

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 21 lipca 2022 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 czerwca 2022 r. zgłoszonych przez zamawiającego: Radomska Stacja Pogotowia Ratunkowego w Radomiu do wyniku kontroli doraźnych przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na:

1. Zakup bonów towarowych ze środków ZFŚS dla pracowników RSPR, oznaczenie sprawy: RSPR-3PN/2020; sygn. akt sprawy: KND/20/22/DKZP
2. Zakup bonów towarowych ze środków ZFŚS dla pracowników Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego (RSPR), oznaczenie sprawy: RSPR/TP/D-4/2021, sygn. akt sprawy: KND/21/22/DKZP

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 21 czerwca 2022 r. do Informacji o wynikach kontroli doraźnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 czerwca 2022 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”), po przeprowadzeniu kontroli doraźnej na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) (dalej „ustawa Pzp”), stwierdził:

1. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: Zakup bonów towarowych ze środków ZFŚS dla pracowników RSPR, oznaczenie sprawy: RSPR-3PN/2020; sygn. akt sprawy: KND/20/22/DKZP

- naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 18-43, dalej jako „ustawa Pzp2004”) oraz art. 7 ust. 3 ustawy pzp2004, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Spółka z O.o., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. O zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (Dz. U. 2020 poz. 1913), dalej również jako „uznk”, a w konsekwencji udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. W uzasadnieniu podano w szczególności:

Przedmiotem zamówienia był zakup bonów towarowych ze Środków Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych (ZSS) dla pracowników RSPR. Zgodnie z treścią pkt 1 załącznika Zamawiający określił, że: *„Wykonawca poprzez dostarczone bony towarowe umożliwi pracownikom RSPR wymianę przedmiotowego bonu towarowego na takie towary jak, m. in. artykuły spożywcze, artykuły gospodarstwa domowego, artykuły kosmetyczne i chemiczne, artykuły odzieżowe i obuwnicze, zabawki i artykuły papiernicze, sprzęt AGD i RTV, artykuły wyposażenia mieszkań”*. W pkt 3 załącznika nr 2 Zamawiający wskazał, że: *„pod pojęciem bonów towarowych należy rozumieć emitowane i Oferowane przez Wykonawcę znaki legitymacyjne na Okaziciela podlegające wymianie na towary lub usługi w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. O zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2019 r.. poz. 1010, 1649)”*. Zgodnie z pkt 4, Zamawiający wymagał, aby termin ważności bonów był nie krótszy niż 6 miesięcy Od daty dostarczenia bonów towarowych w formie papierowej. W pkt 5 Zamawiający wskazał, że: *pod pojęciem „bony towarowe” należy rozumieć emitowane i oferowane przez Wykonawcę bony towarowe papierowe o nominatach: — 2487 sztuk o wartości 50 zł, — 3435 sztuk o wartości 20 zł”*. Zgodnie z treścią pkt 2 rozdziału XV SIWZ, przy wyborze oferty zamówienia Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

(1) Cena brutto — waga 90%

Liczba punktów za kryterium ocenianej Oferty będzie wyliczana według następującego wzoru: $C = x \cdot 90$, gdzie C — liczba Otrzymanych punktów za kryterium „cena brutto” Cm. — najniższa cena brutto spośród ofert nieodrzuconych Cb — cena brutto oferty badanej.

(2) Termin ważności bonów — waga 10%.

Liczba punktów za ww. kryterium ocenianej Oferty będzie wyliczana według następującego wzoru: $x \cdot 10$, gdzie: T — liczba minimalna otrzymanych punktów za kryterium „Termin ważności bonów”, Tb — termin ważności bonów w badanej ofercie, — liczba maksymalna za najdłuższy oferowany termin ważności bonów,

Za minimalny - termin ważności bonów Wykonawca otrzyma/za 6 m-cy — 0 pkt.

Za maksymalny termin ważności bonów Wykonawca otrzyma Iza 12 m.Cy — 1 pkt.

Zgodnie z protokołem postępowania, otwarcie ofert nastąpiło w dniu 25 listopada 2020 r. o godzinie 10:30. Bezpośrednio przed otwarciem Ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 200 000 złotych brutto.

Do upływu terminu składania Ofert, wpłynęły następujące Oferty:

- 1) RADOMDIS POLSKA sp. z o.o. (...), cena brutto: 177666,00 zł, termin wykonania zamówienia — 14 grudnia 2020 r., termin ważności bonów — 12 miesięcy;
- 2) SODEXO BENEFITS & REWARDS SERVICES POLSKA sp. z o.o. (...), cena brutto: 193 050,00 zł, termin wykonania zamówienia — 14 grudnia 2020 r., termin ważności bonów — 19 miesięcy.

Oferta Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. zawierała następujące Ceny jednostkowe:

- (1) cena jednostkowa bonu o wartości nominalnej 50 zł brutto opiewała na kwotę 46 zł brutto,
- (2) cena jednostkowa bonu o wartości nominalnej 20 zł brutto opiewała na kwotę 18,40 zł brutto.

Wykonawca SODEXO BENEFITS e REWARDS SERVICES POLSKA sp. z o.o. zaoferował ceny odpowiadające wartości nominalnej bonów. W dniu 30 listopada 2020 r. Zamawiający Jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez RADOMDIS POLSKA sp. z o.o.

Zgodnie z przekazaną dokumentacją, w dniu 2 grudnia 2020 r. Wykonawca SODEXO BENEFITS & REWARDS SERVICES POLSKA Sp. z o.o. złożył pismo informujące, że Zamawiający dokonał wyboru oferty sprzecznej z prawem. jako że złożenie oferty przez RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 15 ust. 1 i 4 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913). W związku z powyższym w dniu 3 grudnia 2020 r. Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 30 listopada 2020 r. Pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. z prośbą o ustosunkowanie do zarzutów postawionych przez SODEXO BENEFITS & REWARDS SERVICES POLSKA sp. z o.o. W odpowiedzi na powyższe Wykonawca RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. wyjaśnił następująco:

I. Złożenie oferty przez RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i nie narusza art. 15 ust. 1 i 4 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty Radomdis Polska Sp. z o.o. Nie została bowiem spełniona przesłanka „utrudniania dostępu do rynku”, o której mowa w art. 15 ustawy o Zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Otóż w piśmiennictwie prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym w ramach art. 15 ust. 1 a PZP przesłanka „utrudniania dostępu do rynku” stanowić powinno element kwalifikujący i korygujący. Nie każda realizacja czynności sprawczej wymienionej w tym przepisie stanowi rzeczywiste utrudnienie dostępu do rynku. „Zwróćmy uwagę, że znak legitymacyjny nabyty za cenę niższą niż wartość

produktów, jakie można za niego kupić, to nic innego jak udzielenie swoistego rabatu. Ten sam rabat może zaś zostać klientowi udzielony bezpośrednio, aż do wartości wykraczającej poza dolną granicę marży, zarówno bez użycia bonów, jak i w sytuacji, gdy znak legitymacyjny będzie jedynie informował o uprawnieniu klienta do wzięciu udziału w promocji. W istocie Chodzi więc nie o sposób realizacji tych bonów, ale efekt w postaci utrudnienia dostępu do rynku, jaki ma miejsce przy udzieleniu rabatów w różnej formie i organizowaniu różnego rodzaju akcji promocyjnych. W takim zaś ujęciu istotnym kryterium ocennym jest właśnie badanie, czy określona praktyka rzeczywiście stanowi przeszkodę w dostępie do rynku". Wskazany sposób rozumienia potwierdza także wydana przez prezesa UOKiK Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 15 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, s. 47), w której czytamy, że utrudnianie dostępu do rynku „powinno przy tym łączyć się z zaburzeniem uczciwej konkurencji”, zaś „przy ocenie istotny będzie konkretny Stan faktyczny, konkretny rynek* (Sieradzka Małgorzat, red.), Zdyb Marian (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd II, opublikowano: WK 2016). Z kolei w Systemie Prawa prywatnego Prawo Konkurencji pod red. Mariana Kępińskiego podniesiono, że w/w przepis art. 15 ust. 4 PZP niejasno określa ujęty w nim zakaz „W konsekwencji w konkretnej sytuacji należałoby ocenić zarówno strategię handlową takiego sklepu, jak i wpływ takich działań na sytuację innych uczestników rynku” (Zwalczanie nieuczciwej konkurencji, Art. 25 SPP T. redakcja Kępiński 2014, wyd. 1). Natomiast w zaistniałym stanie faktycznym nie można mówić o „utrudnianiu dostępu do rynku”, gdyż termin ważności bonów jest stosunkowo długi (12 m-cy) a wykaz placówek honorujących bony obejmuje 47 sklepów na terenie całego kraju. Biorąc również pod uwagę przewidywaną ilość bonów i ich wartość nominalną, pozostanie to zatem bez wpływu na sytuację innych uczestników rynku. Stanowisko zgodnie z którym nie może być mowy o „utrudnianiu dostępu do rynku” potwierdza również sama treść SIWZ Zamawiającego poprzez wyraźne dopuszczenie Ofert do zakup bonów poniżej ich wartości nominalnej. Radomdis Polska Sp. z o.o. złożyła Ofertę zgodną z treścią SIWI i formularza ofertowego, w którym Zamawiający wskazał m.in., że „cena jednostkowa brutto w pozycji nr 1 nie może przekroczyć kwoty 50 zł brutto. w pozycji nr 2 nie może przekroczyć kwoty 20 zł brutto”, w związku z czym Zamawiający dopuszczał cenę niższą. W wyniku powtórzonej czynności badania i oceny Ofert Zamawiający w dniu 7 grudnia 2020 r. ponownie jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. W piśmie Skierowanym do Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający wyjaśnił, że: (14) Zamawiający prowadząc postępowanie w 2020 roku wprowadził kryteria oceny ofert zgodne z obowiązującymi wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych. Zamawiający zastosował się do wytycznych i aby uniknąć konieczności unieważnienia postępowania w przypadku podania przez Wykonawców identycznych cen, wprowadził Obok kryterium cena również kryterium ważności bonów. (15) W przypadku,

hipotetycznego założenia, gdyby cena zaoferowana przez Wykonawców była taka samo to żadna Oferta nie zostałaby wybrana. ponieważ o wyborze oferty w 2020 roku zdecydował określony w SIWZ termin ważności bonów. Obaj wykonawcy zaoferowali termin 12 m-cy. Termin dłuższy, jaki zaoferowało Sodexo nie miałby wpływu na kryterium oceny ofert bowiem Zamawiający wskazał górną granicę „nie dłuższy niż 22-cy”. Tak więc, postępowanie, w domniemaniu, podlegałoby unieważnieniu. (16) Należy również podnieść, że bony towarowe zakupione z Zakładu Funduszu świadczeń Socjalnych dla pracowników Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego są niezwykle istotnym wsparciem finansowym dla naszego personelu mają znaczenie i wymiar społeczny. Znając jednak ogólne stanowisko UZP w kwestii wartości bonów, co do zaoferowanej ceny, zamawiający nie wprowadził kryterium oceny - rabat dla Ceny bonu. przede wszystkim, jako zamawiający publiczny, nie znamy realiów, jakimi rządzi się polityka rabatowa wśród handlowców, o w tym szczególnym wypadku — polityka zakupowa bonów zakupowych. Tym samym, pozostawiliśmy tę swobodę potencjalnym wykonawcom. zainteresowanym zamówieniem. Oczywiście zamawiający liczył się także z tym, że każda Oferta będzie stanowiła tę samą cenę. Możliwość otrzymania bonów przez pracowników RSPR jest ze względu na relatywnie niskie wynagrodzenie istotną i wyczekiwaną ulgą ich domowych budżetów. Niemniej istotna jest kwestia, że dzięki zastosowanemu rabatowi pracownicy Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Radomiu otrzymali w 2020 roku, w zależności od dochodu. bony o wyższej wartości. (17) W opinii Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w 2020 roku wyboru korzystniejszej oferty dokonano zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i w oparciu o wytyczne urzędu Zamówień Publicznych. Należy podkreślić, że złożone wyjaśnienia przez Wykonawcę Radomdis są przekonujące i mimo wydanej opinii przez IJZP, która ma istotne znaczenie w zakresie podejmowanych decyzji, nie należy jednocześnie ignorować tzw. oceny istotnych konkretnych stanów faktycznych, konkretnego rynku, okoliczności społecznych.

Prezes Urzędu uwzględniając powyższe ustalenia i argumentację Zamawiającego stwierdził: Przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej oraz emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie przewyższającej wartość nominalną znaku jest utrudnieniem dostępu do rynku przedsiębiorcom. w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. poz. 1178, z późn. zm.), stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego wykonawcy mogą zaoferować dostawę bonów towarowych tylko za cenę stanowiącą ich wartość nominalną. Zaoferowanie ich za cenę poniżej tej wartości co do zasady nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wskazanego w ww. przepisie uznk.

Jak ustalono w oparciu o przekazaną dokumentację, Wykonawca RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. zaoferował bony towarowe za cenę niższą niż ich wartość nominalna — zaoferowana Cena jednostkowa bonu o wartości nominalnej 50 zł brutto opiewała na kwotę 46 zł brutto, a cena jednostkowa bonu o wartości nominalnej 20 zł brutto opiewała na kwotę 18,40 zł brutto. Istotnie, zgodnie z poglądami wyrażanymi w piśmiennictwie (...), przy ocenie, czy emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, kluczowe jest wykazanie utrudniania przez takie działania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Do powyższego stanowiska odniósł się Wykonawca RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 7 grudnia 2020 wskazując jednocześnie, że: w zaistniałym stanie faktycznym nie można mówić o „utrudnianiu dostępu do rynku”, gdyż termin ważności bonów jest stosunkowo długi (12 m-cy) a wykaz placówek honorujących bony obejmuje 47 sklepów na terenie całego kraju. Biorąc również pod uwagę przewidywaną ilość bonów i ich wartość nominalną, pozostanie to zatem bez wpływu na sytuację innych uczestników rynku. W ocenie Urzędu, wyjaśnienia Wykonawcy RADOMDIS POLSKA SP. z o.o. nie pozwalały Zamawiającej na przyjęcie, że zaoferowanie bonów za cenę niższą niż ich wartość nominalna nie utrudnia dostępu do rynku innym wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu. Odniesienie się do stosunkowo długiego terminu ważności bonów oraz wykazu placówek honorujących bony jest irrelevantne w ustalonym stanie faktycznym, w sytuacji gdzie kryterium oceny ofert dotyczące ceny miało wagę 90%. Należy bowiem zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu opisany czyn Wykonawcy RADOMDIS POLSKA SP. z o.o. utrudnił dostęp do uzyskania tego zamówienia innemu Wykonawcy, który zaoferował Cenę zgodną z przepisem art. 15 ust. 4 uznk, tj. cenę równą wartości nominalnej bonów. W powyższych okolicznościach faktycznych i prawnych Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, jako że jego złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji określony w przepisie art. 15 ust. 4 pkt uznk.

Reasumując, w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji naruszono także art. 7 ust. 3 ustawy pzp2004, jako że Zamawiający udzielił zamówienia Wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp2004.

2) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: Zakup bonów towarowych ze środków ZFŚS dla pracowników Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego (RSPR), oznaczenie sprawy: RSPR/TP/D-4/2021, sygn. akt sprawy: KND/21/22/DKZP

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Spółka z o.o., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (Dz. U. 2020 poz. 1913), dalej również jako „uznk”, a w konsekwencji udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. W uzasadnieniu podano w szczególności:

W pkt 1 Rozdziału V Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) wskazano, że przedmiotem zamówienia jest „Zakup bonów towarowych ze środków ZFŚS dla pracowników RSPR”. W pkt 2 Rozdziału V SWZ wskazano, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2 do SWZ. W dniu 2 grudnia 2021 r. Wykonawca: Sodexo Benefits & Rewards Services polska Sp. z o. o. skierował do Zamawiającego pytanie o treści: „Czy wyrażacie Państwo zgodę na zamianę kuponów o nominale 30,00 zł na kupony 10,00 + 20,00 zł lub 3 x 10,00 zł. Zamawiający wyraził zgodę na dopuszczenie kuponów o wartości 30,00 zł brutto lub kupony 3 x 10,00 zł brutto. W związku z powyższym Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ na podstawie art. 286 ust. 1 i 3 ustawy PZP i przedłużył termin składania ofert do dnia 14 grudnia 2021 roku do godziny 10.00, z otwarciem ofert dnia 14 grudnia 2021r. o godzinie 10.30. Zgodnie z pkt 1 załącznika nr 2 do SWZ, Wykonawca poprzez dostarczone bony towarowe umożliwi pracownikom RSPR wymianę przedmiotowego bonu towarowego na takie towary, m. in. artykuły spożywcze, artykuły gospodarstwa domowego, artykuły kosmetyczne i chemiczne, artykuły odzieżowe i obuwnicze, zabawki i artykuły papiernicze, sprzęt AGD i RTV, artykuły wyposażenia mieszkań. W pkt 3 Zamawiający wskazał, że pod pojęciem bonów towarowych należy rozumieć emitowane i oferowane przez Wykonawcę znaki legitymacyjne na okaziciela podlegające wymianie na towary lub usługi w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. u. z 2019 r., poz. 1010, 1549). Zgodnie z pkt 4 załącznika nr 2, Zamawiający wymagał, aby termin ważności przedmiotowych bonów był nie krótszy niż 6 miesięcy od daty dostarczenia bonów towarowych w formie papierowej. W pkt 5 Zamawiający wskazał, że: pod pojęciem „bony towarowe” należy rozumieć emitowane i oferowane przez Wykonawcę bony towarowe papierowe: a) 2799 sztuk o wartości 50 zł brutto, b) 1329 sztuk o wartości 30 zł brutto, lub kupony po 3 x 10 zł brutto tj. 1329 x 3 szt = 3987 kuponów po 10 zł brutto c) 1329 sztuk o wartości 20 zł. Zgodnie z pkt 2 rozdziału XVII SWZ, przy wyborze Oferty zamówienia Zamawiający określił, że będzie się kierował następującymi kryteriami:

