

Sygn. akt KIO 944/21

WYROK

z dnia 23 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 kwietnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2021 r. przez wykonawcę **Gremedig Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
w tym odrzucenie oferty wykonawcy **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu** i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gremedig Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **Gremedig Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 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:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Świadczenie usług transportu sanitarnego P*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 grudnia 2020 r. pod numerem 776263-N-2020.

W dniu 24 marca 2021 r. wykonawca Gremedig Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa nPzp” przez nieodrzućenie oferty Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, dalej „Luxury”, pomimo że oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. kodeksu cywilnego, gdyż dotyczy świadczenia niemożliwego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy nPzp przez nieodrzućenie oferty Luxury, pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 16 pkt 11 ustawy nPzp i art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez pośrednie utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, z powodu zaakceptowania przez Zamawiającego na podstawie oferty Luxury prawidłowości zaoferowania świadczenia niemożliwego oraz zaakceptowanie działania Luxury sprzecznego z dobrymi obyczajami, naruszającego interes innego przedsiębiorcy;

4. art. 16 pkt 1) ustawy nPzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty Luxury jako najkorzystniejszej, ponownego zbadania i oceny złożonych ofert, w tym oferty Odwołującego, odrzucenia oferty Luxury na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) i pkt 7) ustawy nPzp, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosił, że oferta wykonawcy Luxury jako przewidująca nierealny czas realizacji umowy stanowi ofertę zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe, która będzie nieważna na podstawie Kodeksu cywilnego i tym samym wypełnia przesłankę obligującą Zamawiającego do odrzucenia oferty. Zdaniem Odwołującego zaoferowany przez wykonawcę Luxury czas dojazdu karetki do Zamawiającego - 0,01 minuty jest czasem nierealnym i tym samym jego zaoferowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i zagraża oraz narusza interes wykonawców, którzy podali realny czas realizacji zamówienia, jak to zrobił Odwołujący.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie przystąpił wykonawca Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, dalej „Przystępujący”.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Przystępującego, wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, a także oświadczenia i stanowiska, wraz z przedłożonymi dowodami stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 kwietnia 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie,

wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 24 marca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa nPzp”.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy nPzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Dalej, dostrzeżenia wymagało, że czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu oraz jego zaniechania czynności zostały przez Odwołującego błędnie zakwalifikowane jako naruszenia ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). Należało je zakwalifikować jako naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), bowiem ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 grudnia 2020 r. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Zatem z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (31 grudnia 2020 r.) w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020). Błędna kwalifikacja prawna nie przesądza jednak o niezasadności zarzutu rozumianego jako przytoczenie okoliczności faktycznych. Izba zbadała zatem czy oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych

przepisów, a dotycząca świadczenia niemożliwego i jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Oceniając w sprawie ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego winna podlegać odrzuceniu, zarówno jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, a dotycząca świadczenia niemożliwego, jak i jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie: 1) przewozu pacjentów hospitalizowanych do innych placówek leczniczych lub ośrodków diagnostycznych, 2) przewozu pacjentów do domu po zakończonej hospitalizacji. Usługa obejmuje całodobowe – 24 godzinne, 7 dni w tygodniu, w tym również w dni wolne od pracy i święta, zabezpieczenie świadczenia usług transportu sanitarnego, zgodnie z bieżącymi potrzebami Zamawiającego. Ilość zrealizowanych transportów i ilość przejechanych kilometrów wynikać będzie z bieżącego zapotrzebowania Zamawiającego. (pkt 3.2.3 SIWZ). Usługa transportu sanitarnego realizowana będzie na podstawie pisemnego zlecenia lekarskiego określającego informacje o stanie zdrowia pacjenta, miejsce rozpoczęcia transportu, miejsce przeznaczenia transportu, określenie rodzaju transportu, datę i godzinę rozpoczęcia transportu, pozycję pacjenta podczas transportu i podpis lekarza kierującego. Wykonawca zobowiązany będzie do informowania Zamawiającego o czasie realizacji przyjętego zlecenia, przy czym czas dojazdu karetki do Zamawiającego nie może być dłuższy niż 60 minut. Przy pilnych przewozach „cito” transport zostanie zapewniony niezwłocznie, nie później jednak niż w ciągu 30 minut. (Rozdział 4 SIWZ).

W pkt 14 SIWZ Zamawiający wskazał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, tj.: 1. cena oferty – 60%; 2. czas dojazdu karetki do Zamawiającego - 30% (największą liczbę punktów uzyska oferta wykonawcy z najkrótszym terminem dojazdu). Wykonawca podaje termin dojazdu w minutach, przy czym długość dojazdu karetki do Zamawiającego nie może być dłuższa niż 30 minut; 3. odległość bazy wyjazdowej do siedziby zamawiającego - 10% - obliczana na podstawie danych z formularza ofertowego wpisanych przez Wykonawcę - dane dotyczące odległości zostaną zweryfikowane przez Zamawiającego za pomocą aplikacji google maps, max dopuszczalna wartość to 30 km.

W formularzu ofertowym należało podać: wynagrodzenie brutto oraz złożyć oświadczenie, że *termin dojazdu karetki do Zamawiającego nie będzie dłuższy niż - min. (maksymalny termin nie może być dłuższy niż 60 minut), za wyjątkiem wyjazdów określonych jako „cito” - maksymalny termin wynosi 30 min*, a także oświadczenie, że *baza wyjazdowa*

dla pojazdów, które będą wykorzystywane do świadczenia usługi dla Zamawiającego znajduje się ... (proszę podać adres bazy).

Stosownie do §6 ust. 3 istotnych warunków umowy wykonawca informuje Zamawiającego o czasie realizacji przyjętego zlecenia, przy czym czas dojazdu karetki do Zamawiającego nie może być dłuższy niż : (wartość będzie wpisana zgodnie z zapisem oferty wybranej jako najkorzystniejsza), przy czym czas dojazdu karetki do Zamawiającego nie będzie dłuższy niż 60 minut dla transportu P. (...) Do obowiązków Wykonawcy należy odebranie pacjenta bezpośrednio z Oddziału, Izby Przyjęć, z którego zlecono transport oraz dostarczenie z powrotem do ww. komórki organizacyjnej. Zgodnie z §12 ust. 1 lit. a) istotnych warunków umowy wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownej za spóźnienie w realizacji usługi transportu w wysokości 100,00 zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w wykonaniu usługi w stosunku do czasu określonego w § 6 ust. 3 umowy.

Zamawiający zmodyfikował ogłoszenie o zamówieniu 17 stycznia 2021 r., gdzie wskazał, że w ogłoszeniu jest: CENA 60,00 Czas dojazdu karetki 30,00 Odległość od miejsca stacjonowania 10,00, a powinno być: CENA 60,00 Czas dojazdu karetki 30,00 odległość bazy wyjazdowej do siedziby zamawiającego 10,00.

Do upływu terminu składania ofert, ofertę złożył m.in. wykonawca Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, dalej „Luxury”, który wskazał w formularzu ofertowym: kwotę wynagrodzenia w wysokości 237.527,40 zł brutto; termin dojazdu karetki do Zamawiającego nie dłuższy niż: 0,01 min. Oraz oświadczył, że baza wyjazdowa dla pojazdów, które będą wykorzystywane do świadczenia usługi dla Zamawiającego znajduje się w Oleśnicy przy ul. Paderewskiego 7D - 27 km.

Pismem z dnia 15 lutego 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Luxury do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania terminu dojazdu w czasie 0,01 min. z bazy znajdującej się 27 km od siedziby szpitala.

W odpowiedzi wykonawca Luxury wskazał, że zgodnie z SIWZ podaliśmy adres bazy dla zespołów P, niemniej jednak przyjęliśmy, że jeden zespół P zawsze będzie w gotowości dla Państwa potrzeb na terenie szpitala (stąd zadeklarowany przez nas czas dojazdu w wysokości 0,01 minuty).

Izba ustaliła, że w dokumentacji postępowania znajduje się również wewnętrzna korespondencja Zamawiającego prowadzona od 15 do 23 lutego 2021 r., z której wynika, iż Kierownik Działu Zamówień Publicznych prosi o potwierdzenie możliwości technicznych i prawnych stworzenia bazy wyjazdowej dla karetek do przewozu pacjentów, krwi i dokumentów na terenie szpitala. 23 lutego 2021 r. udzielono odpowiedzi, że bazy wyjazdowej szpital nie posiada, lecz w ramach realizacji umowy na pewno deklaruje możliwość parkowania 1, 2 pojazdów na terenie szpitala realizujących umowę.

