniu, że nie żądał, aby wykonawcy deklarowali czas reakcji dla obiektu Warszawa i czas reakcji dla obiektu Warszawa – Wesola. Dlatego też, żądanie jednego czasu reakcji, przy jednoczesnym postawieniu wymogu, aby stawiennictwo obu GI było dla obiektu Warszawa wskazuje na spójność postanowień SWZ. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż taka wykładania postanowień SWZ jest nielogiczna, gdyż skoro Zamawiający wymaga ochrony obu obiektów to stawiennictwo każdej z grup powinno być pod bramą obiektu odpowiednio Warszawa i Warszawa – Wesola Izba zwraca uwagę, iż argumentacja jest w tym zakresie spóźniona. Odwołujący mógł kwestionować wyjaśnienia treści SWZ jako stawiające wymóg nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego w trakcie ogłoszonego postępowania, czego jednak nie uczynił. Zamawiający wskazał na rozprawie, iż wymóg stawiennictwa obu grup w obiekcie Warszawa wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w zakresie w jakim to dowódca przebywający na obiekcie Warszawa będzie podejmował decyzje czy i w jaki sposób grupa interwencyjna wykonawcy ma stawić się w obiekcie Warszawa – Wesola.

Dalej wskazania wymaga, że Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż wyjaśnienia treści SWZ w zakresie w jakim stanowią doprecyzowanie tej treści są wiążące dla wykonawców, którzy powinni wyjaśnienia uwzględnić składając ofertę. W tym kontekście, przedstawiona przez Odwołującego argumentacja oraz złożone dowody są nieadekwatne do stanu faktycznego. Odwołujący kwestionował bowiem stawiennictwo grup interwencyjnych w czasie reakcji do 1 min. przed bramą obiektu Warszawa – Wesola, a nie obiektu Warszawa.

Izba zwraca uwagę, że sposób realizacji postawionego wymogu stawiennictwa GI w określonym czasie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wynika z właściwości konkretnego wykonawcy, bazującego na zdobytym doświadczeniu oraz możliwościach organizacyjnych i technicznych. Jak wskazywał Przystępujący Konsalnet przyjął on sposób, który zakłada dedykowanie grupy interwencyjnej wyłącznie na potrzeby przedmiotowego zamówienia, co zapewnia jej pełną dyspozycyjność. Przystępujący SOLID natomiast przedstawił dowody, z których wynika, iż zaangażowanie Wykonawcy w obiektach w pobliżu obiektu Zamawiającego jest bardzo duże, co uprawdopodobnia, iż zadeklarowany czas reakcji jest realny. Zaznaczyć należy, że Zamawiający w zakresie „czasu reakcji” wymagał jedynie złożenia przez wykonawców oświadczenia. Tym samym, to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu, któremu Odwołujący nie podołał.

Mając na względzie, że Odwołujący nie kwestionował, aby dla obiektu Warszawa nie było możliwe stawiennictwo grup interwencyjnych w czasie do 1 min, jak również nie wykazał przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów podniesionych w odwołaniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów „według norm

przepisanych” Izba wskazuje, że zgodnie z § 5 pkt 2 ww. Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Zamawiający wniósł o zasądzenie kosztów, jednak do akt sprawy nie złożył rachunku, dlatego też Izba nie zasądziła kosztów na rzecz Zamawiającego.

Przewodniczący: