

Sygn. akt: KIO 1479/17

**WYROK**

**z dnia 4 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 3 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **T.M.P. S.A., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa** przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **O.P. SA, (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **T.M.P. S.A., (...)** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T.M.P. S.A., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **T.M.P. S.A., (...)** na rzecz zamawiającego **Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa** kwotę

**3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)  
stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu  
wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług telekomunikacyjnych przesyłu danych z wykorzystaniem łączy na potrzeby Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej w podziale na 39 części numer referencyjny: AQW- 2222-10/120/2016, dalej: „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 marca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S 047-086247.

Odwołujący: T.M.P. S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego. Odwołanie dotyczy części nr 39 zamówienia.

Zarzucił zamawiającemu, że w toku przedmiotowego postępowania naruszono przepisy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. z dnia 26 czerwca 2003 r., Dz.U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm., dalej: „unzk”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez O. w ramach części nr 39 zamówienia, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji jednym z kryteriów oceny ofert tj. Czasem Usunięcia Awarii poprzez jego znaczne zniżenie (zaoferowanie Czasu Usunięcia Awarii na poziomie 1h) w celu maksymalizacji punktacji uzyskanej w ramach tego kryterium i w efekcie uzyskania zamówienia, co stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interes innego przedsiębiorcy - Odwołującego, a także Zamawiającego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez O. w ramach części nr 39 zamówienia, pomimo że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, gdyż zaferowany przez tego wykonawcę Czas Usunięcia Awarii jest niemożliwy do dotrzymania i nierealny;
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny;
3. odrzucenia oferty złożonej przez O.;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 5 lipca 2017 r. W tym dniu Odwołujący, w załączeniu do korespondencji e-mail otrzymał Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zamówienia nr 10, 12, 13, 14, 15, 19, 27, 33 oraz 39 w której wskazano, że za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez O..

Odwołujący jest Wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta została zakwalifikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i odrzucenia oferty złożonej przez O., za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Czyn nieuczciwej konkurencji - uwagi wstępne.

1. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie z kolei do przepisu 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. Przepis art. 3 ust. 1 uznk stanowi klauzulę generalną.

2. Jak wskazuje się w doktrynie „Przepis art. 3 ust. 1 ZNKU określa ogólnie czyn nieuczciwej konkurencji. Definiuje jego pojęcie za pomocą terminów prawnych o charakterze ogólnym (sprzeczność z prawem) i przy użyciu terminu dobre obyczaje, mającego charakter tzw. zwrotu niedookreślonego (na temat pojęcia zwrotów niedookreślonych por. S. Grzybowski, Wypowiedź normatywna, s. 40- 41; tenże, w: System PrCyw, t. I, 1985, s. 116-124; Radwański, Olejniczak, Zobowiązania, 2011, s. 44 i nast., Nb 94-100). Sprecyzowanie i dookreślenie hipotezy art. 3 ust. 1 następuje przede wszystkim dzięki rozwojowi orzecznictwa, a zwłaszcza "dookreśleniu" przezeń pojęcia dobrych obyczajów. Norma zawarta w art. 3 ust. 1 odgarnia zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym i w ramach swobody konkurencji od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami (na temat tych pojęć por. niżej, Nb 48-134). Dzięki temu wytycza ona granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji, służąc realizacji celów wyrażonych w art. 20, 22 i 76 Konstytucji RP oraz art. 1 ZNKU. (...)

Przepis art. 3 ust. 1 w zw. z art. 1 ZNKU, określa przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Jest nim działanie lub zaniechanie, podjęte w związku z działalnością gospodarczą, będące szkodliwym, ponieważ zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (względnie przedsiębiorców) lub klienta (względnie klientów), jeżeli jednocześnie jest bezprawne, jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.” (tak: Szwaja/Jasińska [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, Rok wydania: 2016, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 4).

3. Okoliczność, iż przepis art. 3 ust. 1 uznk może stanowić samodzielną podstawę zakwalifikowania określonego zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji, nie budzi wątpliwości zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie:

a. „Artykuł 3 ust. 1 ZNKU może stanowić - jak wskazano wyżej - także samodzielną podstawą zakwalifikowania określonego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji i to bez względu na to, czy zachowanie to stwarza możliwość wprowadzenia klienteli w błąd, m.in. co do pochodzenia usług. Z tego też względu zasadność roszczeń powoda podlegała ocenie przez pryzmat art. 3 ust. 1 ZNKU z uwzględnieniem jego funkcji uzupełniającej. ” (Wyrok SN - Izba Cywilna z 2009-06-09, sygn. akt II CSK 44/09)

b. „To, iż pozwanej nie można przypisać czynu nieuczciwej konkurencji z art. 13 ZNKU nie wyklucza w żaden sposób możliwości przypisania pozwanej czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na to, że jej zachowanie ocenić trzeba jako naruszające dobre obyczaje, o czym stanowi art. 3 ZNKU. Podkreślenia bowiem wymaga, iż pozwana dostarczyła siatki okładzinowe o konstrukcji podobnej do prawa ochronnego powodów. Nie budzi zaś wątpliwości, iż wykorzystanie cudzych rozwiązań technicznych, konstrukcyjnych produktu, bez poniesienia nakładów w celu stworzenia własnych rozwiązań uznać należy jako zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i naruszające ponadto interes gospodarczy powodów sprowadzający się do możliwości odpłatnego udzielenia zezwolenia innym przedsiębiorcom do korzystania z ich rozwiązań konstrukcyjnych przedmiotowych siatek okładzinowych (zob. wyr. SA w Katowicach z 19.7.2011 r., V ACa 309/11, niepubl.)” (za Szwaja/Jasińska [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, Rok wydania: 2013, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 3).

c. wyrok KIO 1287/12 „Norma zawarta w art. 3 ust. 1 omawianej ustawy, odgarnia zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Dzięki temu, wytycza ona granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji, służąc także realizacji celów wyrażonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Ocena czynów występujących w działalności gospodarczej niepodpadających pod żaden szczegółowy przepis cytowanej ustawy lub odrębnej ustawy, może i powinna być

prowadzona na podstawie art. 3 ust. 1 Uznk. Jeżeli zachodzą podstawy do stwierdzenia, że konkretne zachowanie spełnia przewidziane w nim przesłanki, tym samym oznacza, że jest ono czynem nieuczciwej konkurencji. W przytaczanej ustawie, nie zostały stypizowane bowiem wszystkie zachowania, którym należałoby przeciwdziałać. Pełnienie przez klauzulę generalną funkcji uzupełniającej jest wyraźnie akceptowane przez judykaturę. "Jeśli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez Uznk, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (wyr. SA w łodzi z 31.7.1995 r., i ACr 308/95, OSA 1995, Nr 7-8, poz. 52, s. 33; OSG 1996, Nr 4, poz. 33, s. 24). Wymienione czyny nieuczciwej konkurencji nie tworzą zamkniętego katalogu; "za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Uznk może być zatem uznane także działanie niewymienione w art. 5-17 tej ustawy, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji" (uzasadnienie wyr. SN z 26.11.1998 r., I CKN 904/97, OSP 1999, Nr 5, poz. 91). "Określone zachowania noszące znamiona czynów konkurencyjnych powinny być badane najpierw przez pryzmat przesłanek określonych w przepisach art. 5-17 Uznk, a dopiero wówczas, gdy kwestionowane przez innego przedsiębiorcę działania nie mieszczą się w dyspozycji żadnego z tych przepisów, powstaje potrzeba dokonywania ich oceny w świetle przesłanek klauzuli generalnej zawartych w art. 3 Uznk, a zawierającym uniwersalną niejako postać czynu nieuczciwej konkurencji" (wyr. SN z 2.2.2001 r., IV CKN 255/00, OSN 2001, Nr 9, poz. 137; OSP 2001, Nr 11). Przepis art. 3 ust. 1 Uznk odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami, gdzie działanie z nimi sprzeczne także jest niedozwolone (zakazane). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje, jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców (...). Obecnie obowiązuje wyraźny przepis - artykuł 17 USwobDziaiGosp stanowiący, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów (...). Działaniem w obrocie gospodarczym jest szeroki krąg zachowań, które mogą mieć wpływ na bieżące lub przyszłe wyniki działalności przedsiębiorców lub interes publiczny. Czynami takimi są działania lub zaniechania wywołujące skutki względem osób trzecich. Za naruszenie prawa należy uznać czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej, w szczególności, zyskuje przewagę nad swymi konkurentami, w następstwie czego zaczyna zagrażać ich interesom. Czy skutek ten nastąpił, lub mógł nastąpić w konkretnym przypadku - ocenia organ orzekający."

d. wyrok KIO 293/17 „Zaznaczyć należy w tym miejscu, że Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., li CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26). Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 roku sygn. akt iii CSK 120/11 wskazał, że art. 3 ust. 1 u.z.n.k., jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN: z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999, nr 5, poz. 97, z dnia 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004, nr 7, poz. 54, z dnia 30 maja 2006 r., i CSK 85/06, OSP 2008, nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje, określane powszechnie jako funkcja definiująca, uzupełniająca i korygująca. Pierwsza polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 5-17 u.z.n.k. (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 u.z.n.k.) i wskazanych tam definicji, lecz - jako klauzula generalna - pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 u.z.n.k. Funkcja korygująca polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest to zachowanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, to nie jest czynem nieuczciwej konkurencji. (...) W ocenie Izby działanie wykonawcy A.a Ś., będącego niewątpliwie profesjonalistą na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia - profesjonalisty obowiązane do należytego działania - polegające na pominięciu przy obliczaniu stawki roboczogodziny obowiązujących regulacji prawnych odnoszących się do minimalnego wynagrodzenia za pracę, przy jednoczesnym braku określonych w tym zakresie w SWIZ wymagań, stanowiło również działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie

jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów (Szwaja J., Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006). Pojęcie "dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje(...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą (Ewa Nowińska, Michał du Vail, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010). ”

II. Czyn nieuczciwej konkurencji - Czas Usunięcia Awarii w ofercie O..

1. Działanie wykonawcy O. polegające na manipulacji jednym z kryteriów oceny ofert tj. Czasem Usunięcia Awarii poprzez jego znaczne zaniżenie w celu maksymalizacji punktacji uzyskanej w ramach tego kryterium stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interes innego przedsiębiorcy - Odwołującego, jak i samego Zamawiającego. Tym samym, na gruncie niniejszego postępowania mamy do czynienia z funkcją uzupełniającą art. 3 ust. 1 unzk.

2. W rozdziale XIV pkt 1 SIWZ, Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert: cena brutto 60%, czas usunięcia awarii (maks. 10 godzin) 30% oraz termin płatności (nie krótszy niż 21 dni, nie dłuższy niż 30 dnia od daty otrzymania faktury przez Zamawiającego) 10%. W ramach kryterium czas usunięcia awarii wykonawcy mogą uzyskać maksymalnie 30 punktów.

3. Kwestie związane z gwarancją jakości świadczonych usług zostały uregulowane w załączniku nr 2 do Umowy Gwarancja Jakości Świadczonej Usług, Service Level Agreement.

a. W §1 ust. 1 załącznika nr 2 Zamawiający określił, że Awaria rozumiana jest jako stan niesprawności uniemożliwiający Wykonawcy świadczenie Zamawiającemu Usługi zgodnie z warunkami Umowy - powodujący niewłaściwe działanie lub całkowitą przerwę. Przyczynami awarii są: nagła przerwa w działaniu sieci telekomunikacyjnej Operatora (dot. również urządzeń końcowych) lub usługa świadczona przez operatora nie gwarantuje parametrów technicznych wymaganych do prawidłowego funkcjonowania usługi (spowodowane błędami konfiguracyjnymi lub wadliwie działającym urządzeniem w sieci Operatora).

b. Zgodnie z §4 ust. 2 pkt III Czas Usunięcia Awarii (CUA) jest to czas, jaki upłynie pomiędzy zgłoszeniem Awarii zgodnie z §3, a momentem usunięcia Awarii przez Wykonawcę. W pouczeniu zawartym w Specyfikacji Cenowo- ilościowej dla Części zamówienia nr 39 wskazano, że, podany przez wykonawcę czas usunięcia awarii jest taki sam dla wszystkich realizacji tej części zamówienia. Część nr 39 zamówienia obejmuje 12



lokalizacji Zamawiającego. Wynika z tego, że zadeklarowany przez wykonawcę Czas Usunięcia Awarii nie stanowi wartości uśrednionej, ale będzie każdorazowo obliczany indywidualnie dla każdej Awarii i dla każdej z nich nie może być dłuższy niż zadeklarowana przez O. 1 godzina.

c. Zamawiający rozróżnia również Czas Reakcji na Awarię (CRA) czyli czas, jaki upłynie od przyjęcia zgłoszenia Awarii zgodnie z postanowieniami tego załącznika do telefonicznego potwierdzenia przez wykonawcę rozpoczęcia analizy zgłoszenia przez służby techniczne wykonawcy. Wartość parametru CRA wynosi 30 min.

d. Procedura obsługi awarii została uregulowana w §3 załącznika nr 2 do Umowy.

4. Wykonawca O. w ramach części nr 39 zamówienia zaoferował Czas Usunięcia Awarii na poziomie 1 godziny, który jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania, gdyż wszystkie awarie występujące poza siedzibą operatora będą wymagały znacznie dłuższego czasu na ich usunięcie. Żeby usunąć występującą awarię wykonawca musi w pierwszej kolejności zidentyfikować jej przyczynę, dotrzeć do miejsca awarii i podjąć czynności techniczne w celu jej usunięcia. Już sama lokalizacja miejsca awarii zajmuje od kilkunastu do kilkudziesięciu minut, awaria może bowiem wystąpić nie tylko w siedzibie wykonawcy lub Zamawiającego (awaria urządzeń) ale na całej długości linii w dowolnej lokalizacji (w tym w lokalizacji podmiotu trzeciego). Następnie, biorąc pod uwagę, że wszystkie lokalizacje objęte postępowaniem w ramach części 39 zamówienia położone są w większych ośrodkach, dojazd wyspecjalizowanej ekipy może zająć od kilkunastu do kilkudziesięciu minut. Oprócz czasu potrzebnego na dojazd konieczne jest również uwzględnienie dodatkowego czasu na wejście lub wjazd na teren Zamawiającego, który ze względu na działalność Zamawiającego jest uregulowany w szczególny sposób lub na teren podmiotu trzeciego. Następnie należy zweryfikować czy awaria rzeczywiście wystąpiła w miejscu, w którym została wstępnie zlokalizowana i przystąpić do jej usunięcia, co w zależności od technologii w jakiej zostało zestawione łącze może prowadzić do wydłużenia czasu jej naprawienia. Przykładowo w przypadku przerwania linii światłowodowej przez koparkę czas usunięcia takiej awarii może wynieść nawet kilka - kilkanaście godzin (konieczność przeprowadzenia prac ziemnych i naprawy światłowodu). Nawet w stosunkowo prostych przypadkach, gdy konieczna jest jedynie podmiana uszkodzonego urządzenia końcowego (routera) czas usunięcia awarii przekracza 1 godzinę.

5. Czas Usunięcia Awarii na poziomie 1 godziny został przez O. zaoferowany wyłącznie w ramach części nr 39 zamówienia. W przypadku pozostałych części, na które wykonawca złożył ofertę tylko w jednym przypadku zaoferował czas awarii na poziomie 4 godzin (część nr 12 zamówienia), w pozostałych przypadkach czas ten wynosił 6 lub 8 godzin. Czas zaoferowany w ramach części nr 39 zamówienia znacznie odbiega również od czasu

usunięcia awarii gwarantowanego przez O. innym operatorom w ramach dzierżawy łączy, który w podstawowym wymiarze wynosi 8 godzin, a w wersji podwyższonego SLA - 4 godziny. Czas usunięcia awarii gwarantowany innym operatorom obrazuje realny czas, w jakim O. jest w stanie naprawić awarię na własnych łączach.

6. W tym miejscu należy również zwrócić uwagę, że maksymalny dopuszczony przez Zamawiającego CU A wynosi 10 godzin. Fakt, że Zamawiający nie określił minimalnego czasu, jaki mogą zaoferować wykonawcy w ramach tego kryterium nie powoduje, że nie ma żadnej granicy w tym zakresie. Wyznaczają ją realne

możliwości techniczne, technologiczne i organizacyjne wykonywania tego typu czynności.

7. Analiza ofert złożonych w ramach części nr 39 zamówienia pokazuje, że ze względu na wagę (aż 30%), zmanipulowanie kryterium Czasu Usunięcia Awarii poprzez zaoferowanie go na poziomie 1 godziny, przy niewielkiej różnicy cenowej oraz zaoferowaniu tej samej liczby dni w ramach kryterium termin płatności umożliwiło O. uzyskanie zamówienia. De facto kryterium to miało decydujący wpływ na dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący, który zaoferował realny i rynkowy Czas Usuwania Awarii otrzymał znacznie niższą liczbę punktów w ramach tego kryterium.

a. O.: cena: 1771.200,00 zł - 60 pkt Czas Usunięcia Awarii: 1 godzina - 30 pkt Termin płatności 30 dni - 10 pkt Łącznie: 100 pkt

b. Odwołujący: cena: 1.822.860,00 zł - 58,30 pkt Czas Usunięcia Awarii: 4 godziny - 7,5 pkt Termin płatności 30 dni - 10 pkt Łącznie: 75,80 pkt

8. Zaoferowanie przez O. tak krótkiego Czasu Usuwania Awarii nie stanowi o konkurowaniu jakością, gdyż czas ten jest faktycznie nierealny i niemożliwy do dotrzymania, a zatem nie stanowi zaoferowania Zamawiającemu wyższego poziomu świadczonych usług. W związku z tym, działanie O. należy uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami, a także naruszające interesy klienta (Zamawiającego), a także innego konkurującego z nim wykonawcy (Odwołującego).

9. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na wyrok KIO 1449/16, KIO 1501/16 wskazano, iż „Dostrzeżenia wymaga zaś, że dla popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest wymagane działanie sprzeczne z prawem. Dla wypełnienia dyspozycji tego przepisu wystarczy zachowanie się sprzecznie z dobrymi obyczajami. Odwołujący C. prawidłowo dostrzegł, że działanie przystępującego A. naruszało dobre obyczaje kupieckie. Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie przez przystępującego A. działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania y/w. reguł. Co więcej obowiązek

przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.”

Niezależnie od powyższego wskazujemy, że treść oferty O. w zakresie zaoferowanego Czasu Usunięcia Awarii jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż jak wyżej wykazano, w ciągu tak krótkiego czasu nie ma realnej możliwości usunięcia awarii i zagwarantowania Zamawiającemu jakości świadczonych usług w sposób i na zasadach określonych w załączniku nr 2 do Umowy Gwarancja Jakości Świadczonej Usług, Service Level Agreement, w szczególności w § 3 tego załącznika regulującym Procedurę obsługi Awarii.

Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Przypomniawszy, że w zakresie części zamówienia nr 13, 15 oraz 39 za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy O.P. S.A. tj. obecnego przystępującego.

Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że usługa, którą obejmuje zadanie 39, nie jest tożsama z pozostałymi zadaniami (od 1 do 38). W zadaniach od 1 do 38 wymagano połączenia ze sobą dwóch punktów z uwzględnieniem tylko jednego parametru, jakim jest przepustowość łącza. Zadanie nr 39 jest z kolei usługą wykorzystującą nowe technologie na rynku telekomunikacyjnym, to znaczy jest to usługa w technologii IP opartej o technologie podwójnej gwiazdy. Polega ona na przyłączeniu urządzeń końcowych CE (dwóch urządzeń tzw. Customer Edge) do dwóch różnych punktów operatora (PE – Provider Edge)), z zaprogramowaną protekcją przełączenia. Ewentualne problemy, które wymagają przyjazdu na miejsce technika operatora ograniczają się do połączeń lokalnych tj. pomiędzy lokalizacjami zamawiającego a punktami dystrybucyjnymi operatora tj. O.. Zamawiający opisał, jakich funkcjonalności oczekuje od produktu, również w zakresie sprzętowym. Wartości podane przez przystępującego zostały przez zamawiającego uznane za wiarygodne, ponieważ przystępujący sporządził je w oparciu o dokładnie opisany zakres sprzętowy. Opis wymagań sprzętowych wynika z przyjęcia przez zamawiającego prymatu niezawodności nad innymi aspektami, co wynika z charakteru działalności zamawiającego. Podkreślił, że obecny trend na rynku telekomunikacyjnym to zastępowanie rozwiązań opartych na kanałach cyfrowych (czyli usługi występujące w zadaniach od 1 do 38) przez usługi oparte o protokół IP. Wynika to z faktu, iż zarządzanie i serwisowanie takiej sieci jest dla operatora tańsze, jak również umożliwia zaoferowanie produktu o lepszych parametrach jakościowych. Części 1-38 postępowania są zatem w tym zakresie nieporównywalne z częścią 39 i nie powinno się czynić zarzutu z faktu, że oferta przystępującego na część 39

została sporządzona w sposób odmienny niż oferty przystępującego na pozostałe części zamówienia.

Zamawiający wskazuje, że w ocenie odwołującego nieokreślenie w siwz minimalnego Czasu usunięcia awarii nie powoduje, że nie ma żadnej granicy w tym zakresie; w ocenie odwołującego wyznaczają ją realne możliwości techniczne, technologiczne i organizacyjne wykonywania tego typu czynności. Z istnienia tych „realnych możliwości” odwołujący wyprowadza wniosek o niezgodności oferty przystępującego z siwz. Zamawiający nie podziela takiego stanowiska – z art. 9 ust. 1 pzp wynika zasada pisemności postępowania o udzielenie zamówienia, a sprzecznym z tą zasadą jest twierdzenie, że do treści siwz wchodzi postanowienia w niej niezawarte. Takie podejście prowadziłoby także do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający nie narzucał wartości minimalnej, jeśli chodzi o Czas Usunięcia Awarii w kryterium oceny ofert, co wynikało z faktu, że oferty są składane przez podmioty o różnym potencjale technicznym; zamawiający jest zainteresowany wykorzystaniem w pełni zalet wynikających z dużego potencjału oferentów w tym zakresie.

Wskazanie w kryterium oceny ofert maksymalnej liczby godzin na usunięcie awarii wynika z faktu, że usługi są wykorzystywane dla potrzeb zarządzania ruchem lotniczym i mają znaczenie dla bezpieczeństwa użytkowników polskiej przestrzeni powietrznej.

Biorąc pod uwagę znajomość rynku zamawiający stwierdził, że nie powziął wątpliwości co do zaproponowanego przez przystępującego Czasu Usunięcia Awarii; można domniemywać, że czas ten jest realny do osiągnięcia, a w interesie samego zamawiającego jest uzyskanie dostępu do usług najwyższej jakości.

W ocenie zamawiającego skrócenie Czasu Usunięcia Awarii w ofercie przystępującego było uzasadnione, o czym świadczą poniższe fakty:

- zdecydowana większość lokalizacji zamawiającego w ramach zadania nr 39 jest dobrze i bardzo dobrze skomunikowana, dojazd do nich nie stanowi żadnego problemu;
- dostęp do urządzeń końcowych CE (Customer Edge) znajdujących się w siedzibach zamawiającego nie stanowi problemu, wystawienie przepustki dla technika czas maksymalnie pięciu minut od chwili pozyskania informacji o numerze dokumentu tożsamości ewentualnie numerze rejestracyjnym samochodu;
- większość awarii nie wymaga nawet przyjazdu technika na miejsce, ponieważ operator (przystępujący) jest w stanie wykonać prace zdalnie, ponadto łączy się poddane tzw. Ochronie aktywnej tzn. operator na bieżąco jest w stanie monitorować jakość usług;
- zastosowane są równoległe (redundantne), technologicznie tożsame rozwiązania transmisji pomiędzy lokalizacjami operatora a lokalizacją zamawiającego – zamawiający nie ma nawet możliwości podglądu, które łącze akurat pracuje (łącze podstawowe czy też zapasowe) – z

punktu widzenia zamawiającego usługa jest świadczona w sposób ciągły (sam proces przełączenia pomiędzy łączem zapasowym a łączem podstawowym to max 20 – 30 sekund). Z powyższego wynika, że nieprawdziwe są twierdzenia odwołującego, jakoby zaoferowany przez przystępującego Czas Usuwania Awarii był nierealny i niemożliwy do dotrzymania. Biorąc pod uwagę nowoczesną technologię, jak również czynniki wcześniej wymienione, zamawiający stwierdził, że obecnie w ramach usług telekomunikacyjnych przesyłu danych nie ma przeszkód na usuwanie awarii w czasie 1 godziny.