W dniu 19 marca 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy Luxury jako najkorzystniejszej.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wykonawca Luxury złożył ofertę, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (dotyczy świadczenia niemożliwego do zrealizowania), a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Przesłanka ta dotyczy głównie nieważności na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, np. świadczenia niemożliwego do zrealizowania. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wykazał, że czas dojazdu karetki do siedziby Zamawiającego podany przez Przystępującego jest niemożliwy do zrealizowania. Odwołujący podnosił, że teren szpitala to kilka budynków, w których znajdują się różne oddziały, a jak wskazano w SIWZ, odbiór pacjentów będzie odbywał się z różnych miejsc i różne miejsca ich odbioru będą przez Zamawiającego wskazywane. Natomiast pełnomocnik Zamawiającego oświadczył na rozprawie, że transport pacjenta zawsze odbywa się przez Izbę przyjęć. Powyższe twierdzenie nie jest zgodne z postanowieniami umownymi, gdzie wskazano, że do obowiązków wykonawcy należy odebranie pacjenta bezpośrednio z Oddziału, Izby Przyjęć, z którego zlecono transport oraz dostarczenie z powrotem do ww. komórki organizacyjnej. Zatem z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca winien odbierać pacjentów albo z oddziału albo z izby przyjęć, a nie tylko i wyłącznie z izby przyjęć.

Niemniej nawet gdyby uznać, że w przypadku niektórych zleceń możliwe było zatrzymanie się na terenie szpitala, to i tak nie jest możliwe wykonanie dojazdu karetką w czasie 0,01 minuty. Jest to tak krótki czas, że można założyć, że dłużej trwa odpalenie silnika pojazdu, nie mówiąc o sytuacji, gdyby np. kierowca bądź inna osoba z zespołu była chwilowo poza karetką. Jak słusznie zauważył Odwołujący, bazując na życiowym doświadczeniu i zasadach logiki, nawet gdyby przyjąć, że kierowca siedziałby nieprzerwanie 8 godzin w karetkce razem z całym zespołem, zaoferowany czas dojazdu nie jest możliwy do zachowania, zważywszy na szereg możliwych czynników zewnętrznych, zwłaszcza że teren szpitala jest rozległy. Z powyższych względów wynika, że czas dojazdu w ciągu jednej setnej minuty nie jest możliwy.

Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych w stosunku do twierdzeń Odwołującego. Zresztą w swoim wezwaniu z 15 lutego 2021 r. Zamawiający żądał wyjaśnienia możliwości realizacji zaoferowanego czasu dojazdu w odniesieniu do wskazanej bazy wyjazdowej w Oleśnicy. Potwierdza to, że jego intencją było skorelowanie startu z bazy

wyjazdowej z rzeczywistym czasem dojazdu do Zamawiającego. Ponadto, dopiero po udzielonej odpowiedzi przez Przystępującego na ww. wyjaśnienia Zamawiający podjął próbę dowiedzenia się, czy jest możliwe stacjonowanie karetki na terenie szpitala, przy czym możliwość ta nie została wyartykułowana w dokumentacji postępowania. Zamawiający również podczas rozprawy powołał się na ustalenia z dyrektorem technicznym, niemniej cała korespondencja prowadzona drogą elektroniczną odbyła się już po otwarciu ofert.

Biorąc pod uwagę konstrukcję kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu i ich wagę należy podzielić stanowisko Odwołującego, że zaoferowanie czasu dojazdu w ciągu jednej setnej minuty było spowodowane wyłącznie dążeniem do sztucznego zawyżania punktacji przyznanej ofercie, a w konsekwencji do uzyskania zamówienia mimo braku realnej możliwości wywiązania się ze swego zobowiązania. Czas dojazdu był niewątpliwie elementem oferty, który wpływał na ostateczną ocenę ofert, zatem weryfikacja tego czasu pod kątem ewentualnego czynu nieuczciwej konkurencji była istotnym obowiązkiem Zamawiającego, z którego w ocenie Izby nie wywiązał się.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. *Dobre obyczaje są wskazówką postępowania istniejącą obiektywnie; obecnie próbując wyjaśnić ten zwrot ustawowy, wyrażany jest pogląd, że miarą pożądanых zachowań rynkowych jest rywalizacja uwzględniająca kryteria ekonomiczno-funkcjonalne* (Por. J. Szwaia, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaia, Warszawa 2013, s. 159 i n.). *Tak więc, konkurencja powinna polegać na niezafałszowanym (współistnieniu) współzawodnictwie rynkowym jakością, ceną i innymi, pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów i usług* (Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, E.Nowińska, *Analiza postępowań sądowych, w których podstawą roszczenia były przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Kraków 2014, s. 3).

Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Stosownie do art. 15 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy czyn ten może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2009 r., I CSK 24/09 *W warunkach wolnej gospodarki przedsiębiorca nie ma prawa do „zawłaszczania” rynku lub jego części, a przeciwnie, prowadząc działalność musi liczyć się z dążeniem innych przedsiębiorców do*

jego zdobycia. Warunkiem istnienia konkurencji jest bowiem funkcjonowanie wielu przedsiębiorców oraz istnienie jak najszerszej rzeszy konsumentów zdolnych do nabywania towarów i usług, dlatego ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zmierza do ustalenia akceptowanych sposobów walki konkurencyjnej, przez działanie „uczciwe”, chroniące konsumentów przed podejmowaniem decyzji pod wpływem błędu co do podstawowych cech towaru, producenta lub dostawcy, mających rzeczywistą swobodę wyboru oraz chroniące przedsiębiorców przed stratami w walce konkurencyjnej nieprzestrzegającej ustalonych reguł. Różnorodność działań nie pozwala ich określić enumeratywnie, dlatego w art. 3 ust. 1 ZNKU ustawa wskazuje ogólnie istotne cechy czynów nieuczciwej konkurencji, tj. sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, co najmniej zagrażające interesom innych przedsiębiorców lub klientów, a w ust. 2 zawiera przykłady typowych zachowań w ten sposób kwalifikowanych. W dalszych przepisach rozdziału 2 ustawy zamieszczono katalog typowych czynów nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby złożenie przez Przystępującego oferty z czasem dojazdu w ciągu jednej setnej minuty wyczerpuje znamiona wskazanych w przywołanych wyżej przepisach czynów nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty jedynie z pozoru najkorzystniejszej, o której od początku wiadomo, że nie będzie mogła być wykonana na warunkach, które zdecydowały o jej wyborze, bez wątplenia stanowi naruszenie dobrych obyczajów i prowadzi do naruszenia interesu wykonawców oferujących realne warunki wykonania zamówienia, pozbawiając ich *de facto* możliwości konkurencji w przetargu. Z drugiej strony uderza to w interes Zamawiającego, ograniczając mu możliwość udzielenia zamówienia innym wykonawcom, oferującym realnie korzystniejsze warunki wykonania zamówienia.

Uwzględniając dodatkowo okoliczność, że wspomniany czas dojazdu stanowił kategorię wpływającą istotnie na wybór oferty – skoro zamawiający uczynił go elementem składającym się na kryterium wyboru oferty, przyjęc należało, że zamiarem Przystępującego jako wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne było uzyskanie tego zamówienia. Skoro Zamawiający w ramach kryteriów oceny oferty niejako zapremiował szybkość dojazdu, to powyższe działanie zdaje się skłaniać wykonawców do wskazywania jak najkrótszych parametrów w tym zakresie, nawet jeśli byłyby one nierealne do wykonania – tak jak miało to miejsce w niniejszej sprawie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, powyższe działania nakierowane były na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, zmierzały do wygrania za wszelką cenę przetargu prowadzonego przez zamawiającego, nawet jeśli w tym celu podano nierealny czas dojazdu, co w istocie stanowiło zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w działalności gospodarczej, godzące w zasady uczciwej konkurencji. Takim zachowaniem z całą

pewnością jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko, by uzyskać zamówienie.

Należy więc zgodzić się z Odwołującym, że z uwagi na fakt, iż oferta złożona przez Przystępującego stanowi ofertę zawarcia umowy o świadczenia obiektywnie niemożliwe do wykonania, podstawą jej odrzucenia jest także art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Izba podzieliła ocenę Odwołującego co do nierealności przedmiotowego czasu dojazdu karetki w podanym przez Przystępującego w złożonej przez niego ofercie czasie. O niemożliwości spełnienia świadczenia świadczy chociażby fakt, że nie ma takiej jednostki czasowej jak jedna setna minuty. Dodatkowo nie sposób stawiać znaku równości pomiędzy czasem dojazdu do szpitala a pozostawaniem w gotowości na terenie szpitala.

Wobec powyższego Izba uznała, że doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu, a oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy §7 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).

Przewodniczący: