

Poznań, dnia 10 czerwca 2020 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**Krajowa Izba Odwoławcza**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**  
tel. 22 458 78 40, faks: 22 458 78 00  
e-mail: odwołanie@uzp.gov.pl

**Odwołujący:**

**Roman Dębowski**

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

**ESCO PROJEKT Roman Dębowski**

ulica Maksymiliana Małachowskiego 1 / 107

05-270 Marki

NIP: **7181716503**

e-mail: biuro@escoprojekt.pl

którego reprezentuje radca prawny

Waldemar Żubka

(adres do korespondencji: Kancelaria Radców Prawnych

NOMOS Zmierczak Żubka Spółka Partnerska

ulica Malwowa 5, 60-175 Poznań)

**Zamawiający:**

**Gmina Wyszki**

ul. Piórkowska 2, 17-132 Wyszki

tel. +48 87 730 58 90 fax: +48 85 730 58 99

e-mail: ug\_wyszki@post.pl

**Dotyczy: postępowania nr IGK.271.2.2020 ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych 08 kwietnia 2020 roku pod nr 530367-N-2020 pn.: Rozwój Gminy Wyszki dzięki produkcji energii elektrycznej na potrzeby własne poprzez instalacje fotowoltaiczne**

## **ODWOŁANIE**

**wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8**

**ustawy Pzp na dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych w zamówieniu pn.: „Rozwój Gminy Wyszki dzięki produkcji energii elektrycznej na potrzeby własne poprzez instalacje fotowoltaiczne”**

Działając w imieniu Odwołującego - wykonawcy Romana Dębowskiego prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ESCO PROJEKT Roman Dębowski - na podstawie przepisów art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843, dalej: „ustawa Pzp”) niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. postępowaniu prowadzonym w celu wyboru wykonawcy dostawy o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. o wartości mniejszej niż 214.000,00 euro w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiającemu zarzucam następujące naruszenia przepisów ustawy Pzp:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp tj. i art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2019r., poz. 1010; dalej: ustawa ZNK), tj. zasady przejrzystości przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców przez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 10 ust. 1 ustawy ZNK i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp i art. 14 ust. 1 ustawy ZNK, tj. zasady przejrzystości przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców przez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 14 ust. 1 ustawy ZNK i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy PZP, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na przeprowadzeniu oceny podmiotowej Odwołującego w kategoriach jego bliżej nieokreślonej zdolności biologicznej do wykonania zaoferowanych świadczeń oraz nieopisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium odległości od miejsca świadczenia i przez to zaniechaniu badania i oceny oferty Odwołującego w

oparciu o kryteria przedmiotowe oceny ofert określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę wyżej wskazane zarzuty wnoszę o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej 05 czerwca 2020 roku;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

### **Wykazanie interesu we wniesieniu odwołania**

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która, gdyby nie została bezpodstawnie odrzucona przez Zamawiającego jako stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji, to uzyskałaby w wyniku oceny ofert opartej o kryteria oceny ofert określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, największą liczbę punktów spośród pozostałych ważnych, nieodrzuconych ofert. Oferta Odwołującego, w przypadku poddania jej ważeniu wraz z pozostałymi ważnymi ofertami na podstawie kryteriów oceny ofert opisanymi w rozdziale 14 SIWZ uzyskałaby punktację na poziomie 83,24 punktów łącznie we wszystkich kryteriach i w konsekwencji uplasowałaby się na pierwszym miejscu. W przypadku wszystkich pozostałych i nieodrzuconych ofert wraz z ofertą Odwołującego ranking ofert wyglądałby następująco (w kolejności malejącej), tj. ofert wraz ofertą Odwołującego pozostałe nieodrzucone oferty uzyskałby następujące punktacje:

- 83,24 punktów - oferta złożona przez Odwołującego ESCO PROJEKT Roman Dębowski z Marek;
- 71,93 punktów - oferta złożona przez Sungrant Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku;
- 71,77 punktów - oferta złożona przez EL-STAW Adam Stawiecki z Siemiatycz;
- 56,64 punktów - oferta złożona przez Eko-Solar Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością z siedzibą w Namysłowie.

Biorąc pod uwagę powyższe, na skutek błędnej i bezpodstawnej decyzji Zamawiającego została odrzucona najkorzystniejsza oferta Odwołującego. Rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej

znoszące niezgodne z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego dokonane w toku przedmiotowego postępowania, a w szczególności przy okazji oceny okoliczności mających wpływ na ocenę ofert w kryteriach pozacenowych, doprowadzi do unieważnienia wadliwych czynności badania i oceny ofert oraz do wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Unicastwienie tego skażonego licznymi błędami rozstrzygnięcia obrażającego podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych i powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zgodzie z wymogami ustawy PZP i na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia leży w oczywisty sposób w interesie Odwołującego, bowiem musi skutkować uznaniem jego oferty za najkorzystniejszą. Jedynie nieprawidłowe działania i zaniechania ze strony Zamawiającego spowodowały, że oferta Wykonawcy Esco Projekt Roman Dębowski została odrzucona z przedmiotowego postępowania i w konsekwencji nie została uznana za najkorzystniejszą.

W interesie każdego wykonawcy jest, aby zamówienia publiczne udzielane były zgodnie z przepisami prawa oraz przy zachowaniu uczciwej konkurencji, równego traktowania, poszanowania zasady przejrzystości postępowania oraz jawności postępowania. Procedując przedmiotowe postępowanie, Zamawiający dopuścił się rażących naruszeń zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. W przypadku pozostawienia wyboru Zamawiającego bez zaskarżenia odwołaniem Odwołujący poniósłby szkodę w postaci nie uzyskania przedmiotowego zamówienia, co skutkowałoby pozbawieniem go przychodów, referencji oraz zysku skalkulowanego w ofercie oraz pozbawienia go szansy konkurencji o przedmiotowe zamówienie na równych i jasnych zasadach, które nie dopuszczają uznaniowości Zamawiającego.

### **Wykazanie dotrzymania terminu na wniesienie odwołania**

Odwołujący informację o rozstrzygnięciu postępowania uzyskał 05 czerwca 2020 roku, kiedy to Zamawiający przesłał mu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty drogą elektroniczną wraz z informacją o odrzuceniu jego oferty i jednocześnie zamieścił stosowną informację na stronie internetowej. Stwierdzić zatem należy, iż niniejsze Odwołanie wniesione zostaje z zachowaniem pięciodniowego terminu przysługującego Odwołującemu na jego wniesienie.

## UZASADNIENIE:

### I. Stan faktyczny spraw

Zamawiający wszczął skarżone postępowanie 08 kwietnia 2020 roku przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na swojej stronie internetowej. Zamawiający w rozdziale 14 SIWZ (*Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe w obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego*) wskazał, iż przy wyborze ofert będzie się kierował następującymi kryteriami oceny oraz ich znaczeniem:

- (C) cena – 35%,
- (P) Produktywność– 15%,
- (Gjb) długość okresu gwarancji jakości na roboty budowlano-montażowe w miesiącach– 10%,
- (CR) czas reakcji grupy serwisowej na wypadek awarii rozumiany jako liczony w godzinach czas potrzebny grupie serwisowej na dojazd oraz przystąpienie do naprawy awarii w miejscu wybudowania elektrowni fotowoltaicznej – 10%
- (Gji) długość okresu gwarancji jakości na inwertery wyrażona w pełnych miesiącach - 10%;
- (Tr) Termin realizacji liczony w dniach – 10%;
- (Gjk) Długość okresu gwarancji jakości na zabezpieczenie przeciw korozji wybudowanej konstrukcji wsporczej, wyrażona w pełnych miesiącach - 5%;
- (Gjp) Długość okresu gwarancji jakości na panele fotowoltaiczne wyrażona w pełnych miesiącach– 5%.

Sposób liczenia punktacji Zamawiający określił dla każdego z kryteriów przez określenie algorytmu polegającego na porównaniu zaoferowanego wskaźnika kryterium w ofercie ważonej oraz najkorzystniejszego zaoferowanego wskaźnika kryterium spośród ważnych, nieodrzuconych ofert przemnożonego przez wagę danego kryterium. Zamawiający wskazał, że udzieli zamówienia temu wykonawcy, którego oferta uzyska najwyższą ilość punktów w ostatecznej ocenie punktowej za przedmiot zamówienia.

17 kwietnia 2020 roku Zamawiający dokonał otwarcia sześciu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu przez wykonawców: El-Staw Adam Stawecki z Siemiatycz, Esco Projekt Roman Dębowski z Marek, Elpro Handel i Usługi Elektryczne Agnieszka Prokopiuk z Krupników, Coral W. Perkowski, J. Perkowski Spółka Jawna z Choroszczy, Eko-Solar Sp. z

Ograniczoną Odpowiedzialnością z siedzibą w Namysłowie oraz Sungrant Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku.

05 czerwca 2020 roku Zamawiający upublicznił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego i ofert Elpro Handel i Usługi Agnieszka Prokopiuk z Krupników i Coral W. Perkowski, J. Perkowski Spółka Jawna z siedzibą w Chroszczy. Odrzucenie pozostałych dwóch ofert było spowodowane niewyrażaniem przez tych wykonawców zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający uzasadnił uznaniem jej za czyn nieuczciwej konkurencji wskazując, iż jej złożenie naruszyło zapisy art. 10 ust. 1 ustawy ZNK oraz 14 ust. 1 ustawy ZNK.

Uzasadniając swoją decyzję o uznaniu oferty odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał – w zakresie art. 10 ust. 1 ustawy ZNK, że:

- wskazanie terminów gwarancji wynoszących 420 miesięcy, zatem 35 lat, jest niemożliwe do realizacji przez wykonawcę prowadzącego osobiście działalność gospodarczą, co do którego zasady doświadczenia życiowego wskazują w sposób oczywisty, z przyczyn biologicznych, że nie jest w stanie utrzymać przez tak długi okres swojej aktywności gospodarczej, a przez to wykonywać obowiązków gwarancyjnych;
- wskazanie 1-godzinnego czasu reakcji grupy serwisowej pomimo tego, że CEIDG ma co prawda wpisane jako miejsce prowadzenia działalności Konarzyce w Gminie Łomża, ale czas dojazdu z tamtego miejsca do Wyszek – 88 km wynosi nawet w dzień świąteczny 1 godz. 16 min., a z siedziby firmy w Markach co najmniej 178 km – 2 godziny.

W zakresie wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 14 ust. 1 ustawy ZNK Zamawiający wskazał, że Odwołujący miał wypełnić je przez oferowanie okresu gwarancji przy świadomości, że z przyczyn jw. (*przyczyn biologicznych – przypis Odwołującego*) nie jest w stanie spełnić jej warunków oraz przez składanie oświadczeń o możliwości reakcji serwisu w czasie 1 godziny pomimo braku takiej możliwości ze względu na siedzibę wykonawcy i braku wskazania, na czyich zasobach mógłby ewentualnie bazować.

## **II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp tj. i art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o**

**zwalczeniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2019r., poz. 1010; dalej: ustawa ZNK) zasady przejrzystości przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców przez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 10 ust. 1 ustawy ZNK i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;**

Sąd Najwyższy odnosząc się do uznawania działań za czyny nieuczciwej konkurencji wskazał w wyroku z 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01, że uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowanie go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowo ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy (ZNK).

Zamawiający zarzucił ofercie Odwołującego, że przez zaoferowanie w kryteriach: (Gjb) długość okresu gwarancji jakości na roboty budowlano-montażowe (Gji) długość okresu gwarancji jakości na inwertery - wartość 420 miesięcy oraz w kryterium (CR) czas reakcji grupy serwisowej na wypadek awarii rozumiany jako liczony w godzinach czas potrzebny grupie serwisowej na dojazd oraz przystąpienie do naprawy awarii w miejscu wybudowania elektrowni fotowoltaicznej – wartości 1 godzina, wypełnił znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisane w art. 10 ust. 1 ustawy ZNK. Zgodnie z brzmieniem art. 10 ust. 1 ustawy ZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Zatem Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że oferując 420 miesięczną gwarancję na roboty montażowo-budowlane zamierzał wprowadzić w błąd Zamawiającego co do możliwości naprawy, konserwacji albo innych istotnych cech towarów lub usług, a więc świadczeń w ramach gwarancji przez zaoferowany okres 35 lat. Wprowadzenie w błąd Zamawiającego uzasadnił domniemaną przez siebie, wynikającą z doświadczenia życiowego, niemożliwością prowadzenia osobiście przez Wykonawcę osobiście działalności gospodarczej przez kolejne 35 lat z przyczyn biologicznych.

Biorąc pod uwagę uzasadnienie swojej decyzji należy wskazać, że Zamawiający usiłując wykazać spełnienie przesłanki wprowadzającego w błąd oznaczenia towarów lub usług

będących przedmiotem oferty w zakresie możliwości ich naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów w ogóle nie odniósł się do przedmiotu oferty, ale do domniemyanych cech Odwołującego. Co prawda Zmawiający nie wyeksplikował, co miał na myśli przez przyczyny biologiczne niemożliwości świadczenia gwarancji przez Odwołującego, niemniej w ocenie Zamawiającego owe przyczyny biologiczne w sposób oczywisty uniemożliwią Odwołującemu osobiste prowadzenie działalności gospodarczej przez okres zaoferowanej gwarancji trzydziestu pięciu lat. Biorąc pod uwagę to nie do końca jasne uzasadnienie należy uznać, że Zamawiający uznał „na podstawie doświadczenia życiowego”, że przyczyny biologiczne uniemożliwią Odwołującemu osobiste świadczenie usług gwarancji.

Po pierwsze należy tu wskazać, że Zamawiający nie odniósł się tu do cech przedmiotu zamówienia – oferowanego okresu gwarancji dla zamawianych instalacji fotowoltaicznych, których dostawa i montaż jest przedmiotem oferty, a czego wymaga zapis art. 10 ust. 1 ZNK. Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy ZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, czyli oświadczenia o towarach lub usługach, nie zaś cechy biologiczne przedsiębiorcy. Zatem chcąc wykazać wprowadzające w błąd oświadczenie o towarach lub usługach Zamawiający powinien wykazać, że oferowane instalacje nie nadają się do naprawy lub konserwacji przez okres 35 lat. Tym czasem Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że biologicznie nie będzie zdolny osobiście do świadczenia czynności składających się na świadczenia gwarancyjne z uwagi na nieokreślone przyczyny biologiczne. Abstrahując od oderwania ww. oceny dokonanej przez Zamawiającego od przedmiotu świadczenia/zamówienia należy wskazać, że ani z zapisów SIWZ, ustawy PZP czy istoty umowy mającej za przedmiot wykonanie trzech siłowni fotowoltaicznych nie wynika, że Wykonawca na sam osobiście świadczyć wykonanie przedmiotu zamówienia oraz wynikające z oferty usługi gwarancyjne, bowiem istotą świadczenia nie jest wykonywanie czynności czy dzieła wymagającego wyjątkowo indywidualnych zdolności jak namalowanie, obrazu wykonanie rzeźby czy skomponowanie utworu muzycznego. Przedmiot świadczenia wymaga wiedzy technicznej a nie wiedzy tajemnej czy indywidualnych wyjątkowych talentów, zatem Odwołujący w wykonaniu przedmiotu zamówienia może posługiwać się osobami trzecimi w osobach podwykonawców czy pracowników.

Nie wiadomo skąd Zamawiający czerpał wiedzę o stanie „zdolności biologicznej” Odwołującego do wykonania zamówienia, Zamawiający tego nie wyjaśnia. Biorąc pod uwagę zupełną dowolność, uznaniowość oraz niewskazane źródło informacji, z którego Zamawiający czerpał wiedzę o stanie „zdolności biologicznej” Odwołującego, to trudno polemizować w tej kwestii z



Zamawiającym. Jednak jeśli podstawy i zasady dokonywania ocen przy procedowaniu tak ważkich decyzji Zamawiającego w postępowaniu są tak niejasne, zupełnie nieokreślone, to procedowanie tego postępowania obarczone jest w istotnym zakresie zupełnym brakiem przejrzystości. Najistotniejsze jest jednak, że ten bliżej nieokreślony „brak zdolności biologicznej” jest cechą Odwołującego jako osoby fizycznej, bowiem przedmiot zamówienia nie jest obdarzony biologią, zatem Zamawiający nie podołał wykazaniu w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego znamienia czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 10 ust. 1 ustawy ZNK polegającego na wprowadzającym w błąd oznaczeniu produktu lub usług. Czyli Zamawiający nie wykazał wprowadzającego w błąd oświadczenia oferty o przedmiocie zamówienia (przedmiocie świadczenia wykonawcy). Należy tu podkreślić, że zastosowana przesłanka „biologicznej zdolności” nie tylko jest nietrafna, bowiem nie odnosi się do przedmiotu zaoferowanego świadczenia, jak tego wymaga zapis art. 10 ust. 1 ustawy ZNK, ale jest wyjątkowym jaskrawym przykładem dyskryminacji polegającej na wykluczeniu z uwagi na zakładany wiek Odwołującego. Do tego dochodzi fakt, iż z dokumentów postępowania nie wynika, czy i jak Zamawiający badał pozostałych wykonawców pod kątem ich „zdolności biologicznej”; szczególnie zaciekawienie budzi kwestia, jak Zamawiający badał „zdolność biologiczną” wykonawcy, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą – Sungrant Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością, czyli jak zbadał biologię bytu prawnego w postaci osoby prawnej, bowiem aby wypełnić dyrektywę równego traktowania wykonawców w postępowaniu badania takiego winien dokonać.

Podobnie rzecz się ma z zaoferowanym przez Odwołującego w kryterium (CR) Czas reakcji grupy serwisowej czas 1 godziny. Zamawiający uznał, że skoro miejsca prowadzenia przez Odwołującego działalności gospodarczej oddalone są od siedziby Zamawiającego - miejscowości Wyszki - o 88 km oraz o 179 km, to biorąc pod uwagę czas potrzebny na dojazd z miejsc prowadzenia działalności gospodarczej przez Odwołującego do miejscowości Wyszki niemożliwe jest dotarcie grupy serwisowej w zaoferowanym czasie 1 godziny. Trzeba tu podkreślić, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, również zaoferował w kryterium CR Czas reakcji grupy serwisowej czas 1 godziny. Po pierwsze należy wskazać, że Zamawiający nie określił w SIWZ ani żadnym innym dokumencie postępowania metody czy narzędzia weryfikowania zaoferowanego przez wykonawców czasu dojazdu; nie wiadomo też jak określił czas dojazdu z miejsc prowadzenia działalności gospodarczej Odwołującego do miejscowości Wyszki, bowiem nie wynika to z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Nie jest też wiadomo, skąd powziął Zamawiający informację o miejscu, z którego ma operować

grupa serwisowa Odwołującego oraz jakim środkiem przemieszczania będzie dysponowała, bowiem w toku postępowania nie było to przedmiotem wyjaśnień ani wymaganą treścią oferty. Nie wiadomo nic na temat tego, czy i jak Zamawiający weryfikował oferty pozostałych wykonawców w zakresie kryterium (CR) czasu dojazdu grupy serwisowej. W końcu należy wskazać, że serwis gwarancyjny wcale nie musi być świadczony przez Odwołującego w ramach jego przedsiębiorstwa a może być przedmiotem zlecenia, co jest powszechne w dziedzinie usług. To wszystko świadczy o zupełnym braku przejrzystości podejmowanych przez Zamawiającego czynności oraz drastycznie nierównym traktowaniu wykonawców. Najistotniejsze jednak tu jest, że Zamawiający poddał ocenie i badaniu w tej kwestii właściwość podmiotową Odwołującego w postaci odległości miejsc wykonywania działalności gospodarczej Odwołującego od siedziby Zamawiającego. Tym samym nie można uznać, że w kwalifikacji prawnej Zamawiający podołał wykazaniu wypełnienia przez Odwołującego znamienia czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 10 ust. 1 ustawy ZNK polegającego na wprowadzającym w błąd oznaczeniu towarów lub usług, bowiem Zamawiający nie poddał badaniu oświadczenia Odwołującego w zakresie kryterium CR czyli cechy zaoficerowanej dostawy, ale cechą podmiotową Odwołującego (jego przedsiębiorstwa) w postaci odległości miejsc poradzenia działalności od siedziby Zamawiającego i swoje wyobrażenie w związku tym o ofercie Odwołującego, czym naruszył sposób rażąco rażąco podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone ustawą PZP.

**III. Zarzut naruszenia naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp i art. 14 ust. 1 ustawa ZNK, tj. zasady przejrzystości przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców przez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 14 ust. 1 ustawy ZNK i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego**

Art. 14 ust. 1 ustawy ZNK stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że Odwołujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji opisany ww. przepisem przez oferowanie okresu gwarancji przy świadomości, że z przyczyn jw. (*przyczyn biologicznych – przypis Odwołującego*) nie jest w

stanie spełnić jej warunków oraz przez składanie oświadczeń o możliwości reakcji serwisu w czasie 1 godziny pomimo braku takiej możliwości ze względu na siedzibę wykonawcy i braku wskazania, na czyich zasobach mógłby ewentualnie bazować.

Biorąc pod uwagę, że uzasadnienie faktyczne uznania przez Zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji sprowadza się jedynie przywołania uzasadnienia dla uznania przez ofertę Odwołującego czynu opisanego w art. 10 ust. 1 ustawy ZNK, to należy wskazać, iż wszystkie uwagi opisane wyżej pozostają aktualne również w odniesieniu do zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 14 ust. 1 ustawy ZNK. Zamawiający nie zadał sobie trudu wykazania, jak oferta Odwołującego miałaby wprowadzać w błąd co do Odwołującego jako przedsiębiorcy czy jego przedsiębiorstwa. Zamawiający przywołał jedynie ową zdolność biologiczną a w istocie jej domniemany brak u Odwołującego do świadczenia gwarancji przez okres 420 miesięcy oraz założoną niemożliwość dochowania jednogodzinnego czasu reakcji grupy serwisowej na zgłoszenie. Przy czym należy tu jeszcze raz podkreślić, że powyższe Zamawiający uzasadnia swoimi domniemaniami i uznaniowymi twierdzeniami o Odwołującym i jego ofercie i to w istocie na podstawie tych domniemań i niepopartych uznaniowych twierdzeń ocenia Odwołującego i jego ofertę. Zatem nie można uznać, że Zamawiający podołał udowodnieniu wypełnienia przez ofertę Odwołującego wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 14 ust. 1 ustawy ZNK.

**IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy PZP, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na przeprowadzeniu oceny podmiotowej Odwołującego w kategoriach jego bliżej nieokreślonej zdolności biologicznej do wykonania zaoferowanych świadczeń oraz nieopisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium odległości od miejsca świadczenia i przez to zaniechaniu badania i oceny oferty Odwołującego w oparciu o kryteria przedmiotowe oceny ofert określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;**

Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wprost wynika, że badając ofertę Odwołującego Zamawiający w istocie skupił się na badaniu i ocenie właściwości Odwołującego a nie jego oferty. Przy tym Zamawiający nie ujawnił źródeł czerpania wiedzy o „zdolności biologicznej” Odwołującego, metody czy narzędzi badania tej zdolności oraz czasu reakcji grupy serwisowej a także podstaw do czynienia założeń co do sposobu realizacji przez Odwołującego

organizacji świadczeń gwarancyjnych. Tu należy zwrócić uwagę na fakt, że inni wykonawcy mogli zaoferować parametr wynoszący 1 godzinę w kryterium CR, czego Zmawiający odmówił arbitralnie Odwołującemu. Nic nie wiadomo też, czy i jak Zamawiający badał zdolność biologiczną do wykonywania zaoferowanych świadczeń pozostałych oferentów. Tym samym Zamawiający badając ofertę Odwołującego czynił to w oderwaniu od ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert w oparciu o cechy podmiotowe Odwołującego, przy tym dopuścił się oczywiście nierównego traktowania wykonawców, przy być może najistotniejszej czynności postępowania zostały decyzje i oceny dokonane na nieokreślonych zasadach, czym została obrażona zasada przejrzystości postępowania oraz uczciwej konkurencji. Przy tym wszystkim Zamawiający zupełnie pominął realia prawne i faktyczne prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce.

Kończąc, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 29 czerwca 2017 roku w sprawie o sygnaturze akt 1101/17 warto wskazać, że zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp jest możliwe tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione, że złożenie przez wykonawcę oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Temu obowiązkowi Odwołujący nie podołał.

Biorąc pod uwagę powyższe oczywistym jest uznanie, że decyzja Zamawiającego o uznaniu oferty Odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji nie znajduje żadnego uzasadnienia. Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego było zupełnie bezpodstawne. O opaczności postępowania i decyzji świadczy cały zespół naruszeń podstawowych zasad procedowania postępowania o zamówienie publiczne opisany wyżej, który umacnia zasadność wniesienia niniejszego odwołania, stąd wnoszę i podtrzymuję jak w petitum.

Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania dla r. pr. Waldemara Żubka;
- 2) Potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3) Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
- 4) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu;
- 5) Odpis aktualny CEIDG Esco Projekt Roman Dębowski.