

WYROK
z dnia 11 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2014 r. przez **wykonawcę - S. F. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F. S. "SERCE", ul. Harcerska 14B/3, 44-335 Jastrzębie-Zdrój**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Ośrodek Pomocy Społecznej, ul. Opolska 9, 44-335 Jastrzębie-Zdrój**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę – S. F. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F. S. "SERCE", ul. Harcerska 14B/3, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę - S. F. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F. S. "SERCE", ul. Harcerska 14B/3, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy – S. F. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą F. S. "SERCE", ul. Harcerska 14B/3, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz **zamawiającego – Ośrodka Pomocy Społecznej, ul. Opolska 9, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego, związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ośrodek Pomocy Społecznej, ul. Opolska 9, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług opiekuńczych”.

Zamawiający dnia 20 listopada 2014 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu m.in. oferty złożonej przez wykonawcę – S. F. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F. S. "SERCE", ul. Harcerska 14B/3, 44-335 Jastrzębie-Zdrój.

Dnia 24 listopada 2014 roku wykonawca – S. F. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F. S. "SERCE", ul. Harcerska 14B/3, 44-335 Jastrzębie-Zdrój (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt. 3 p.z.p. poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego wskutek przyjęcia, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy wnikliwa analiza oferty odwołującego nie daje podstaw do takich ustaleń,

- art. 91 ust. 1 p.z.p. poprzez wybór w postępowaniu oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w oparciu o przyjęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium oceny ofert oraz ich znaczenia, a to w konsekwencji bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego,

- art. 92 ust. 1 pkt. 2 p.z.p. poprzez niedostateczne uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego, bez wykazania okoliczności faktycznych, na których oparte zostało rozstrzygnięcie zamawiającego, co w rezultacie doprowadziło do błędnego przyjęcia przez zamawiającego, że oferta odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

- art. 7 ust. 1 p.z.p. przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- dokonanie ponownego badania i oceny niepodlegających odrzuceniu ofert z udziałem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że na skutek czynności zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem gdyby zamawiający bezpodstawnie nie odrzucił oferty odwołującego, oferta ta zostałaaby wybrana, jako najkorzystniejsza, gdyż zawierała najniższą cenę. Odwołując poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia pomimo faktu, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza ze względu na przyjęte kryterium oceny ofert.

Zamawiający, dnia 9 grudnia 2014 roku (pismem z dnia 8 grudnia 2014 r.), na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego jest organizowanie i świadczenie: - usług opiekuńczych (maksymalna liczba godzin zegarowych określonych przez zamawiającego - 32 140), - specjalistycznych usług opiekuńczych (maksymalna liczba godzin zegarowych określonych przez zamawiającego - 960), - specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi - (maksymalna liczba godzin zegarowych określonych przez zamawiającego - 2 829). W specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano kryterium oceny ofert oraz ich znaczenie. W postępowaniu oferty wykonawców oceniane były w odniesieniu do najkorzystniejszych warunków przedstawionych przez wykonawców w zakresie kryterium ceny. Zamawiający w specyfikacji w pkt. 14 zawarł opis sposobu obliczania ceny, z którego wynika m.in., że ceny podane w ofercie powinny zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący do oferty dołączył ogólną kalkulację stawek godzinowych (cen jednostkowych) za świadczenie usług opiekuńczych, specjalistycznych usług opiekuńczych oraz specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie przewidywała wymogu złożenia takiej kalkulacji.

Zamawiający pismem z dnia 12 listopada 2014 r. na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia szeregu szczegółowych wyjaśnień.

Odwołujący pismem z dnia 13 listopada 2014 r. odpowiedział na wezwanie zamawiającego wskazując m.in., że „Ewentualne nieprzewidziane wydatki związane z dojazdami poniesie firma” oraz „Firma zakłada, iż zysk za realizację zamówienia wyniesie ok. 9,61 %”.

Zamawiający pismem z dnia 20 listopada 2014 roku poinformował odwołującego, iż odrzucił jego ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem zamawiającego wszystkie składniki kalkulacji wzięte razem, wskazują jednoznacznie, w sposób nie budzący wątpliwości i niezaprzeczalnie, że wykonawca nie będzie miał żadnego zysku z realizacji zamówienia bowiem suma iloczynów stawki godzinowej za podstawowe usługi opiekuńcze i liczbie godzin oraz stawki za specjalistyczne usługi opiekuńcze i liczbie godzin oraz stawki za specjalistyczne usługi opiekuńcze dla osób z zaburzeniami psychicznymi i liczbie godzin stanowi 100% ceny oferty (kwotę 413 264,40 PLN). Ponadto, odliczając od oferty należny podatek dochodowy oraz obciążające wykonawcę składki ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, zamawiający uznał, iż wykonawca sprzedaje usługę poniżej kosztów jej świadczenia. Zysk kalkulowany w cenie nie jest przeznaczony jedynie na pokrycie ponoszonych przez wykonawcę nakładów związanych z wykonawstwem usług, lecz stanowi on założoną w cenie nadwyżkę przychodów pieniężnych nad kosztami. Jest to dochód wykonawcy, z którego pokrywa on między innymi:

- zobowiązania wobec budżetu państwa z tytułu podatków,
- wydatki związane z rozwojem przedsiębiorstwa,
- ewentualne straty i szkody wynikłe z ryzyka związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Zdaniem zamawiającego, realizacja takiego zamówienia nie pozwala na utrzymanie rentowności firmy przy zaoferowanej cenie.

Zamawiający podniósł, iż dopuszczenie do udziału w postępowaniu przetargowym oferty „bez zysku” wymusza bowiem na innych wykonawcach także konieczność rezygnacji z (minimalnych choćby) zysków, o ile chcą oni skutecznie konkurować z taką ofertą. Jest to zatem - z definicji - „czyn nieuczciwej konkurencji”. Tego typu postępowanie wykonawcy (ale także zamawiającego) godzi w samą ideę prowadzenia działalności gospodarczej, której istotą jest osiągnięcie zysku. Wypracowywanie zysków kontraktowych - poza innymi celami - jest niezbędne i konieczne dla wykonawcy także ze względu na ponoszone ryzyko działalności gospodarczej zaoferowana cena spowoduje powstanie strat finansowych po

stronie wykonawcy. Ustawa - Prawo zamówień publicznych rozstrzyga, co do zasady, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w celu wyłonienia wykonawcy, który wykona cały przedmiot zamówienia ODPŁATNIE, nadto (co jest nie mniej istotne) za cenę nie niższą niż całkowity koszt jego wytworzenia lub świadczenia.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego i wnosząc przedmiotowe odwołanie podniósł, że gdyby zamawiający szczegółowo przeanalizował załączone do oferty kalkulacje i wyjaśnienia odwołującego doszedłby do wniosków odmiennych. Odwołujący podniósł, że cena podana w ofercie zawiera koszty, zakłada również osiągnięcie zysku. W załączonych do oferty kalkulacjach koszty określone zostały ogólnie i zawierają zarówno ewentualne nieprzewidziane wydatki, koszty te nigdy nie okazały się wyższe od zakładanych. Odwołujący podniósł, że właścicielem firmy, a jednocześnie zleceniodawcą w umowach cywilnoprawnych zawieranych w celu realizacji usług jest osoba pozostająca na emeryturze. Składki ZUS związane z prowadzeniem działalności są zwolnione z opłacania składek społecznych dla właściciela i opłacana jest jedynie składka zdrowotna. W odniesieniu do kosztów podnieść również należy, że odwołujący we własnym zakresie prowadzi sprawy związane z rachunkowością, co zdecydowanie zmniejsza koszty. Ponadto zamawiający pominął w ocenie specyfikę przedmiotu zamówienia. Działalność w świadczeniu usług opiekuńczych w zasadzie nie powoduje nieprzewidzianych kosztów. Zamawiający wypłaca wykonawcy wynagrodzenie za każdą przepracowaną godzinę u chorego. Wykonawca zatem ponosi jedynie koszty rzeczywiście wypracowane przez jego zleceniobiorców. Jedynymi możliwymi kosztami w prowadzeniu tej działalności są koszty wymienione w kalkulacji stawek. Brak zatem podstaw do przyjęcia, aby podane przez odwołującego ceny nie zawierały wszystkich niezbędnych elementów. Co więcej zdaniem odwołującego, zamawiający odrzucił jego ofertę błędnie przyjmując, że użyte przez odwołującego w kalkulacjach sformułowanie stawka godzinowa (zegarowa) dotyczy wyłącznie stawki wynagrodzenia dla pracownika - czemu odwołujący stanowczo zaprzecza. Odwołujący określił stawkę za podstawowe usługi opiekuńcze - na kwotę 10,95 zł, stawkę za specjalistyczne usługi opiekuńcze - na kwotę 13,79 zł, stawkę za specjalistyczne usługi opiekuńcze dla osób z zaburzeniami psychicznymi - na kwotę 17,00 zł. Te wyżej wskazane poszczególne kwoty to oferowane ceny jednostkowe za godzinę poszczególnej usługi wykonanej dla zamawiającego przez odwołującego. W skład tak podanych cen wchodzi przewidziane wynagrodzenie dla pracowników oraz koszty i zakładany zysk. Odwołujący do odwołania załączył nowe kalkulacje wskazując, że nie zawierają żadnych nowych elementów, a zawierają arytmetyczne porównanie poszczególnych składników tworzących cenę. Z załączonych do odwołania kalkulacji oraz ze złożonych wyjaśnień w dniu 13.11.2014 r. wynika, że w rezultacie działalności odwołujący osiągnie zysk. Odwołujący podniósł, że

zamawiający dokonując oceny oferty winien brać pod uwagę cenę całego przedmiotu zamówienia nie zaś poszczególnych składników ceny. Ponadto zamawiający niedostatecznie uzasadnił czynność odrzucenia oferty odwołującego, bez wykazania okoliczności faktycznych, na których oparte zostało rozstrzygnięcie zamawiającego, co w rezultacie doprowadziło do błędnego przyjęcia, że oferta odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie brak podstaw do przyjęcia, że oferta odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Dla takiego ustalenia niezbędne byłoby wykazanie, iż działanie wykonawcy wyczerpuje znamiona tego czynu określone przepisami, na które powołuje się zamawiający. Oznacza to, że uznanie określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga jednoczesnego wypełnienia znamienia działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami oraz ustalenia, iż działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z powyższych względów, a także przez wskazane w uzasadnieniu sprzeczności zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby istniały przesłanki wymienione w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższych okoliczności, zdaniem odwołującego, brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumenty złożone przez zamawiającego wraz z pismem procesowym – odpowiedzią na odwołanie oraz kopię „Formularza Oferty” odwołującego, złożonego w postępowaniu w roku 2013.

Pozostałe zgłoszone dowody, Izba oddaliła stwierdzając, iż dowody powyższe nie służą ustaleniu prawidłowego stanu faktycznego w sprawie.

Izba zważyła, co następuje.

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

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, stwierdzając, że zarzuty odwołującego są bezzasadne, a czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego, jako znajdującą swoją podstawę prawną w przepisach.

Odwołujący zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podniósł, że badanie przez zamawiającego kalkulacji stawek godzinowych za świadczenie usług opiekuńczych było bezpodstawne, gdyż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie

przewidywała przedłożenia takowego dokumentu. Izba podkreśla, że treść oferty należy rozumieć, jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść składa się nie tylko sam formularz oferty (czy ściśle wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dokumenty (np. plany, opisy, rysunki, projekty, kalkulacje, kosztorysy itp.). Treść oferty stanowi o istotnych postanowieniach przyszłej umowy, a więc odnosi się do przedmiotu zamówienia oraz ceny za jego realizację.

Zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego, do którego odsyła przepis art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych (do czynności podejmowanych przez zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajdują wprost zastosowanie przepisy Kodeksu Cywilnego), oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy (art. 66 ust. 1 k.c.), a treść oferty należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których została złożona, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k.c.). Celem złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez wykonawcę jest uzyskanie tego zamówienia, a następnie jego wykonanie. Oferta odwołującego jest więc oświadczeniem woli złożonym w określonych okolicznościach i w bardzo konkretnym celu, jego treścią jest wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w s.i.w.z.

W ocenie Izby dokonane przez odwołującego wyliczenia wskazują jednoznacznie, iż oferta została wyceniona nie tylko bez uwzględnienia zysku i kosztów pobocznych, ale poniżej kosztów własnych. Oferta taka stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.).

Zgodnie z przedmiotowym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Cena przedmiotowej oferty została określona poniżej rynkowych kosztów wykonania zamówienia.

Artykuł 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, tj. takie zaniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy - straty (sprzedaż ze stratą).

Z treści kalkulacji przedłożonych do oferty wynika, że odwołujący w żadnym miejscu nie uwzględnił: m.in. zysku, marży, dodatkowych nieprzewidzianych kosztów związanych z realizacją zamówienia, a następnie w wyjaśnieniach pisze „...*Ewentualne nieprzewidziane wydatki związane z dojazdami poniesie firma...*”, „...*Firma zakłada, iż zysk za realizację zamówienia wyniesie około 9,61%*”.

Zgodnie z kalkulacjami stanowiącymi treść oferty, koszty obsługi zostały wliczone w koszty osobowe stawki godzinowej pracowników, natomiast w kalkulacji załączonej do odwołania koszty obsługi zostały wyliczone odrębnie, jako comiesięczny koszt ponoszony przez wykonawcę. Różnice te potwierdzają okoliczność, iż odwołujący w ofercie faktycznie nie uwzględnił dodatkowych kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia.

W ocenie Izby, kalkulacje przedłożone do odwołania stanowią jedynie linię obrony odwołującego przed odrzuceniem jego oferty i w żadnym razie nie odzwierciedlają faktycznych kosztów skalkulowanych przez wykonawcę. Wskazać należy, iż ze zmienionych kalkulacji wynika, że specjalistyczne usługi opiekuńcze nie wygenerują zysku, wręcz przeciwnie przyniosą stratę na poziomie ok 1600 zł.

Ponadto podnieść należy, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia prowadzą działalność gospodarczą, która z założenia jest działalnością nastawioną na osiągnięcie zysku. Zamawiający, badając ofertę, w której to wykonawca nie uwzględnił żadnego zysku godzi w uzasadnione interesy pozostałych, innych wykonawców, którzy właśnie po to prowadzą działalność gospodarczą, aby generować „zyski”, zarabiać na niej.

Wynagrodzenie należne wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia zakłada uzyskanie zysku przez wykonawcę. Jest to jedna z podstawowych zasad prowadzenia działalności gospodarczej - zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 672, z późn. zm.), działalność taka jest działalnością zarobkową. Działalność ma element zarobkowości, gdy przynosi dochód. Przez dochód rozumie się nadwyżkę przychodów nad kosztami, tj. zysk. Wyłączenie przez zamawiającego możliwości uzyskania zysku przez wykonawcę przy realizacji zamówienia nie znajduje podstaw prawnych, a wręcz przeciwnie stoi w sprzeczności z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej oraz ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Dopuszczenie do udziału w postępowaniu oferty „bez zysku” wymusza bowiem na innych wykonawcach także konieczność rezygnacji z (minimalnych choćby) zysków, o ile chcą oni skutecznie konkurować z taką ofertą. Jest to zatem, z definicji „czyn nieuczciwej konkurencji”. Tego typu postępowanie wykonawcy godzi w samą ideę prowadzenia działalności gospodarczej, której istotą jest osiągnięcie zysku. Wypracowywanie zysków kontraktowych, poza innymi celami, jest niezbędne i konieczne dla wykonawcy także ze względu na ponoszone ryzyko działalności gospodarczej. Dodatkowo przepis art. 17 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej stanowi, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych 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. Ustawa Pzp rozstrzyga, co do zasady, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w celu wyłonienia wykonawcy, który wykona cały przedmiot zamówienia odpłatnie, nadto (co jest nie mniej istotne) za cenę nie niższą niż całkowity koszt jego wytworzenia lub świadczenia.

Istotą sprawy było więc rozstrzygnięcie, czy opisane postępowanie odwołującego jest czynem nieuczciwej konkurencji, tj. czy jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz czy narusza interesy innego przedsiębiorcy poprzez utrudnianie dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Izba podziela pogląd prezentowany w wyroku z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, gdzie Izba wskazała, że *„Naruszenie prawa dotyczy nie tylko przepisów wskazanych w u.z.n.k., lecz także norm obowiązujących w całym systemie prawa, w tym prawa cywilnego, prawa o swobodzie działalności gospodarczej 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 wystarczy ustalenie, działalność owemu interesowi zagraża.”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 I ACa 1103/06).

Zdaniem Izby, oferowanie ceny za realizację usług poniżej kosztów narusza prawo oraz dobre obyczaje. Celem działania odwołującego nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabiegiem matematycznym, by uzyskać jak największą ilość punktów w kryterium ceny. Oznacza to, że inni przedsiębiorcy, którzy podobnej operacji rachunkowej nie dokonali, a zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego wliczyli wszelkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia wynikające z rodzaju usług lub ich możliwości

finansowych, znaleźli się w sytuacji znacznie gorszej. Oczywistym jest więc, że działania odwołującego utrudniały im dostęp do rynku.

Za bezzasadne Izba uznała stanowisko odwołującego w odniesieniu do przesłanki art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k. Jak bowiem wskazał 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.*”. Ponadto Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 października 2008 r. w sprawie IX GC 159/08 stwierdził, iż „*Wykładnia językowa określenia "w szczególności" użytego w art. 3 ust. 2, jak i w art. 15 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.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo uznał, iż oferowanie ceny bez zysku oraz bez uwzględnienia niezbędnych kosztów w cenie jest oderwane od wartości rynkowej otrzymanego w zamian świadczenia, a więc nie jest normalnym przejawem walki konkurencyjnej, a więc należało uznać takie zachowanie za próbę eliminacji innych wykonawców z danego rynku. W przedmiotowym stanie faktycznym, logicznie i racjonalnie można wytłumaczyć działanie odwołującego jedynie przypisując zamiar oraz działanie w celu takiego skonstruowania ceny oferty, dokonując nierzetelnej wyceny zamówienia, aby zdobyć przewagę konkurencyjną. Cena bez kosztów i zysku oderwana od kosztów faktycznych ponoszonych przez przedsiębiorców, stanowiła jedynie element kalkulacji czysto matematycznej, by uzyskać jak najwyższą ocenę punktową oferty. Celem działania nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę konkurencyjną, któremu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala przeciwdziałać także na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, przez odrzucenie oferty.

Reasumując Izba stwierdziła, że przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a następnie przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wymagają przestrzegania w obrocie gospodarczym zasad uczciwej konkurencji. Nakazują bowiem 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, które eliminują takie zagrożenia.

Zamawiający prowadząc działalność w zakresie pomocy społecznej realizuje zarówno interes publiczny jak i jest wyrazicielem zbiorowego interesu konsumentów korzystających z tych usług. Biorąc powyższe pod uwagę, jedynie uczciwe działania wykonawców podlegają ochronie prawnej, a do takich nie można było zaliczyć zachowania się odwołującego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 poprzez niedostateczne uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego, bez wykazania okoliczności faktycznych, na których oparte zostało rozstrzygnięcie zamawiającego, co w rezultacie doprowadziło do błędnego przyjęcia przez zamawiającego, że oferta odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Wskazać bowiem należy, iż w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający zgodnie z art. 91 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podał zarówno podstawę prawną jak i uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiący o podstawie uznanie oferty za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej w uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał art. 3 tej ustawy oraz w szczególności art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k.

W konsekwencji uznania ww. zarzutów za niezasadne, Izba za bezpodstawne uznała zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, iż czynności zamawiającego dokonywane były z poszanowaniem praw wszystkich wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, a wybór oferty najkorzystniejszej dokonała się w zgodzie z obowiązującymi przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

Przewodniczący: