

WYROK

z dnia 19 grudnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Ślężnej 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 26, 00-940 Warszawa;**

przy udziale wykonawcy **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Głubczyckiej 8, 52-026 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Ślężnej 118, 53-111 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Ślężnej 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Ślężnej 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 26, 00-940 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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 Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 26, 00-940 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *świadczenie usługi sprzątnia w nieruchomościach użytkowanych przez Poczta Polska na terenie działania Centrum Infrastruktury Oddziału Regionalnego we Wrocławiu*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 października 2012 roku pod numerem 2012/S 198-326055.

29 listopada 2012 roku Zamawiający ogłosił wynik postępowania informując, że do realizacji zamówienia wybrał wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Głubczyckiej 8, 52-026 Wrocław.

10 grudnia 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawno zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”), wniósł Odwołanie zarzucając Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów ustawy, mające wpływ na wynik postępowania tj. naruszenie art. 89 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S&A Service Sp. z o.o. pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się tym, że za najkorzystniejszą została wybrana oferta podlegająca odrzuceniu. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania uprzednio zaniechanych czynności, polegających na nie odrzuceniu oferty wykonawcy S&A Service Sp. z o.o., unieważnienia decyzji w sprawie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej S&A Service sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interes prawny Odwołującego wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby podpisać umowę z Zamawiającym ponieważ spełnia warunki udziału w przetargu, a złożona oferta jest zgodna z wymogami Zamawiającego zawartymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz mieści się w kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu

art. 179 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym w ślad za opinią pt. „Środki ochrony prawnej” (opublikowaną na stronach www.uzp.pl dnia 17.05.2010r.) przyjąć należy, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykáže, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przedmiotowym stanie faktycznym podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez S&A Service Sp. z o.o. pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisowo o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podnoszone przez Odwołującego naruszenia wskazują wprost na uszczerbek w jego interesie prawnym przez pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia. Zatem w' przypadku, gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa i odrzucił ofertę złożoną przez S&A Service Sp. z o.o., oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą i Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkody) w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 3 jak również art. 7 ust. 1 ustawy: zakres oraz warunki wykonania usługi zostały określone przez Zamawiającego w Rozdziale II pkt. 3 SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA oraz odpowiednio w załącznikach nr 2a, 2b, 2c, 2d, 2e oraz 2f do umowy. Zamawiający wskazał, iż cenę ofertową stanowi wynagrodzenie brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Ponadto, zgodnie z wymogami Zamawiającego, cenę należało skalkulować w taki sposób, aby zawierała ona wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Ponadto w Rozdziale II pkt 13 SIWZ Zamawiający wskazał, iż przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej będzie kierował się kryterium 100% cena ofertowa. Natomiast zgodnie z Rozdziałem III SIWZ - ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY - wzór umowy, cena ofertowa miała zostać wprowadzona do umowy jako obowiązujące strony wynagrodzenie ryczałtowe. Do umowy miały zostać również wprowadzone kwoty jednostkowe za wykonanie usługi tj.: za sprzątnięcie 1 m kw. powierzchni poszczególnych

pomieszczeń. Zaproponowana przez S&A Service sp. z o.o. cena kształtowała się na poziomie 80 % wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na kwotę 3 621 000.00 zł brutto. S&A Service Sp. z o.o. zaoferował ryczałtowe stawki sprzątnia 1 m kw. tj.: odpowiednio w wysokości 0,20 oraz 0,10 zł netto za usługi sprzątnia powierzchni wewnętrznych objętych 23% stawką podatku VAT tj.: pomieszczeń biurowych, pomieszczeń eksploatacyjnych i zaplecza placówek pocztowych, pomieszczeń sanitarnych oraz ciągów komunikacyjnych, pokoi gościnnych, hal i warsztatów, garaży oraz powierzchni wewnętrznej dodatkowej. W ramach uzupełnienia, należy nadmienić, iż zgodnie z załącznikiem nr 1 do formularza ofertowego, ryczałtowa stawka netto dotyczy sprzątnia 1 m kw. wymienionych w kolumnie 1, rodzajów powierzchni za miesiąc lub jednokrotnego wykonania usług, o których mowa odpowiednio w § 6 ust. 2 umowy. Najwyraźniej w ocenie Zamawiającego było to wystarczającym argumentem, aby uznać, ofertę złożoną przez S&A Service Sp. z o.o. za najkorzystniejszą. Odwołujący nie zgadza się z podejściem Zamawiającego, który dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez S&A Service Sp. z o.o., uznał zapewne, że jedynym kryterium, którym powinien się kierować przy wyborze oferty najkorzystniejszej powinna być jej końcowa wartość, a nie poszczególne składniki. W ocenie Odwołującego, Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust 3 ustawy dokonał wyboru oferty S&A Service Sp. z o.o., błędnie uznając iż jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. W opinii Odwołującego, w celu ustalenia czy oferta S&A Service Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 3 ustawy niezbędnym jest odniesienie się do samej kalkulacji oferty złożonej przez tego wykonawcę. W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podkreśla, że S&A Service Sp. z o.o. zaproponował powyższe ryczałtowe stawki sprzątnia 1 m kw. tj.: odpowiednio w wysokości 0,20 oraz 0,10 zł netto, za usługi sprzątnia powierzchni z uwagi na to, iż usługi te są obciążone wyższym podatkiem VAT. Obniżenie wartości usługi na powierzchniach wewnętrznych doprowadziło bowiem do obniżenia wartości całej oferty brutto złożonej przez tego Wykonawcę, a tym samym jego oferta stała się bardziej konkurencyjna i w efekcie korzystniejsza dla Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, pomimo, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi sprzątnia i utrzymania czystości zarówno powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych w obiektach należących do Zamawiającego, częściowe ceny za sprzątnia powierzchni wewnętrznych lub zewnętrznych powinny mieć znaczenie przy wyborze oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, albowiem zdaniem Odwołującego sposób skalkulowania ceny oferty przez S&A Service Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający przewidział 136 696,07

m2 powierzchni wewnętrznych, co stanowi około 31% całej powierzchni oraz 305 011.46 m2 powierzchni zewnętrznych, co stanowiło ok. 69% całej powierzchni będącej przedmiotem zamówienia. W ocenie Odwołującego skalkulowanie usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych na poziomie odpowiednio 10 i 20 gr. za 1 m kw. miało istotny wpływ na wartość całej oferty i w pełni uzasadnionym jest, iż Odwołujący powziął wątpliwości co do popełnienia przez S&A Service Sp. z o.o. czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego fakt zaproponowania przez S&A Service Sp. z o.o. ryczałtowej miesięcznej ceny 10 i 20 groszy za sprzątnięcie powierzchni wewnętrznych z uwagi na to, że usługi te obciążone są wyższym podatkiem VAT, w żaden sposób nie może zostać usprawiedliwione stwierdzeniem, że zaproponowana cena wynika z obiektywnych czynników, w szczególności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla tego Wykonawcy, czy też wpływu udzielonej mu pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów. W ocenie Odwołującego, działanie S&A Service Sp. z o.o. polegało na sztucznym zaniżaniu ceny za sprzątnięcie powierzchni wewnętrznych, stanowiących aż 31 % całości przedmiotu zamówienia, z uwagi na konieczność zastosowania wobec takich usług wyższej stawki podatku VAT. W opinii Odwołującego, nagannego działania S&A Service Sp. z o.o. nie może usprawiedliwić tłumaczenie, że zaproponowane przez niego stawki są jedynie cenami jednostkowymi, która nie podlegają ocenie, a kryterium, którym powinien kierować się Zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej powinna być jedynie jej wartość końcowa. W opinii Odwołującego, przyjęcie przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego nie pozbawia go możliwości analizy elementów składających się na cenę oferty. Odwołujący podkreśla, że S&A Service Sp. z o.o., zaoferował wykonanie usługi za kwotę 2 901 315,37 zł brutto, przy czym cenę usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych z uwagi na objęcie tych usług wyższą stawką podatku VAT wycenił jedynie na kwotę 291 879,51 zł brutto. Należy zatem podkreślić, że zaoferowana przez S&A Service Sp. z o.o. cena za sprzątnięcie terenów zewnętrznych objętych 8 % stawką podatku VAT, stanowi aż 91% wartości usługi, natomiast tylko 9% wartości usługi stanowi wartość sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych, objętych wyższą 23% stawką podatku VAT. Oznacza to więc, że skalkulowanie tej usługi - sprzątnięcie powierzchni wewnętrznych - na tym poziomie, miało wpływ na wartość całej oferty, a tym samym powinno być przedmiotem analizy Zamawiającego pod kątem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym stwierdzić należy, iż usługa sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych stanowiąca aż 31 % przedmiotu zamówienia stanowi w ofercie S&A Service Sp. z o.o. zaledwie 9 % wartości

zaoferowanej przez niego ceny. Oznacza to więc, iż usługa sprzątnia powierzchni zewnętrznych, dużo mniej skomplikowana i dużo mniej pracochłonna, przewyższa pod względem cenowym wartość pozostałej części zamówienia i stanowi aż 91 % wartości zaoferowanej usługi. W ocenie Odwołującego, bezspornym jest, iż zaproponowany przez S&A Service Sp. z o.o., sposób kalkulacji ceny, nie wynika ze specyfiki świadczenia usługi sprzątnia powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych, a związany jest ze stawką podatku VAT od poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia i zniżeniem stawki za sprzątnie powierzchni wewnętrznych. Usługa sprzątnia powierzchni wewnętrznych objęta jest bowiem 23% stawką podatku VAT, a usługa sprzątnia terenów wokół obiektów stawką 8%. Konsekwencją powyższego działania S&A Service Sp. z o.o. jest więc zniżenie podatku VAT. S&A Service Sp. z o.o., przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliło na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W opinii Odwołującego, tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług nie może być, uznana jedynie za element kalkulacji. Tym samym w ocenie Odwołującego istnieją podstawy ku temu, aby przypisać S&A Service Sp. z o.o. popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W opinii Odwołującego, mimo tego, iż działanie S&A Service Sp. z o.o. nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to uzasadniona jest ich ocena w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 w/w ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zdaniem Odwołującego, okolicznością przesądzającą o naganności postępowania S&A Service Sp. z o.o. w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie S&A Service Sp. z o.o. utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26

września 2012 roku, Sygn. akt: KIO 1934/12, jak również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2787/11. Działanie S&A Service Sp. z o.o. wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zasada przygotowania i przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji jest jedną z naczelných zasad zamówień publicznych. Zobowiązuje ona Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Jest to zasada stanowiąca jeden z filarów całego systemu zamówień publicznych nie tylko w prawie polskim, ale innych krajów Unii Europejskiej. Drugą równie istotną, co zachowanie uczciwej konkurencji, zasadą jest zasada równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści przepisu art. 7 ust. 1 ustawy wynika, że na Zamawiającego nałożony został obowiązek przestrzegania przedmiotowych zasad w trakcie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - Zamawiający zobligowany jest do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia tegoż postępowania. W ocenie Odwołującego, za niezgodne z przedmiotowymi zasadami należy uznać działanie Zamawiającego, polegające na wyborze za najkorzystniejszą oferty S&A Service Sp. z o.o., która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 3 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 grudnia 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez*

zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W sprawie zostało złożone pismo Zamawiającego *Odpowiedź na odwołanie*, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wnosząc również o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3 600,00 zł.

Odwołujący wskazał, że oferta S&A Service Sp. z o.o., powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, wskazując, iż naruszony został art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta* a w związku z nieodrzuconiem oferty Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Na wstępie Izba wskazuje, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Niezmiennie, jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada uczciwej konkurencji. *Celem tej zasady jest chronienie sprawnie funkcjonującego rynku, „ma ona na celu zapobieżenie ograniczeniu swobody dostępu do rynku i przeciwdziałania wykorzystywaniu pozycji*

monopolistycznej na rynku, sprzyjające efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych. Konkurencja realnie sprzyja tworzeniu warunków do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty i pobudza uczestników do wzajemnego konkurowania. Gwarantuje podmiotom działającym na rynku zamówień publicznych najszerzą z możliwych swobodę działania i dokonywani wyboru". (Przemysław Szustakiewicz Zasady prawa zamówień publicznych str. 135). Zarzut, jaki stawia Odwołujący, dopuszczenia się przez S&A Service Sp. z o.o. czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 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., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26).

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący wskazał na naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które to naruszenie wynika z działania S&A Service Sp. z o.o. sprzecznego z dobrymi obyczajami nie odnosząc się od innych przepisów wymienionej wcześniej ustawy. Twierdzenia Odwołującego nie znajdują jednak żadnego uzasadnienia. Odwołujący poza postawionymi w odwołaniu założeniami i podtrzymanym stanowiskiem na rozprawie nie przedstawił żadnych dowodów, opierając swoje stanowisko na tym, że *Odwołujący powziął wątpliwości co do popełnienia przez S&A Service Sp. z o.o. czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezwprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezwprawnymi 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).* Oznacza to więc, że postawienie takiego zarzutu S&A Service Sp. z o.o. bezwzględnie wymagało od Odwołującego wykazania konkretnego, powoływanego przez Odwołującego naruszenia dobrych obyczajów oraz wykazanie zagrożenia jakie to naruszenie rodzi w interesie innego przedsiębiorcy, a tych to okoliczności Odwołujący nie wykazał. Odwołujący nie wywiódł z czym jest sprzeczne postępowanie S&A Service Sp. z o.o., nie wykazał, że zaoferowanie stawek jednostkowych za wykonywanie usługi wewnętrznych naruszyło dobre obyczaje kupieckie. W ocenie Izby, nie można działaniu S&A Service Sp. z o.o. przypisać sprzeczności z dobrymi obyczajami.

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 Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010*). Art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiąc klauzulę generalną wymaga od powołującego się na jej naruszenie szczególnego wykazania przesłanek umożliwiających dokonanie rzetelnej i prawidłowej oceny. Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, a w szczególności, gdy zarzut budowany jest w oparciu o naruszenie klauzuli generalnej, powinien być stwierdzony dowodami i absolutnie nie może opierać się tylko i wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości. S&A Service Sp. z o.o. w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykazała, na podstawie zawartej tam kalkulacji kosztów (odrębnej dla usług sprzątnięcia powierzchni zewnętrznych oraz usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych), że zaoferowane ceny wykonania zarówno usług sprzątnięcia powierzchni zewnętrznych jak i wewnętrznych w całości pokryły koszty własne ponoszone w wykonywaniu usługi a także przewidywały zysk. Odwołujący w żadnej sposób nie kwestionował tego faktu odnosząc się jedynie do poziomu procentowego założonego uzyskanego zysku.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu

danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). To na Odwołującym, który twierdził, że wykonawca S&A Service Sp. z o.o. złożyła ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji spoczywał obowiązek wykazania, naruszenia „dobrych obyczajów”, oraz naruszenia interesów innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,) na które powoływał się Odwołujący. Dopiero wykazanie spełnienia tych przesłanek mogłoby prowadzić do ziszczenia się przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Podsumowując, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami (kryterium oceny ofert – cena 100%) oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższego Izba ustaliła, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych, w tym zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
