

Sygn. akt: KIO 640/11

## WYROK

z dnia 5 kwietnia 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 28 marca 2011 r. przez wykonawcę: **„Clar System” Spółka Akcyjna, 60-542 Poznań, ul. Janickiego 20b**, reprezentowana przez radcę prawnego Łukasza Łysenko, ul. Wojskowa 10A/17, 60 - 792 Poznań, adres do doręczeń - adres reprezentowanej Spółki, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Specjalistyczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Chorób Płuc i Gruźlicy w Wolicy k/Kalisza, Wolica 113, 62-872 Godziesze Małe.**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania w kwocie 7 500,0 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) obciąża odwołującego: „Clar System” Spółka Akcyjna, 60-542 Poznań, ul. Janickiego 20b.**
- 3. Nakazuje zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę uiszczzonego wpisu.**
- 4. Zasądza od odwołującego „Clar System” Spółka Akcyjna, 60-542 Poznań, ul. Janickiego 20b na rzecz zamawiającego Wojewódzkiego Specjalistycznego Zespołu**

**Zakładów Opieki Zdrowotnej Chorób Płuc i Gruźlicy w Wolicy k/Kalisza, Wolica 113, 62-872 Godziesze Małe** kwotę **2 251,50 zł** (słownie; dwa tysiące dwieście pięćdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług kompleksowego specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w oddziałach szpitalnych, w Zakładzie Diagnostyki Laboratoryjnej, Zakładzie Mikrobiologii i Przychodni p/gruźliczej oraz współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem” dla Wojewódzkiego Specjalistycznego ZZOZ Chorób Płuc i Gruźlicy w Wolicy k/Kalisza," ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 marca 2011 roku pod pozycją 33992, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w dniu 28 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w formie pisemnej, złożone przez wykonawcę: „Clar System" Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 22 marca 2011 r. o wyborze oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Wobec powyższych czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Wojewódzkiemu Specjalistycznemu Zespołowi Zakładowi Opieki Zdrowotnej Chorób Płuc i Gruźlicy Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Wolicy k/Kalisza naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), t.j.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, przez odrzucenie oferty odwołującego z naruszeniem przywołanego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji przez dokonanie wyboru oferty z pominięciem oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia dokonanego wyboru oferty firmy Impel Cleaning Sp. z o.o.
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał co następuje.

Jako przyczynę odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, iż „Clar System” S.A. podając w swojej ofercie wysoką wartość pozycji „upust” uczynił to, by utrudnić innym oferentom dostęp do rynku i otrzymanie zamówienia, a co za tym idzie jego działanie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zaprzeczył takim twierdzeniom zamawiającego, jako nie znajdującym odzwierciedlenia w rzeczywistości, a przytoczoną argumentację uznał za chybioną z poniżej wymienionych przyczyn.

Zamawiający określił w rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia następujące kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty.

1. Cena - znaczenie 70%;
2. Koncepcja wykonania usługi - znaczenie 25%;
3. Upust za nieodpłatne korzystanie z pomieszczeń zamawiającego oraz mediów (prąd, woda, ścieki) - znaczenie 5%;

Odwołujący argumentował, iż zamawiający miał pełną swobodę decydując się na takie właśnie określenie kryteriów oceny ofert. Żaden z wykonawców nie był w stanie kwestionować takiego sposobu określenia kryteriów z uwagi na fakt, iż zamówienie ma charakter zamówienia poniżej tzw. progów unijnych i w związku z tym treść specyfikacji nie podlega procedurze odwoławczej. Zamawiający zdecydował się przyznać dodatkowe znaczenie kwocie upustu i zmusić wykonawców do konkurowania nie tylko ceną i jakością usługi, ale również wartością upustu.

Odwołujący uznał, iż w świetle powyżej przywołanego kryterium jego działanie jako wykonawcy, który dobierając elementy składowe oferty uwzględnił co prawda wyższą niż konkurenci cenę wyjściową oferty, ale również wyższą kwotę upustu, uczynione zostało nie w celu szkodenia konkurencji, lecz w celu sporządzenia oferty konkurencyjnej (skoro zamawiający zdecydował, że upust również ma znaczenie dla wytypowania najbardziej konkurencyjnej oferty).

Odwołujący podkreślał, iż zamawiający nie zakwestionował wartości usługi po zastosowaniu upustu (cena zaoferowana przez odwołującego nie została uznana za rażąco niską) i w związku z tym nie poddawał w wątpliwość sensu ekonomicznego realizacji przez odwołującego umowy zgodnie ze złożoną ofertą, to jest za kwotę 41 795,40 zł brutto miesięcznie. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, nie da się wykazać, iż złożenie oferty zostało dokonane w innym celu aniżeli konkurowanie z innymi podmiotami w celu uzyskania zamówienia.

Za niezrozumiałe uznał twierdzenia zamawiającej, iż zawarcie umowy w oparciu o złożoną przez odwołującego ofertę mogłoby skutkować nieważnością umowy z uwagi na wyzysk (art. 388 K.c.). Zaznaczył, iż jest znanym podmiotem na rynku utrzymania czystości. Ponadto zaprzeczył sugestiom płynącym z pisma zamawiającej, jakoby do zawarcia umowy niekorzystnej dla odwołującej mogło dojść w wyniku wyzyskania przez zamawiającą przymusowego położenia lub

niedoświadczenia odwołującego. Dodał, iż realizuje w chwili obecnej tą usługę dla zamawiającego, stąd zarówno zarzucanie mu iż składa ofertę w innym celu niż doprowadzenie do zawarcia i realizacji umowy, jak i przypisywanie mu niedoświadczenia jest dodatkowo nieuprawnione.

Odwołujący przywołał postanowienia art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wymienijące katalog zachowań polegających na „utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, ” który obejmuje:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (zaniżanie cen);
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców (bojkot);
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów (dyskryminacja);
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
- 5) 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.