Odwołujący nie udowodnił zatem, że złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 uznk.

Zamawiający wskazał nadto na orzeczenie KIO 932/15: „Aby możliwe było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, czyni uznanie złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest podanie na czym polega określone działanie wykonawcy, udowodnienie tego działania oraz zakwalifikowanie go bądź jako konkretnego deliktu stypizowanego w przepisach rozdziału 2 uznk, bądź jako zachowania wyczerpujące znamiona określone w przepisie art. 3 ust. 1 uznk.”

W ocenie zamawiającego, przez złożenie oferty przystępujący nie popełnił czynu nieuczciwej konkurencji, a jego oferta była zgodna z siwz, a zatem nie podlegała odrzuceniu i słusznie została wybrana jako najkorzystniejsza w części 39 postępowania.

Na marginesie zamawiający wskazał, że przystępujący zaoferował na część 39 także cenę niższą od odwołującego, co przy równej ocenie w kryterium Czas Usunięcia Awarii skutkowałoby także wyborem oferty przystępującego, a zatem ocena w tym kryterium nie była przesądzająca o wyniku postępowania.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego złożyli na rozprawie oświadczenia.

Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu. Na poparcie stanowiska złożył do akt pisemną opinię z dn. 01.08.2017 r. firmowaną przez Krajową Izbę Gospodarki Elektronicznej i Telekomunikacji, złożył także wyciąg z wyniku poprzedniego postępowania, w którym Przystępujący oferował czas usunięcia awarii w wymiarze 8 h, natomiast nie składał oferty na część 16 stanowiącą analogicznie do części 39 w niniejszym postępowaniu, a w części tej wykonawcy oferowali czas usunięcia od 3 do 8 h. Odnośnie argumentacji Zamawiającego, co do odmiennej technologii w zadaniu 39 umożliwiającej wykonawcy oferowanie czasu usunięcia w ciągu 1 h stwierdził, że możliwości wszystkich wykonawców są porównywalne, a wymagania techniczne SIWZ są jednoznaczne i jednakowe. Ponadto podobny jest poziom technologii, jakim dysponują wszyscy wykonawcy. Kwestionował stwierdzenie Zamawiającego o łatwym dostępie i krótkim czasie dojazdu do

lokalizacji Zamawiającego. Stwierdził, że znaczącą część usunięcia awarii może zająć dojazd.

Stwierdził, że Zamawiający na rozprawie opisuje awarie odmiennie niż zdefiniowana w SIWZ. Zauważył, że brak jest dowodów, co do doświadczenia Przystępującego w usuwaniu awarii na rzecz Zamawiającego w czasie poniżej 1 h. Stwierdził, że złożona opinia oparta została na konkretnych wymaganiach SIWZ, tych samych, które były podstawą przygotowania ofert przez wykonawców. Zauważył, że brak jest dowodów, że strony Zamawiającego na badanie realności kwestionowanego spornego czasu usunięcia awarii.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymał stanowisko w złożonej odpowiedzi. Zakwestionował treść złożonej przez Odwołującego opinii prywatnej. Zauważył, że autor przedstawił stanowisko nie znając realiów technicznych i technologicznych Zamawiającego. Nie brał także pod uwagę zawartej w SIWZ definicji awarii (§ 1 zał. 2 do IPU). Stwierdził, że w poprzednim postępowaniu wskazanym przez Odwołującego były najprawdopodobniej inne warunki i nie przedstawiono dowodu, co do porównywalności. Stwierdził, że realne jest usunięcie awarii w czasie deklarowanym zważywszy na możliwość uzyskania szybkiej i realnej dostępności do obiektów Zamawiającego. Zauważył na podstawie własnego doświadczenia, że mało realne są uszkodzenia światłowodu w wyniku prac budowlanych na terenie lotniska wskazane jako przykłady w opinii i w odwołaniu. Stwierdził, że wykonawca, jako operator dysponuje różnymi łączami i technologiami komunikacji i możliwe jest natychmiastowe przełączenie automatyczne z łącza uszkodzonego na funkcjonujące. Zdarzenia takie mogą nie być zauważalne przez użytkownika – Zamawiającego. Stwierdził, że w części 39 opisano odmiennie technologie niż w częściach pozostałych tj. 1-38.

Przypomniał definicję awarii oraz przedmiot umowy opisany precyzyjnie w SIWZ. Podtrzymał negatywną ocenę złożonej opinii. Podkreślił własne doświadczenie w prowadzonej działalności.

Przystępujący poparł w całości stanowisko Zamawiającego. Stwierdził, że złożona przez Odwołującego opinia (ekspertyza) ma charakter abstrakcyjny i oparta jest wyłącznie na otrzymanych dokumentach z postępowania, bez znajomości realiów świadczenia przez Przystępującego usług. Zauważył, że zaoferował możliwy czas usunięcia awarii w ciągu 1 h jedynie w zadaniu 39, a było to możliwe z uwagi na odmienną technologię w tym zadaniu. Stwierdził, że sporny element oferty oparł na dotychczasowym doświadczeniu w tym współpracy z Zamawiającym. Złożył zestawienie czasów dojazdu do wskazanych w SIWZ lokalizacji z własnych punktów serwisowych. Podkreślił, że zadeklarowany czas jest realny,

na tę okoliczność złożył zestawienia przykładów usunięcia awarii od innych kontrahentów w czasie poniżej 1 h. Podkreślił, że dysponuje rozwiązaniami równoległymi (zapasowymi). Zakwestionował walor dowodowy z opinii. Zauważył, że niewystarczająca jest wyłącznie zawartość dokumentów przetargowych do sporządzenia takiej opinii. Stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swoich zarzutów. Zauważył także, że zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ jest chybiony gdyż deklarowany czas usunięcia mieści się w zakresie przewidzianym w SIWZ.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta odwołującego i przystępującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp w odniesieniu do tej części zamówienia, w której ubiegał się o jego udzielenie czyli złożył ofertę, a zatem do części 39. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia konkurującemu wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił skutecznie zasadności podniesionych zarzutów, tym samym twierdzenia że złożenie oferty przez przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a także, że oferta przystępującego była w swej treści niezgodna z treścią siwz. W szczególności na podstawie treści siwz uznano, że usługa, którą obejmuje zadanie 39, nie jest tożsama z pozostałymi zadaniami (od 1 do 38) i przedmiot zamówienia w tym zakresie opisany jest w odmiennej technologii tj. IPVPN/MPLS. Kwestionowane wartości czasu usuwania awarii w tym zakresie podane przez przystępującego mogą być uznane jako wiarygodne. Części 1-38 postępowania są w tym zakresie nieporównywalne z częścią 39 i nie ma przesłanek do kwestionowania faktu, iż oferta przystępującego na część 39 została sporządzona w sposób odmienny niż oferty przystępującego na pozostałe części zamówienia. W konsekwencji realne jest domniemanie, że deklarowany w ofercie czas jest realny do osiągnięcia, a w ramach usług telekomunikacyjnych przesyłu danych nie ma przeszkód na usuwanie awarii w czasie 1 godziny, w tym z uwzględnieniem czasu dojazdu na miejsce awarii, o ile taki dojazd jest konieczny. Izba uznała w tym zakresie za niesporny dowód przedstawiony przez przystępującego, w którym wskazano lokalizacje zamawiającego i miejsca serwisowe

wykonawcy. Odwołujący nie udowodnił zatem, że złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 uznk. Nie uznano wartości dowodowej opinii przedstawionej przez odwołującego, jako opartej wyłącznie na opisie przedmiotu zamówienia, bez znajomości położenia miejsc serwisowych i zawierającej hipotetyczne przykłady awarii, w rzeczywistości niemal niespotykane.

W ocenie Izby, przez złożenie swojej oferty przystępujący nie popełnił czynu nieuczciwej konkurencji, a jego oferta nie była niezgodna z siwz, a zatem nie podlegała odrzuceniu i słusznie została wybrana jako najkorzystniejsza w części 39 postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....