Zaznaczył, iż żadne z powyższych zachowań nie może być przypisane odwołującemu. Mając na uwadze, iż bariery dostępu do rynku są ustanawiane przede wszystkim przez przedsiębiorców mających pozycję dominującą na rynku, nie da się ich odnieść do okoliczności niniejszego przypadku. Jakkolwiek odwołujący jest podmiotem znaczącym, to jego udziałów w rynku usług utrzymania czystości nie da się porównać z konkurencyjną spółką biorącą udział w przedmiotowym przetargu tj. Impel Cleaning Sp. z o.o., która jest tego rynku liderem.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przytoczył tezy z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w innych sprawach, w których przedmiotem oceny było ewentualne dopuszczenie się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji (w postaci utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku):

- 1) wyrok KIO z 29 kwietnia 2010 r. (KIO/UZP 610/10): „Nie sposób przyjąć, że zaoferowanie wykonania ceny usług po cenie znacznie odbiegającej od cen pozostałych wykonawców spowoduje skutek w postaci utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej przez innych przedsiębiorców, tym bardziej, gdy chodzi o jeden z elementów palety usług objętych zamówieniem. Każdy z wykonawców ma możliwość przyjęcia takiego sposobu kalkulacji ceny oferty, aby przy uwzględnieniu różnych determinantów (rodzaj usługi, kryterium wagi cen poszczególnych usług), sporządzić ofertę konkurencyjną. Ponadto, złożenie oferty na takich warunkach jedynie w jednym postępowaniu (jednorazowa czynność), trudno uznać za utrudnianie prowadzonej działalności gospodarczej i

ograniczanie dostępu do rynku."

- 2) wyrok KIO z 25 marca 2010 r. (KIO/UZP 287/10): „Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom, i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia.”

Odwołujący podkreślał, że z orzeczeń tych wynika, iż nawet jeśli jeden element oferty (cena jednostkowa, cena niektórych z oferowanych usług) został skalkulowany po cenie odbiegającej od cen pozostałych wykonawców, to nie da się od razu stwierdzić, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, a nie z normalną grą rynkową - składaniem ofert z zamiarem wygrania zamówienia. Tym bardziej w niniejszej sprawie, zarzucanie przez zamawiającego dopuszczenia się poważnego deliktu prawa cywilnego, rodzącego odpowiedzialność odszkodowawczą na gruncie art. 18 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odwołujący poczytał za nieuprawnione.

Odwołujący wskazywał, iż ponowna ocena ofert wydaje się również konieczna z uwagi na nieprawidłowe obliczenie punktów dla oferentów, których oferty nie zostały odrzucone. Wszystkie ceny porównywane były do ceny z oferty uznanej za podlegającą odrzuceniu, co spowodowało, iż oferta uznana za najkorzystniejszą cenowo nie uzyskała maksymalnej ilości punktów (70 pkt).

Na wezwanie zamawiającego z przesłane dnia 30 marca 2011 r. do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2011 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 22 marca 2011 r. powiadamiającym o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzupełnieniu podnosił co następuje. Istotą sprawy jest rozstrzygnięcie, czy opisane postępowanie jest czynem nieuczciwej konkurencji, tj. czy jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz czy narusza interesy innego przedsiębiorcy poprzez np. utrudnianie dostępu do rynku. Naruszenie prawa dotyczy nie tylko przepisów wskazanych w u.z.n.k., lecz także norm obowiązujących w całym systemie prawa, w tym jednej z ważniejszych zasad prawa cywilnego - zasady ekwiwalentności świadczeń wzajemnych, Z kolei „dobre obyczaje,” o których mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k, to jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie

postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo." Sprzeczność działań z prawem lub dobrymi obyczajami, aby uznać je za czyn nieuczciwej konkurencji, musi naruszać interes innego przedsiębiorcy, przy czym jak wskazuje orzecznictwo „Dla ustalenia, że działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 I ACa 1103/06). Zdaniem zamawiającego, oferowanie 100 000,00 zł. miesięcznie za otrzymane wzajemnie świadczenie w postaci korzystania z 4 pomieszczeń, tj. pralni mopów, magazynu, pomieszczenia sanitarnego i szatni, o łącznej powierzchni 76,5 m<sup>2</sup>, a także dostarczaną energię elektryczną, wodę i odprowadzane ścieki, jako świadczenie całkowicie nieekwiwalentne, narusza prawo oraz dobre obyczaje. Celem takiego działania nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg matematyczny, by uzyskać jak największą ilość punktów w tym kryterium. Oznacza to, że inni przedsiębiorcy, którzy podobnej operacji rachunkowej nie dokonali, a zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego zaoferowali upust, wynikający z wartości świadczenia lub ich możliwości finansowych, znaleźli się bez żadnych obiektywnych przesłanek w znacznie gorszej sytuacji. Oczywiście jest więc, że działania odwołującego utrudniały im dostęp do rynku. Odnosząc się do poszczególnych kwestii wskazanych w odwołaniu zamawiający za bezpodstawne uznał twierdzenie, że żaden z wykonawców nie był w stanie zakwestionować sposobu określenia kryteriów wyboru oferty, wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mimo że przedmiotowe zamówienie, jest zamówieniem poniżej tzw. progów unijnych i że wobec treści SIWZ nie przysługuje odwołanie, odwołujący nie skorzystał z możliwości jakie daje unormowanie art. 181 Pzp. Jeżeli uważał, że takie określenie kryteriów jest niezgodne z przepisami ustawy, jego obowiązkiem, a przynajmniej w jego interesie leżało skorzystanie z możliwości jakie daje powołany przepis. Odwołujący w żaden sposób (choćby poprzez zgłaszanie zapytań do SIWZ), nie wyraził swoich zastrzeżeń do ustalonych kryteriów wyboru oferty. Zamawiający, mając na celu racjonalne gospodarowanie swoim mieniem uznał za zasadne by poznać wartość, jaką poszczególni wykonawcy zaoferują mu za otrzymane wzajemnie świadczenia. Świadczenia te to możliwości korzystania z 4 pomieszczeń, tj. pralni mopów, magazynu, pomieszczenia sanitarnego i szatni, o łącznej powierzchni 76,5 m<sup>2</sup>, utrzymywane przez zamawiającego w

odpowiednim stanie sanitarnym, technicznym, ogrzewane i oświetlane oraz media, zwłaszcza energia elektryczna. Zamawiający chciał to wiedzieć m. in. dlatego, by ocenić czy pokrywa ona ponoszone koszty utrzymania. Zamawiający uznał też, że kwota upustu winna stanowić jedno z kryteriów wyboru oferty, by zachęcić wykonawców do konkutowania także i w tym zakresie. Zamawiający zaznaczał, że nie miał żadnych podstaw do tego by uznać zaoferowaną przez odwołującego cenę miesięcznej usługi po zastosowaniu upustu, tj. 41 795,40 zł brutto za rażąco niską. Nie odbiegała ona znacząco od cen pozostałych wykonawców (47 390,71 zł; 44 821,20 zł), a przede wszystkim była porównywalna z ceną jaką, obecnie płaci za podobną usługę temu samemu podmiotowi, tj. 39 756,00 zł. Zamawiający zaprzeczył sugestiom, że zawarta umowa może wiązać się z wyzyskiem którejkolwiek ze stron oraz przypisywania odwołującemu znajdowania się w sytuacji przymusowego położenia, niedoświetlenia lub niedoświadczania. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że zawarcie umowy, w której choćby tylko niektóre ze świadczeń wzajemnych są nieekwiwalentne, może skutkować jej nieważnością w całości lub w części, na podstawie art. 58 §2 K.c. Jak bowiem wynika z przytoczonego w piśmie zamawiającego z 22 marca 2011 r. orzeczenia Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2010, sygn. IV CSK 432/09 *„Umowa naruszająca zasadę ekwiwalentności świadczeń (rażąca dysproporcja świadczeń) stron może być oceniona - w świetle postanowień art. 58 § 2 k.c., zwłaszcza wówczas, gdy nie powstały wszystkie przesłanki wyzysku przewidziane w art. 388 § 1 k.c.”* Z orzeczenia tego wynika, że nieważność takiej czynności prawnej jest niezależna od zaistnienia bądź nie, przesłanek wyzysku (art. 388 K.c.). Za chybione uznał wywody odwołującego w odniesieniu do zakresu przesłanek art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż jest to katalog otwarty, na co wskazuje wprost wyrażenie „w szczególności.” Nie ma więc znaczenia, że żadne z cytowanych przez odwołującego zachowań nie może być mu przypisane. Jak wskazał już w 1995 r. Sąd Apelacyjny w Łodzi *„Jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, późn. zm. 211), należy na podstawie przewidzianej w art. 3 tej ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie.”* Podobnie sprawę ujmuje nowsze orzecznictwo sądów powszechnych. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 października 2008 r. w sprawie IX GC 159/08 *„Wykładnia językowa określenia "w szczególności" użytego w art. 3 ust. 2, jak i w art. 13 ust. 1 i 2 u.z.n.k. wskazuje, że wyliczenie ma charakter przykładowy, i wymieniony katalog nie jest zamknięty. Zatem, dla kwalifikacji danego czynu znaczenie ma nie jako takie podobieństwo do któregoś z przykładów wymienionych w katalogu, co spełnienie ogólnych przesłanek z art. 3 ust.*



1 i art. 15 ust. 1 u.z.n.k." Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 r. IX GC 155/08. Sąd Najwyższy w zakresie wzajemnych stosunków klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust 1 u.z.n.k, a przepisów rozdziału drugiego tej ustawy, w wyroku z dnia 22 października 2002 r. sygn. III CKN 171/01 wskazał, że „Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust.1 ustawy," Stanowisko to powtórzył w wyroku z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie I CKN 477/01. Nie można też zgodzić się z poglądem, że bariery dostępu do rynku ustanawiają tylko podmioty posiadające pozycję dominującą. Kwestie statusu prawnego podmiotu dominującego reguluje ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 Nr 50, poz. 331 ze zm.). Ustawa ta, wprawdzie wiąże się z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, lecz posiadanie pozycji dominującej nie jest jeszcze znamienne dla czynu nieuczciwej konkurencji. Takiego czynu może dopuścić się zarówno podmiot posiadający, jak i nie posiadający pozycji dominującej. Odnosząc się do przytoczonych przez odwołującego wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający zauważył, że brak jest orzeczeń, które zajmowałyby się podobnym jak niniejszy przypadkiem. Zamawiający w swoim piśmie z dnia 22 marca 2011 r. wskazał na wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-3026/06 z dnia 4 stycznia 2007 r., w którym uznano, że w postępowaniu gdzie jednym z kryteriów była długość gwarancji, zaoferowanie gwarancji na perforację nadwozia samochodów na 312 miesięcy było czynem nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu tego orzeczenia Arbitrzy uznali, że zarówno doświadczenie życiowe, co do użytkowania samochodów służbowych, jak i oferty innych wykonawców wskazują, że okres ten jest nierealistycznie długi i w praktyce niemożliwy do zrealizowania. Orzeczenie to wykazuje szereg analogii do rozpatrywanego przypadku, tj. nierealistyczną wartość ofert w jednym z kryteriów jej oceny i wyboru. Waleru tego nie mają orzeczenia wskazane przez odwołującego. Pierwsze z cytowanych orzeczeń dotyczyło sytuacji, gdy wykonawca zaoferował taką samą stawkę za dostarczoną wodę i odprowadzane ścieki, co zamawiający uznał za czyn nieuczciwej konkurencji. KIO wyjaśniła, że takie postępowanie nie jest czynem nieuczciwej konkurencji, gdyż nie jest sprzeczne z prawem, (tj. z ustawą o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i odprowadzaniu ścieków), a ponadto, że zamawiający nie dokonał żadnej analizy oferty w tym zakresie, by sprawdzić dlaczego tak ukształtowano cenę. Trudno więc dopatrzeć się podobieństwa do niniejszej sprawy, gdzie nierealistyczna wartość upustu nie jest kwestionowana. Drugie z kolei z przytoczonych przez odwołującego orzeczeń

dotyczy sytuacji rażąco niskiej ceny, tj. unormowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, związane jest więc z zupełnie inną podstawą prawną. Wszechstronna analiza zawarta w uzasadnieniu orzeczenia KIO dotyczy właśnie tego zagadnienia. Czym innym bowiem jest cena jednostkowa będąca składnikiem ceny ogólnej, która jest oczywiście kryterium oceny ofert, a czym innym wartość upustu będącego odrębnym kryterium wyboru ofert. Zamawiający przytoczył poglądy doktryny D. Szczepański w artykule Nieuczciwa konkurencja, teza 1. Zam.Pub.Dor. 2010/3/28 stwierdził, że *„Zaproponowany przez wykonawcę 99-letni okres gwarancji jest czynem nieuczciwej konkurencji, polegającym na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.”* Jeżeli chodzi o wystąpienie z roszczeniami na podstawie art. 18 u.z.n.k, to z takiej możliwości może skorzystać inny wykonawca, który uzna, że zachowanie odwołującego narusza jego interes.

Zamawiający przyznał zarzut pomyłki w obliczeniu ilości punktów. Jednak pismem z dnia 29 marca 2011 r. dokonał sprostowania tej omyłki rachunkowej, uznając, że ma ona charakter wyłącznie matematyczny, wynikła z nieprawidłowego sposobu liczenia punktów, a nie była błędem w cywilistycznym rozumieniu tego pojęcia, tj. niezgodnego z prawdą wyobrażenia o rzeczywistości. Istotne w sprawie jest bowiem to, że nowy sposób wyliczenia punktów nie wpłynął na wynik postępowania, tj. rozstrzygnięcie, która oferta uzyskała największą ilość punktów i która była kolejną, gdyż zamawiający uznał, że w postępowaniu złożono tylko 2 ważne oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, zatem nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, oferty odwołującego, oferty wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., Gierańczyk Sp. z o.o. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamówienie obejmuje usługę: „Kompleksowego specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w oddziałach szpitalnych, w Zakładzie Diagnostyki Laboratoryjnej, Zakładzie Mikrobiologii

i Przychodni p/gruźliczej oraz współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem.”

### Rozdział III SIWZ

Punkt 2. Zakres usługi obejmuje utrzymanie w należytym stanie sanitarno-higienicznym 4 oddziałów szpitalnych (147 łóżek), Działu Diagnostyczno-Leczniczego, Izby Przyjęć, Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej i Zakładu Mikrobiologii oraz Przychodni Zamawiającego wraz z ich wyposażeniem o łącznej powierzchni: poziomej 2890,4 m.<sup>2</sup>

Szczegółowe wymagania zamawiającego określają poniżej wymienione załączniki.

- 3 Wykaz powierzchni poziomej i pionowej - załącznik nr 1;
- 4 Minimalne zatrudnienie wg potrzeb Zamawiającego – załącznik nr 2;
5. Plan sprzątnięcia i dezynfekcji w oddziałach szpitalnych - załącznik nr 3;
6. Wymogi higieny szpitalnej – załącznik nr 4;
7. Wymogi higieniczne w Dziale Diagnostyczno Lecznicznym – załącznik nr 5;
8. Wymogi higieniczne w kompleksie Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej i Zakładu Mikrobiologii i Przychodni p/gruźliczej - załącznik nr 6;
9. Wymagania dotyczące używanych środków dezynfekcyjnych – załącznik nr 7;
10. Wykaz dozowników – załącznik nr 8;

14. Wykonawca zapewnia:

- detergenty, środki do mycia,
- środki do czyszczenia, konserwacji podłóg,
- środki dezynfekcyjne do powierzchni oraz do dezynfekcji: kaczek, basenów,
- i inne materiały.

16. Przedmiot zamówienia będzie wykonywany przy pomocy sprzętu, materiałów i środków chemicznych dostarczonych przez wykonawcę. Użyte środki czystości winny posiadać atesty dopuszczenia do użytkowania w pomieszczeniach, w których przebywają ludzie.

17 Wykonawca zamówienia jest odpowiedzialny za czystość sanitarną pomieszczeń objętych sprzątnięciem i przyjmuje do wiadomości, że jakość wykonywanej usługi poddawana będzie kontroli zewnętrznej (WSSE, TSSE), wewnętrznej przeprowadzanej przez Zespół Kontroli Zakażeń Zakładowych, pielęgniarkę epidemiologiczną, oddziałową/łącznikową oraz kierowników działów, a także za pomocą wymazów czystościowych wykonywanych przez Zakład Mikrobiologii Zamawiającego.

Rozdział IV SIWZ. Termin wykonania zamówienia – od 01.04.2011 do 31.03.2012 r.

Rozdział XII SIWZ. Opis sposobu obliczenia ceny.

1. Cena oferty, musi być wyrażona w złotych polskich z dwoma miejscami po przecinku i

obejmować wykonanie przedmiotu niniejszego postępowania na warunkach określonych w SIWZ, tj. w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Zgodnie z formularzem ofertowym należy wpisać cenę netto miesięcznej usługi, wysokość podatku VAT, oraz cenę brutto miesięcznej usługi, kwotowo wartość upustu i końcową cenę brutto po uwzględnieniu upustu.

2. Cena oferty wyrażona w postaci zapisu cyfrowego musi być zgodna z ceną wyrażoną w zapisie słownym, zarówno co do złotych jak i groszy polskich.
3. Wykonawca w ofercie winien przedstawić cenę kompletną, jednoznaczną i ostateczną, łącznie z podatkiem VAT naliczonym zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa. Cena oferty musi zawierać wszystkie niezbędne koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, a w szczególności cena zawiera koszty: obsługi osobowej, sprzętu, wszelkich środków czystości, higienicznych i sanitarnych itd.
4. Zamawiający dla porównania ofert w kryterium ceny będzie brał pod uwagę cenę brutto uwzględniającą upust z tytułu nieodpłatnego korzystania z pomieszczeń i mediów w Szpitalu.

XIII. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Jako kryteria zostały podane:

1. Cena - znaczenie 70%;
2. Koncepcja wykonania usługi - znaczenie 25%;
3. Upust za nieodpłatne korzystanie z pomieszczeń Zamawiającego oraz mediów (prąd, woda, ścieki) - znaczenie 5%;

1. Cena - znaczenie 70 %.

Zamawiający dokona oceny ofert obliczając wartość punktową oferty wg wzoru:

$$\frac{C_n}{C_b} \times 70$$

gdzie: C<sub>n</sub> - cena najniższa oferty

C<sub>b</sub> - cena badanej oferty.

2. Koncepcja wykonania usługi - znaczenie 25 %
3. Upust za nieodpłatne korzystanie z pomieszczeń Zamawiającego oraz mediów (prąd, woda, ścieki) - znaczenie 5%

W zakresie trzeciego kryterium dotyczącego upustu Zamawiający obliczy punkty wg wzoru:

$$\frac{\text{Wartość upustu badanej oferty}}{\text{Najwyższa wartość upustu oferty}} \times 5 \% \times 100$$

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z najwyższą sumaryczną liczbą punktów uzyskanych w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert. Punkty przyznawane będą do dwóch miejsc po przecinku.

Rozdział XVI SIWZ. Postanowienia wzoru umowy, który stanowi załącznik A do SIWZ.

Przyszłe zobowiązania wykonawcy wynikać będą z warunków umowy dotyczących realizacji zamówienia.

Rozdział XVIII SIWZ. Zamawiający nie przewiduje możliwości udzielania zamówień uzupełniających.

Załącznik A do SIWZ – wzór umowy w § 5 stanowi, iż w celu prawidłowego wykonania umowy i na czas jej trwania Szpital użycza wykonawcy pomieszczenia znajdujące się w budynku szpitala – pomieszczenie prania mopów, pomieszczenie magazynowe, sanitarne oraz szatnię o łącznej powierzchni 76,5 m<sup>2</sup> oraz udostępnia korzystanie z mediów, tj.: prąd, woda, ścieki. Wykonawca zobowiązany jest na swój koszt zapewnić zgodność warunków użyczonego pomieszczenia z funkcją, która ono pełni w świetle właściwych przepisów. W § 7 wzoru umowy zamawiający podał, iż w sprawach nie uregulowanych w umowie oraz w SIWZ zastosowanie mają inne powszechnie obowiązujące przepisy prawa.

Oferty złożyli:

1. Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z ceną miesięczną brutto 46 051,20zł, wysokość zastosowanego upustu 1 230,00 zł za miesiąc. Cena brutto po uwzględnieniu upustu 44 821,20 zł miesięcznie.
2. Konsorcjum firm: Usługi Wnętrzarskie-Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk, - ZPCh, „Gierańczyk” Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi z ceną miesięczną brutto 49 850,71 zł, wysokość zastosowanego upustu 2 460,00 zł za miesiąc. Cena brutto po uwzględnieniu upustu 47 390,71 zł miesięcznie.
3. odwołujący „Clar System” Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, z ceną miesięczną brutto 141 795,40 zł. Upust miesięczny 100 000,00 zł. Cena brutto po uwzględnieniu upustu za 12 miesięcy 501 544,80 zł za jeden miesiąc 41 795,40 zł.

Pismem z dnia 22 marca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z

art. 92 ustawy Pzp, iż najkorzystniejszą ofertę w przetargu na usługi kompleksowego sprzątania szpitala złożyła firma: Impel Cleaning Sp. z o.o., uzyskując w poszczególnych kryteriach następującą ilość punktów:

- 1) Cena - 65,27
  - 3) Koncepcja wykonania usługi - 25
  - 4) Upust - 0,06,
- co daje łączną sumę 90,33 punktów.

Ponieważ wymieniony powyżej Impel Cleaning Sp. z o.o. uzyskał sumarycznie najwyższą ilość punktów, zgodnie ze SIWZ zostanie z nim zawarta umowa na świadczenie usług kompleksowego sprzątania szpitala.

Drugą ofertę złożyło Konsorcjum firm: Usługi Wnętrzarskie-Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk, - ZPCh, „Gierańczyk” Sp. z o.o., uzyskując w poszczególnych kryteriach następującą ilość punktów:

- 1) Cena - 61,74
  - 2) Koncepcja wykonania usługi - 17
  - 3) Upust - 0,12,
- co daje łączną sumę 78,86 punktów.

Pismem z dnia 29 marca 2011 r. zamawiający sprostował omyłkę rachunkową co do ilości punktów, uzyskanych w przetargu przez wykonawców, którzy złożyli ważne (niepodlegające odrzuceniu) oferty:

I. Impel Cleaning Sp. z o.o., uzyskała w poszczególnych kryteriach następującą ilość punktów:

- Cena - 70,00
- Koncepcja wykonania usługi - 25
- Upust - 2,5

co daje łączną sumę 97,5 punktów.

II. Konsorcjum firm: Usługi Wnętrzarskie-Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk, - ZPCh, „Gierańczyk” Sp. z o.o., uzyskała w poszczególnych kryteriach następującą ilość punktów:

Cena - 66,20

Koncepcja wykonania usługi - 17

Upust - 5

- co daje łączną sumę 88,20 punktów.

Nowa punktacja nie zmieniła wyniku postępowania.

W piśmie z dnia 22 marca 2011 r. zamawiający podał następujące uzasadnienie dla

czynności odrzucenia oferty odwołującego. „Clar System” S.A. w złożonej ofercie zaproponował upust w wysokości 1 200 000,00 zł w całym rocznym okresie trwania umowy, co stanowi 100 000,00 zł miesięcznie. Zamawiający powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązujący do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), która w art. 3 ust. 1 zawiera następującą definicję: czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający powołał się na uregulowanie zawarte w ust. 2 powołanego art. 3 tej ustawy, wskazując, iż z otwartego katalogu czynności - czynem nieuczciwej konkurencji jest między innymi „utrudnianie dostępu do rynku.” Wskazał, iż podobny charakter ma egzemplifikujący utrudnianie dostępu do rynku art. 14 powołanej ustawy. Zamawiający przyznał, iż w powołanych przepisach nie ma wskazanego wprost kwestionowanego zachowania odwołującego, mimo to uznał je za czyn nieuczciwej konkurencji. Podkreślał, że zaoferowany przez odwołującego upust w wysokości ryczałtowej 100 000,00 zł miesięcznie dotyczy korzystania z podstawowych mediów: energii elektrycznej, wody i odprowadzania ścieków. Zważywszy na przedmiot zamówienia, zużycie tych mediów jest znacznie mniejsze niż przy działalności produkcyjnej opartej na ich wykorzystaniu. Podkreślił, iż miesięczna wysokość opłat z tego tytułu ponoszona przez zamawiającego to około 10 000,00 zł za energię elektryczną (w odniesieniu do całego obiektu) oraz 200,00 zł za wodę i ścieki (szpital ma własne ujęcie wody). Zaznaczył, że upust zaoferowany przez odwołującego obejmujący korzystanie z pomieszczeń o łącznej powierzchni 76,5 m<sup>2</sup> dawałby kwotę za 1m<sup>2</sup> znacznie przewyższającą 1 000,00 zł. miesięcznie, co zważywszy na rodzaj pomieszczeń i miejsce w których się znajdują jest całkowicie oderwane od realiów rynkowych. Podsumował, iż odwołujący ustalając upust w wysokości 100 000,00 zł miesięcznie oferuje stawki nieekwiwalentne, rażąco odbiegające od otrzymanych świadczeń. Mogłoby to prowadzić do nieważności umowy na podstawie art. 58 K.c. , gdyż jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 stycznia 2010 r. sygn. IV CSK 432/09 Umowa naruszająca zasadę ekwiwalentności świadczeń może być oceniona w świetle art. 58 § 2 K.c. zwłaszcza wówczas, gdy nie powstały wszystkie przesłanki wyzysku, przewidziane w art. 388 K.c. Zamawiający uznał, iż odwołujący działając tak w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdzie jednym z kryteriów wyboru ofert upust, czyni to w celu aby innym oferentom utrudnić dostęp do rynku tj. otrzymania zamówienia. Zamawiający na poparcie swego stanowiska powołał się na orzecznictwo w sprawach zamówień publicznych: wyrok Zespołu Arbitrów z 4 stycznia 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-3026/06 wskazujący podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.

1 pkt 3 ustawy Pzp w wyniku ustalenia, że odwołujący zaproponował w ofercie gwarancję na perforację nadwozia na okres 312 miesięcy, tj. 26 lat, który jest okresem nierealnie długim, a w postępowaniu gwarancja stanowiła kryterium oceny ofert. Ponadto przytoczył tezę z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 704/10, że „samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesadza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy u.z.n.k (gdy zarzut dotyczy sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia) lub też w inny sposób utrudnia dostęp do rynku i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej. W opinii zamawiającego, zaoferowanie upustu o wartości całkowicie oderwanej od wartości rynkowej otrzymanego w zamian świadczenia nie jest normalnym przejawem walki konkurencyjnej, a więc można je uznać za próbę eliminowania innych wykonawców.

Izba zważyła co następuje

Postępowanie dotyczy zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wobec czynności:

- wyboru oznaczonego trybu postępowania;
- opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- odrzucenia oferty.

Odwołanie zostało złożone na czynność odrzucenia złożonej oferty, wobec czego jest dopuszczalne przez cytowany wyżej przepis ustawy Pzp.

Odwołującemu przysługiwała legitymacja do korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ubiega się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Oferta złożona przez odwołującego została odrzucona. W przypadku potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący się mógłby ponieść szkodę w wyniku nie uzyskania zamówienia, skoro dowodził, iż to jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą.



Izba oceniając wyżej przytoczony materiał dowodowy sprawy, uwzględniła postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych obligujące zamawiającego do odrzucenia oferty jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oceny, czy kwestionowane działanie wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, należało dokonywać na gruncie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r. Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Odwołujący „Clar System” Spółka Akcyjna zaoferował wykonanie usługi kompleksowego specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w oddziałach szpitalnych, w Zakładzie Diagnostyki Laboratoryjnej, Zakładzie Mikrobiologii i Przychodni p/gruźliczej oraz współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem” dla Wojewódzkiego Specjalistycznego ZZOZ Chorób Płuc i Gruźlicy w Wolicy k/Kalisza za cenę miesięczną brutto 141 795,40 zł. Ustalił upust miesięczny w kwocie 100 000,00 zł. Cena brutto po uwzględnieniu upustu za 12 miesięcy wyniosła 501 544,80 zł, natomiast za jeden miesiąc 41 795, 40 zł brutto. W rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający podał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, między innymi:

1. Cena - znaczenie 70%;
2. Upust za nieodpłatne korzystanie z pomieszczeń zamawiającego oraz mediów (prąd, woda, ścieki, ogrzewanie) - znaczenie 5%;

Okoliczność bezsporną stanowiło zatem, iż odwołujący Clar System S.A. w złożonej ofercie zaproponował upust w wysokości 1 200 000,00 zł. w całym rocznym okresie trwania umowy, co stanowi 100 000,00 zł. miesięcznie, wobec ceny finalnej (z uwzględnieniem upustu - 41 795,40 zł miesięcznie. Z powyższego wynika, iż udzielony upust był ponad dwukrotnie wyższy niż cena ostateczna oferty. Przy czym odwołujący, mając pełne rozeznanie jako dotychczasowy wykonawca przedmiotowej usługi, nie zaprzeczył twierdzeniom zamawiającego, że ponoszone faktyczne koszty związane z udostępnieniem wykonawcy przy realizacji zamówienia możliwości nieodpłatnego korzystania z podstawowych mediów: energii elektrycznej, wody i odprowadzania ścieków, kształtują się na znacznie niższym poziomie. Miesięczna wysokość opłat ponoszona przez zamawiającego za całość obiektów szpitalnych, to około 10 000,00 zł za energię elektryczną oraz 200,00 zł za wodę i ścieki. Oferowany z tego tytułu upustu w cenie oferty odwołującego, Izba uznała za nierealistyczny i niewspółmierny do stawianego do dyspozycji wykonawcy wzajemnego świadczenia ze strony zamawiającego. Odwołujący nie negował także faktów podanych przez zamawiającego, że przy zaoferowanej kwocie upustu, obejmującego korzystanie z pomieszczeń o łącznej powierzchni 76,5 m<sup>2</sup> dawałoby to kwotę za 1 m<sup>2</sup> znacznie

przewyższającą 1 000,00 zł miesięcznie, co zważywszy na rodzaj lokalu, i miejsce w których się znajdują (tj. 4 pomieszczenia: pralni mopów, magazynu, pomieszczenia sanitarnego i szatni), stanowiłoby świadczenie nieekwiwalentne do odnoszonych korzyści ekonomicznych przez wykonawcę.

Izba miała na uwadze, iż wykonawcy uczestniczący w tym postępowaniu, tj. Impel Cleaning Sp. z o.o. zaoferował kwotę miesięcznego upustu w wysokości 1 230,00 zł, natomiast wykonawca Gierańczyk Sp. z o.o. zaoferował kwotę upustu 2 460,00 zł. Zdaniem Izby, są to kwoty mieszczące się szerokich granicach ekwiwalentności do wartości nieodpłatnych świadczeń udostępnianych wykonawcy przez zamawiającego.

Izba podzieliła poglądy zamawiającego, że w przedmiotowym stanie faktycznym, logicznie i racjonalnie można wytłumaczyć działanie odwołującego jedynie przypisując zamiar oraz działanie w celu takiego skonstruowania ceny oferty, aby wykorzystując kryterium „upustu” przez to samo, zdobyć przewagę konkurencyjną. Tak wysoka kwota upustu – oderwana od faktycznych kosztów zaoszczędzonych przez wykonawcę, stanowiła jedynie element kalkulacji czysto matematycznej, by uzyskać jak najwyższą ocenę punktową oferty w tym kryterium, tj. maksymalne 5 punktów. Natomiast pozostali wykonawcy, według niekwestionowanych wyliczeń zamawiającego, w przypadku uwzględnienia oferty odwołującego, otrzymaliby w tym kryterium: firma Gierańczyk – 0,12 punktów, a firma Impel Cleaning 0,06 punktów. Izba zgodziła się również z argumentacją zamawiającego, że celem takiego działania nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę konkurencyjną, któremu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala przeciwdziałać także na gruncie ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty.

Izba nie przychyliła się do stanowiska odwołującego, że skoro poza powołaniem się na nieekwiwalentność świadczeń i art. 388 K.c. zamawiający nie przytoczył podstawy prawnej, na której oparł swoje twierdzenie, iż oferta odwołującego stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji, jego czynność odrzucenia kwestionowanej oferty nie znajduje umocowania prawnego.

Należało zważyć, że zamawiający podał uzasadnienie faktyczne dla czynności odrzucenia oferty oraz uzasadnienie prawne oparte na przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zawierającym nawiązanie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Poprzez przepis art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajdują wprost zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. W tym także art. 487 § 2 K.c. mówiący o tym, że umowa jest wzajemna (ekwiwalentna) jeżeli obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Umowy w sprawie zamówień publicznych są z

zasady wzajemne, gdyż zamawiającego obowiązuje oszczędne i racjonalne wydatkowanie środków publicznych z uzyskiwaniem najlepszych efektów z czynionych nakładów, z uwzględnieniem przepisów prawa.

Niewątpliwie świadczenie ze strony zamawiającego w postaci nieodpłatnego udostępnienia pomieszczeń i korzystania z oznaczonych mediów nie odpowiadało wartości zastosowanego z tego tytułu przez odwołującego upustu w kwocie 100 000,00 zł miesięcznie, przy całej miesięcznej cenie usługi za przedmiot zamówienia wraz z w kalkulowanym zyskiem w kwocie 41 795,40 zł brutto.

W ocenie Izby, istniały uzasadnione podstawy aby przypisać odwołującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w oparciu o przepisy powołanej wyżej ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

Faktem jest, że działania odwołującego nie da się wprost przyporządkować stypizowanym zachowaniom, określonym w przepisach art. 5 -17 ustawy z.n.k. jako czynom nieuczciwej konkurencji. Jednakże wymieniona ustawa nie zawiera zamkniętego katalogu w tym zakresie. Gdy kwestionowane zachowania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z powołanych przepisów, powstaje uzasadnienie dla ich oceny w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k. określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji.

Jeżeli określone działanie czy zaniechanie nie zostało wymienione wprost w ustawie, wówczas dla oceny konkretnego przypadku należy odwołać się do klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k. który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Taka interpretacja stosowania przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika zarówno z piśmiennictwa na ten temat jak i z orzecznictwa, licznie przywołanego przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Za znamienny i adekwatny do rozpatrywanego przypadku można uznać wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 podający, iż *„Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.”*

Przepis art. 17 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.) stanowi, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów konsumentów. Normy te łącznie z wolnością gospodarczą i prawną równością przedsiębiorców tworzą katalog zasad wykonywania działalności gospodarczej. Funkcjonowaniem w obrocie gospodarczym jest natomiast szeroki krąg zachowań, które mogą mieć wpływ na bieżące lub przyszłe wyniki działalności innych uczestników rynku, klientów lub interes publiczny.

Norma zawarta w art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k. rozstrzyga zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami.

Dla stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczające zatem jest ustalenie ziszczenia się kumulatywnie przesłanek, iż zachowanie przedsiębiorcy jest bezprawne jako sprzeczne nie tylko z przepisami ale z dobrymi obyczajami a ponadto szkodliwe, gdyż zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi są natomiast wzorcami postępowania - podobnie jak zasady współżycia, czy ustalone zwyczaje, i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkową.

Istotne z punktu widzenia prawa konkurencji okoliczności przesądzające w ocenie Izby, o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanej klauzuli dobrych obyczajów stanowiło nieuczciwe manipulowanie ceną oferty, aby otrzymać jak najwyższą punktację w kryterium „upust.” Przy czym działanie takie było szkodliwe, zagrażało bowiem Interesom innych wykonawców, gdyż oznaczało, że inni przedsiębiorcy, którzy podobnej operacji rachunkowej jak odwołujący nie dokonali, a zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego zaoferowali realistyczny upust, wynikający z wartości świadczenia przy uwzględnieniu własnych możliwości finansowych, znaleźli się bez żadnych obiektywnych przyczyn w znacznie gorszej sytuacji, podczas dokonywania oceny ich ofert w wymienionym kryterium. Oczywiście jest więc, że działania odwołującego utrudniały im dostęp do rynku, mimo tego, że zaoferowali upust cenowy realny i współmierny do uzyskanych korzyści z tytułu nieodpłatnego udostępnienia środków służących do realizacji usługi. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k. nawet nie wymaga, aby nastąpiło naruszenie interesu innego przedsiębiorcy, dla przyjęcia czynu nieuczciwej konkurencji. Wystarczy jedynie ustalenie zagrożenia interesu mającego wagę gospodarczą innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które jest wyrazem dokonanej przez Izbę oceny zaistniałej sytuacji i jej możliwych konsekwencji dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przekonanie własne odwołującego i przytoczona argumentacja, że jego działanie nie stanowi obrazy przepisów ustawy z.n.k. skoro zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wzorem umowy i za cenę, która nie została przez zamawiającego zakwestionowana jako rażąco niska, nie mogło się ostać. Przedmiotem zarzutu nie było bowiem skalkulowanie ceny oferty poniżej kosztów świadczenia usługi, co wprost wymienia ustawa z.n.k. w art. 15 ust. 1 pkt 1, ale inne zachowanie obrażające dobre obyczaje, prowadzące w sposób sztuczny do zawyżania punktacji złożonej oferty. W ocenie Izby takie zachowanie odwołującego nie zasługiwało na aprobatę. Konkurencja powinna bowiem być przejrzysta, czytelna dla wykonawców i zamawiającego, a jej wyniki nie mogą być zafałszowane. Ocena zachowań podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym powinna być racjonalna i opierać się na przesłankach ekonomiczno - funkcjonalnych. Odwołujący nie był uprawniony do wykorzystania kryterium „upustu” w taki sposób aby w oderwaniu od podstawy jego udzielenia, stosując wyłącznie zabiegi kalkulacji matematycznych otrzymać punktację oferty wyższą niż konkurencji.

Zamawiający w sposób prawidłowy i wszechstronny ocenił ofertę odwołującego, według powyższych przesłanek zasadnie uznając, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a następnie przepisy art. 7 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymagają przestrzegania w obrocie gospodarczym zasad uczciwej konkurencji. Nakazują zatem prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, nadających konkurencji charakter uczciwy w celu wyeliminowania praktyk sprzeniewierzających się tej zasadzie, które stanowią nadużycie konkurencji i prowadzą do jej deformacji. Celem wymienionych przepisów jest nie tylko zwalczanie nieuczciwej konkurencji lecz także jej zapobieganie. Z tych względów już samo zagrożenie interesu przedsiębiorcy, klienta, czy interesu publicznego uzasadnia działania zamawiającego, które eliminują takie zagrożenia.

Zatem nie miało istotnego znaczenia, iż cena oferty odwołującego po uwzględnieniu upustu nie odbiegała znacząco od cen innych ofert złożonych w tym postępowaniu. Przy czym należało zważyć, że zamawiający prowadząc działalność w zakresie ochrony zdrowia realizuje zarówno interes publiczny jak i jest wyrazicielem zbiorowego interesu konsumentów korzystających z tych usług. Z przytoczonych wyżej względów jedynie uczciwe działania wykonawców podlegają ochronie prawnej, a do takich nie można było zaliczyć kwestionowanego zachowania się odwołującego.

W ocenie Izby, przeprowadzony materiał dowodowy sprawy świadczy, że brak było w zaistniałych okolicznościach, uzasadnionych podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez dokonanie czynności odrzucenia oferty

odwołującego.

Postępowanie dowodowe w sprawie nie potwierdziło także zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący oprócz powołania wymienionej podstawy prawnej nie uzasadnił zarzutu, iż odrzucenie jego oferty w zaistniałych okolicznościach faktycznych powoduje zarazem, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut wyliczenia nieprawidłowej punktacji ofert został przez odwołującego cofnięty i nie podlegał rozpoznaniu, gdyż jak Izba ustaliła wyżej, zamawiający samodzielnie skorygował zaistniałe błędy matematyczne w tej samej dacie, w której złożone zostało odwołanie udostępnił ogłoszenie końcowej punktacji ofert, a następnie pismem z dnia 29 marca 2011 r. zawiadomił o tym wykonawców. Natomiast dokonane poprawki nie dotyczyły sytuacji odwołującego i pozostawały bez wpływu na wynik przetargu.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego 2 251,50 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę, w oparciu o złożone rachunki, na podstawie § 3 pkt 2a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

**Przewodniczący:**

.....