(1) Cena brutto — waga 90%

Liczba punktów za ww. kryterium ocenianej Oferty będzie wyliczana według następującego wzoru: $C = c_{\min}/C_b \times 90$,

gdzie C — liczba otrzymanych punktów za kryterium „cena brutto” C_{min} — najniższa cena brutto spośród ofert nieodrzuconych C_b — cena brutto oferty badanej.

(2) Termin ważności bonów — waga 10%.

Liczba punktów za ww. kryterium ocenianej Oferty będzie wyliczana według następującego wzoru: $T = T_2/T_{\min} \times 10$,

gdzie: T — liczba otrzymanych punktów za kryterium „Termin ważności bonów”, T_b — termin ważności bonów w badanej ofercie, T_m — najdłuższy oferowany termin ważności.

W pkt 4 — w Odniesieniu do Oferowanego terminu ważności bonów — wskazano Że: „Zamawiający wymaga minimum 6 m-cy. Zadeklarowanie wymaganego minimalnego terminu ważności Ofert, tj. 6 m-cy, zamawiający, celem oceny kryterium ofert oceni na 0 pkt.”

Zgodnie z protokołem postępowania, otwarcie ofert nastąpiło w dniu 14 grudnia 2021 r. o godzinie 10:30. Bezpośrednio przed otwarciem Ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 206 400,00 złotych brutto

Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu wpłynęły następujące oferty:

- 1) RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. (...), cena brutto: 189888,00 zł, termin ważności bonów — 25 miesięcy;
- 2) SODEXO BENEFITS & REWARDS SERVICES POLSKA sp. z o.o. (...), cena brutto: 206 400,00 zł, termin ważności bonów — 18 miesięcy.

Oferta Wykonawcy RADOM DIS POLSKA Sp. z o.o. zawierała następujące ceny jednostkowe:

- (1) cena jednostkowa bonu o wartości nominalnej 50 zł brutto opiewała na kwotę 46 zł brutto,
- (2) cena jednostkowa bonu o wartości nominalnej 30 zł brutto opiewała na kwotę 27,60 zł
- [3] cena jednostkowa bonu o wartości nominalnej 20 zł opiewała na kwotę 18,40 zł.

Wykonawca SODEXO BENEFITS & REWARDS SERVICES POLSKA sp. z o.o. zaoferował natomiast ceny odpowiadające wartości nominalnej bonów.

W dniu 15 grudnia 2021 r. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał Ofertę złożoną przez RADOMDIS POLSKA sp. z o.o.

Zgodnie z przekazaną dokumentacją, pismem z dnia 16 grudnia 2020 r. Wykonawca SODEXO BENEFITS & REWARDS SERVICES POLSKA Sp. z o.o., złożył pismo informujące, Że Zamawiający dokonał wyboru Oferty sprzecznej z prawem, jako Że złożenie Oferty przez RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. stanowi Czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 15 ust. 1 i 4 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913). W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 21 grudnia 2021 r. Zamawiający podtrzymał decyzję wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. Zgodnie z przekazaną dokumentacją, umowa w sprawie zamówienia została zawarta w dniu 21 grudnia

2021 r. W wyjaśnieniach skierowanych do Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający, odnosząc się do zarzutów podniesionych we wniosku niniejszą kontrolę wyjaśnił następująco:

17) Zamawiający uznał, że jest to najkorzystniejsza oferta złożona w oparciu o Specyfikację Warunków Zamówienia i podany przez Zamawiającego sposób oceny ofert. Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy Radomdis Polska spełnia wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego i uzyskała największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ.

18) W dniu 16 grudnia 2021 roku Wykonawca; Sodexo Benefits and Rewards Service Polska Sp. z o.o. wystąpił do Zamawiającego z pismem kwestionującym wybór najkorzystniejszej Oferty. którą była oferta Radomdis polska sp. z o.o. Wykonawca twierdził, że Zamawiający dokonał wyboru oferty sprzecznej z prawem oraz że złożenie oferty przez Radomdis Polska sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020r.,poz.1129 z późn. zm.) naruszając jednocześnie art.15 ust. 1 i 4 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020 r., poz. 1913). Wykonawca twierdził, że konieczne jest unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty Radomdis polska sp. z o.o.

19) Pismo przesłane przez Sodexo Benefits and Rewards Service Polska sp. z o.o. kwestionujące wybór najkorzystniejszej oferty firmy Radomdis było w swej treści tożsame jak pismo przesłane przez tego samego Wykonawcę Sodexo w 2020 roku dotyczące postępowania przeprowadzanego w roku 2020 a także tego samego wyboru najkorzystniejszej oferty. Jedyna różnica między postępowaniami z roku 2020 i roku 2021r polegała na tym, że dotyczyła innych podstaw prawnych, bowiem zarzuty z roku 2020 dotyczą postępowania wg. ustawy z roku 2004, a zarzuty określone w roku 2021r. dotyczą postępowania wg nowej ustawy z roku 2019 r., która weszła w życie w roku 2021. Interpretacja tych przepisów pozostaje bez zmian. Ponadto, należy podkreślić, że zamawiający nie ograniczył górnej granicy oferowania terminu ważności bonów w ramach kryterium oceny ofert. Co powodowało, że dodatkowo wykonawcy mogli zaoferować kryteria, które pozwolą na uzyskanie zamówienia.

20) Zamawiający nie prowadził korespondencji z Wykonawcami w związku z pismem przesłanym przez Sodexo analogicznym jak w roku 2020. Wykonawca nie skorzystał z przysługującego mu prawa zaskarżenia czynności w ramach środków ochrony prawnej.

21) Zamawiający uznał, że prowadzenie korespondencji w tym samym zakresie, jest bezprzedmiotowe bowiem znak legitymacyjny nabyty za cenę niższą niż wartość produktów, jakie można z niego kupić, to nic innego jak udzielenie swoistego rabatu. Zostało to wyjaśnione w korespondencji procedury roku 2020 i nie było wówczas kwestionowane przez wykonawcę Sodexo. Jednocześnie nie stanowiło naruszenia art. 15 ust. 1 i 4 uoznk, także w związku z tym, że zamawiający nie postawił żadnego wymagania w ramach warunków zamówienia, tym samym w ramach kryterium oceny ofert. Była to swobodna, dowolna decyzja wykonawców. Co do interpretacji i stosowania przepisów nowego

PZP nic w tym zakresie się nie zmieniło. Ten sam rabat może zostać klientowi udzielony bezpośrednio, aż do wartości wykraczającej poza dolną granicę marży, zarówno bez użycia bonów, jak i w sytuacji, gdy znak legitymacyjny będzie jedynie informował o uprawnieniu klienta do wzięcia udziału w promocji. W istocie chodzi więc nie o sposób realizacji tych czynów, ale efekt w postaci utrudnienia dostępu do rynku, jaki ma miejsce przy udzielaniu rabatów w różnej formie i organizowaniu różnego rodzaju akcji promocyjnych. W takim zaś ujęciu istotnym kryterium ocennym jest właśnie badanie, czy określona praktyka rzeczywiście stanowi przeszkodę w dostępie do rynku. W tej danej, konkretnej sytuacji nie stanowi to utrudnienia dostępu do rynku. Wystarczyłoby, by wykonawca Sodexo skorzystał z uprawnień rynkowych i zaoferował cenę poniżej wartości nominalnej czyli marży na bony, choć zamawiający absolutnie tego nie wymagał. Należy podkreślić, że zamawiający oceniając czy rzeczywiście doszło do utrudniania dostępu do rynku uwzględnił czy zaburzenie uczciwej konkurencji przy tej ocenie miało istotny wpływ na dostęp do zamówienia biorąc pod rozwagę konkretny stan faktyczny, konkretny rynek oraz okoliczności społeczne. Jak wcześniej wyjaśniano w Systemie Prawa prywatnego - Prawo konkurencji pod red. Mariana Kępińskiego podniesiono, że ww. przepis art. 15 ust 4 PZP niejasno określa ujęty w nim zakaz. *„Utrudnianiem dostępu do rynku, o którym mowa w ust. 3. jest również: 1) emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej; 2) emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie przewyższającej wartość nominalną znaku”*. „W konsekwencji w konkretnej sytuacji należałoby ocenić zarówno strategię handlową takiego sklepu, jak i wpływ takich działań na sytuację innych uczestników rynku" (zwalczanie nieuczciwej konkurencji, Art.15 SPPT.15 red. Kępiński 2014, wyd. 1). Odnosząc się do cytowanego komentarza nie sposób uwzględnić wszystkich okoliczności dotyczących zamawiającego: - brak wymagań w ramach warunków zamówienia, który nie stanowił ograniczenia dostępu do zamówienia; - wola wykonawcy, który biorąc pod rozwagę warunki i realia rynkowe, brak kryteriów oceny ofert, które mają wpływ na wynik postępowania, a więc swoboda w zaoferowaniu ceny za bon z uwzględnieniem warunków handlowych oraz - efekt społeczny, który uwzględnia wszystkie powyższe, ale jednocześnie realizuje oczekiwania słabiej zarabiających w sektorze publicznym.

22) Zamawiający uznał, że w zaistniałym stanie faktycznym nie można mówić o „utrudnianiu dostępu do rynku", gdyż termin ważności bonów zgodnie z ofertą złożoną przez Wykonawcę jest długi i wynosi 25 miesięcy. Biorąc pod uwagę przewidywalną ilość bonów i ich wartość nominalną. pozostaje to zatem bez wpływu na sytuację innych uczestników rynku. 23) Zamawiający zastosował domniemanie, nie występując o wyjaśnienie do Radomdis z tym samym zagadnieniem zawartym w piśmie z dnia 02 grudnia 2020 roku SODEXO oraz bez związku z wyjaśnieniami w pkt 21, że nawet gdyby cena zaoferowania przez Wykonawców

była taka sama, to Oferta złożona przez Sodexo nie zostałaby wybrana, ponieważ o wyborze oferty decydował także określony w SWZ termin ważności bonów, który w tym postępowaniu był terminem otwartym, a Radomdis zaoferował termin dłuższy niż Sodexo.

24) Należy również podnieść, że bony towarowe zakupione z Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych pracowników Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w ramach przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne są niezwykle istotnym wsparciem finansowym dla naszego personelu. Istotny czynnik społeczny, w postaci większej liczby bonów, jakie może uzyskać pracownik, poprzez zmniejszą jej wartość nominalną przez Wykonawcę, stanowi istotny czynnik przy decyzji wyboru najkorzystniejszej Oferty, ale niezależny od zamawiającego bowiem była to swobodna decyzja Wykonawcy. Możliwość otrzymania bonów przez pracowników RSPR jest ze względu na relatywnie niskie wynagrodzenia istotną i wyczekiwaną ulgą dla pracowników RSPR i ich domowych budżetów. Niemniej istotna jest kwestia, że dzięki zastosowaniu rabatowi pracownicy Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Radomiu otrzymali w 2021 roku w zależności od sytuacji finansowej bony o wyższej wartości i było to odpowiednio 0: 112 zł, 116 zł oraz 120 złotych dla pracownika. W opinii Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w 2021 roku wyboru najkorzystniejszej Oferty dokonano zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i w oparciu o wytyczne Urzędu Zamówień publicznych”.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Przepis art. 17 ust. 2 ustawy pzp stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP nakazuje Zamawiającemu odrzucić Ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej oraz emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie przewyższającej wartość nominalną znaku jest utrudnieniem dostępu do rynku małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. — Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. poz. 1178, z późn. zm.), stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji.

Co wynika z powyższego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy mogą zaoferować dostawę bonów towarowych tylko za cenę stanowiącą ich wartość nominalną. Zaoferowanie ich za cenę poniżej tej wartości co do zasady nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wskazanego w ww. przepisie uznk. Jak ustalono w oparciu o przekazaną dokumentację, Wykonawca RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. zaoferował bony towarowe za cenę niższą niż ich wartość nominalna — zaoferowana cena jednostkowa bonu o wartości nominalnej 50 zł brutto opiewała na kwotę 46 zł brutto, cena jednostkowa bonu o

wartości nominalnej 30 zł brutto opiewała na kwotę 27,60 zł brutto, cena jednostkowa bonu o wartości nominalnej 20 zł opiewała na kwotę 18,40 zł. Istotnie, zgodnie z poglądami wyrażanymi w piśmiennictwie przy ocenie, czy emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, kluczowe jest wykazanie utrudniania przez takie działanie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Do powyższego stanowiska odnosi się Zamawiający, wyjaśniając, że: W tej danej, konkretnej sytuacji nie stanowi to utrudnienia dostępu do rynku. Wystarczyłoby, by wykonawca Sodexo skorzystał z uprawnień rynkowych i zaoferował cenę poniżej wartości nominalnej czyli marży na bony, choć zamawiający absolutnie tego nie wymagał. Należy podkreślić, że zamawiający oceniając czy rzeczywiście doszło do utrudniania dostępu do rynku uwzględnił czy zaburzenie uczciwej konkurencji przy tej ocenie miało istotny wpływ na dostęp do zamówienia biorąc pod rozwagę konkretny stan faktyczny, konkretny rynek oraz okoliczności społeczne, jak również, że: Zamawiający uznał, że w zaistniałym stanie faktycznym nie można mówić o „utrudnieniu dostępu do rynku”, gdyż termin ważności bonów zgodnie z ofertą złożoną przez Wykonawcę jest długi i wynosi 25 miesięcy. Biorąc pod uwagę przewidywalną ilość bonów i ich wartość nominalną, pozostaje to zatem bez wpływu na sytuację innych uczestników rynku. W ocenie Urzędu, okoliczności przedstawione w wyżej cytowanych wyjaśnieniach Zamawiającego nie pozwalały na przyjęcie, że zaoferowanie bonów za cenę niższą niż ich wartość nominalna nie utrudnia dostępu do rynku innym wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu. Odniesienie się do stosunkowo długiego terminu ważności bonów jest irrelevantne w ustalonym stanie faktycznym, w sytuacji gdzie kryterium oceny ofert dotyczące ceny miało wagę 90 %. Należy bowiem zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu opisany czyn Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. utrudnił dostęp do uzyskania tego zamówienia innemu Wykonawcy, który zaoferował cenę zgodną z przepisem art. 15 ust. 4 uznk, tj. cenę równą wartości nominalnej bonów. Dodać należy, że dla oceny przedmiotowej sprawy bez znaczenia pozostaje podniesiony przez Zamawiającego argument, że nawet gdyby cena zaoferowania przez Wykonawców była taka sama, to oferta złożona przez Sodexo nie zostałaby wybrana, ponieważ o wyborze Oferty decydował także określony w SWZ termin ważności bonów, który w tym postępowaniu był terminem Otwartym, a Radomids zaoferował termin dłuższy niż Sodexo. Przepis art. 226 Pzp zawiera bowiem nakaz dla zamawiającego odrzucenia oferty, jeżeli spełniona została co najmniej jedna przesłanka wskazana w art. 226 ust 1 pkt 1—18 Pzp, bez względu na jej miejsce w rankingu ofert. W powyższych okolicznościach faktycznych i prawnych Zamawiający był więc zobowiązany do odrzucenia Oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jako że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji określony w przepisie art. 15 ust. 4 pkt 1 uznk. Reasumując, w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przez

Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia Oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji naruszono także art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, jako że Zamawiający udzielił zamówienia Wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W zastrzeżeniach do wyniku kontroli (pismo z dnia 21/06/2022) Zamawiający stwierdził, co następuje:

Zamawiający nie zgadza się z wynikami obu przeprowadzonych kontroli doraźnych i mając na uwadze fakt, że w obu kontrolach zarzucono Zamawiającemu naruszenie tych samych norm prawa zamówień publicznych, przy analogicznym stanie faktycznym, niniejsze zastrzeżenia mają zastosowanie do wyników kontroli w obu postępowaniach:

1. Zamawiający chciałby przede wszystkim zaznaczyć, że zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2021 r., poz. 1233, zwana dalej; „ustawą ZNK”), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
2. Przepis art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy ZNK definiuje tzw. utrudnianie dostępu do rynku w rozumieniu art. 15 ust. 3 ustawy ZNK, które dotyczy małych przedsiębiorców. Oznacza to, że przede wszystkim, aby w ogóle można było rozpatrywać czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy ZNK, należy sprawdzić, czy rzeczywiście doszło do utrudnienia dostępu do rynku dla małych przedsiębiorców. W ocenie Zamawiającego taka sytuacja nie miała miejsca w obu postępowaniach o udzielenie zamówienia objętych kontrolą doraźną.
3. Przede wszystkim w obu postępowaniach nie doszło do „utrudnienia dostępu do rynku”. Zamawiający chciałby podkreślić, że w celu ustalenia, Czy rzeczywiście doszło do wstąpienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy ZNK, należałoby wyznaczyć ramy rynku, do którego rzekomo dostęp został utrudniony. Niestety, w Obu informacjach o wyniku kontroli doraźnej, takie działanie nie zostało przez Kontrolującego podjęte. Tymczasem wyznaczenie rynku właściwego z perspektywy art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy ZNK jest warunkiem *sine qua non* do stwierdzenia, czy rzeczywiście czyn nieuczciwej konkurencji wystąpił.
4. W ocenie Kontrolującego, w obu przedmiotowych postępowaniach zaoferowanie przez Wykonawcę RADOMDIS POLSKA SP. Z O.O. bonów za cenę niższą niż ich wartość nominalna utrudniło dostępu do uzyskania przedmiotowych zamówień innym wykonawcom i dlatego było czynem nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji powinno skutkować

odrzucając ofertę RADOMDIS POLSKA SP. Z O.O. Jednak Kontrolujący, poza brakiem określenia rynku, nie wziął pod uwagę istotnych elementów, które konstytuują zarzut czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy ZNK.

5. Po pierwsze, Kontrolujący pominął zupełnie fakt, że aby mówić o czynie nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy ZNK, należy wykazać w jaki sposób doszło do utrudnienia dostępu do rynku. „Dostęp”, jak wynika z poglądów doktryny, nie oznacza dosłownie możliwości „wejścia” na rynek, ale powinien być rozumiany szeroko jako „swoboda wejścia na rynek, wyjścia z niego, a także oferowania na nim swoich produktów” (tak: E. Nowińska, M. du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Warszawa 2013). Dostęp do rynku rozumiany jest w kontekście konstytucyjnej wolności gospodarczej, uregulowanej w art. 22 Konstytucji RP. Tak rozumiany dostęp do rynku nie został utrudniony przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie — RADOMDIS POLSKA sp. z o.o., jak i SODEXO Benefits & Rewards Services Polska Sp. z o.o., a także inne podmioty bez problemu oferują swoje usługi na rynku w Polsce i niewątpliwie korzystają ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

6. Po drugie, jak wynika z orzecznictwa Sądów powszechnych, nie każde utrudnienie dostępu do rynku stanowi naruszenie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, lecz jedynie takie, w którym występują elementy nieuczciwości zakłócającej dozwoloną walkę rynkową (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 marca 2016 r., sygn. I ACa 818/15). Istota konkurencji sprowadza się do tego, że najczęściej, gdy jeden przedsiębiorca umacnia swoją pozycję na rynku, to dzieje się to z utrudnieniem dla innych przedsiębiorców - utrudnianie dostępu do rynku wiąże się z samą istotą działalności gospodarczej, w której każdy podmiot stara się zagospodarować jak największą część rynku (tak: A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, Czyn nieuczciwej konkurencji (analiza pojęcia), Przegląd Prawa Handlowego 1994, Nr 10, s. 4). Jednak nie jest to z góry działanie nieuczciwe.

7. Po trzecie, przepis art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy ZNK dotyczy utrudniania dostępu do rynku małym przedsiębiorcom. Tymczasem SODEXO Benefits & Rewards Services Polska Sp. z o.o. nie należy do grupy małych przedsiębiorców. W konsekwencji, nie może być mowy o czynie nieuczciwej konkurencji ze strony RADOMDIS POLSKA SP. Z O.O. w stosunku do SODEXO Benefits & Rewards Services Polska Sp. z o.o. Tymczasem to właśnie w takiej relacji Kontrolujący widzi istotę czynu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu objętym kontrolą, twierdząc: w przedmiotowym postępowaniu opisany Czyn Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z O.o. utrudnił dostęp do uzyskania tego zamówienia innemu Wykonawcy, który zaoferował cenę zgodną z przepisem art. 15 ust. 4 uзнk, tj. cenę równą Wartości nominalnej bonów”.

8. Po czwarte - i to, w ocenie Zamawiającego stanowi istotę problemu - Kontrolujący w dość bezkrytyczny sposób przeniósł rzeczywistość prawną kreowaną przez ustawę ZNK na obszar

prawa zamówień publicznych. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ustanawia reguły postępowania przedsiębiorców na wolnym rynku, gdzie rynek zamówień publicznych nie jest rynkiem zupełnie „wolnym”, co wynika z faktu, że rynek zamówień publicznych jest rynkiem publicznym — kształtowanym przez normy o charakterze publiczno-prawnym (jest bowiem bezsporne, że postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter publicznoprawny, a jedynie umowa o zamówienie publiczne ma charakter Cywilnoprawny, bądź hybrydowy). Na rynku zamówień publicznych jego granice oraz granice działań wykonawców wyznaczają normy prawa zamówień publicznych, jak również działania instytucji zamawiających.

Wreszcie - na rynku zamówień publicznych dochodzi do legalnych, koniecznych i słuszych ograniczeń konkurencji w zakresie dostępu do zamówienia, Czego przykładem są instrumenty prawa zamówień publicznych ograniczające konkurencję w obszarze cen lub kosztów realizacji zamówienia (vide badanie rażąco niskiej ceny), a także normatywne podstawy Wykluczenia wykonawców Oraz warunki udziału w postępowaniu. Jednak na rynku zamówień publicznych konkurencja nie jest celem samym w sobie, lecz tylko instrumentem Służącym interesowi publicznemu związanemu z najbardziej efektywną alokacją środków finansowych.

9. Prawo zamówień publicznych pozwala także (a nawet wymaga) na wprowadzanie do udzielanych zamówień m.in. aspektów społecznych, pozwalających na szerokie uwzględnianie w zamówieniu potrzeb jego beneficjentów ostatecznych — w przypadku Zamawiającego Są nimi jego pracownicy. Zamawiający nie udzielał przedmiotowego zamówienia dla siebie, tylko chciał wybrać Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, uwzględniając także jego aspekt społeczny — zaoferować swoim pracownikom jak najlepsze świadczenie socjalne, które najlepiej będzie się wpisywało w ich potrzeby, związane chociażby z trudnymi warunkami pracy, czy niskim wynagrodzeniem. W ofercie Wykonawcy SODEXO Benefits & Rewards Services Polska Sp. z o.o. była możliwość realizowania bonów również w sklepach RADOMDIS POLSKA SP. Z O.O. W związku z tym wybierając SODEXO pracownicy Zamawiającego wymieniając bony towarowe otrzymaliby od 8 do 9,20% mniej produktów niż w przypadku Oferty Radomdisu. Cały rabat na towary otrzymane za bony stałby się przychodem SODEXO, który nie jest ani producentem, ani dostawcą jakichkolwiek produktów, a jedynie pośrednikiem. Bony towarowe zakupywane z FS mają na celu poprawę sytuacji bytowej pracowników, nie zaś niecelowe utrzymywanie pośredników czerpiących korzyści wyłącznie z tej działalności. Wykonawca RADOMDIS POLAND SP. Z O.O. udzielił rabatu na wszystkie dostępne we własnym sklepie towary wymieniane za bony towarowe. Udzielanie rabatów czy opustów cenowych jest praktyką, która jest powszechna w zamówieniach publicznych, w związku z czym nie można automatycznie wskazywać, że Są to czyny nieuczciwej konkurencji — takie działanie pomija zupełnie specyfikę rynku zamówień publicznych.

10. Jak już Zamawiający podnosił, bony towarowe zakupione z Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych dla pracowników Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w ramach przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne są niezwykle istotnym wsparciem finansowym dla naszego personelu. Istotny czynnik społeczny, w postaci większej liczby bonów, jakie może uzyskać pracownik, poprzez zmniejszą jej wartość nominalną przez wykonawcę, stanowi istotny czynnik przy decyzji wyboru najkorzystniejszej oferty, ale niezależny Od zamawiającego bowiem była to swobodna decyzja wykonawcza. Możliwość otrzymania bonów przez pracowników RSPR jest ze względu na relatywne niskie wynagrodzenia istotną i wyczekiwaną ulgą dla pracowników RSPR i ich domowych budżetów. Niemniej istotna jest kwestia, że dzięki zastosowanemu rabatowi pracownicy Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Radomiu otrzymali w 2021 r. w zależności Od sytuacji finansowej bony 0 wyższej wartości i było to odpowiednio 0:112 zł, 116 zł oraz 120 złotych dla pracownika.

11. Zakwestionowane przez Kontrolującego postępowanie nie tylko doprowadziło do wyboru Oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, ale również było zgodne z zasadą efektywności, ponieważ Zamawiający Otrzymał Ofertę uwzględniającą najlepszą relację jakości do ceny, jak również obejmującą wspomniany powyżej aspekt społeczny. Nie może być bowiem tak, że rozumienie „uczciwej konkurencji” na rynku zamówień publicznych, prowadzi do tego, że środki publiczne zamawiający — zamiast wywoływać korzyści społeczne — generowałyby zjawisko tzw. krzywd społecznych, co byłoby sprzeczne z ideą Społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych (zob. A. Semple, Socially Responsible Public Procurement (SRPP) under EU Law and International Agreements, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2017, nr 3, s. 293). Zasada efektywności, uregulowana w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązuje Zamawiającego nie tylko do udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw w ramach Środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, lecz również do uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, o ile Są one możliwe do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. W ocenie Zamawiającego takie efekty społeczne były możliwe do osiągnięcia w danym zamówieniu, a kwestia najkorzystniejszej ekonomicznie Oferty wydaje się bezsporna — skoro Zamawiający uzyskał ofertę, która dała największą możliwość wykorzystania bonów dla jego pracowników, co stanowiło ich istotne wsparcie.

12. Jednak powyższa argumentacja jest jedynie uzupełnieniem stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym nie można mówić 0 czynnie nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 4 ustawy ZNK, ponieważ nie zostały spełnione przesłanki przewidziane w tym przepisie. Nie ma mowy o nieuczciwym utrudnieniu dostępu do rynku dla małego przedsiębiorcy, którym Wykonawca SODEXO Benefits & Rewards Services Polska Sp. z o.o. de facto i de iure nie jest, a to w

stosunku do jego Oferty Kontrolujący referuje ewentualny czyn nieuczciwej konkurencji Wykonawcy RADOMDIS POLAND SP. Z O.O.

13. W związku z powyższym Zamawiający:

- nie zgadza się z informacją o wyniku kontroli doraźnej dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem był zakup bonów towarowych ze środków ZFSS dla pracowników RSPR (oznaczenie sprawy. RSPR-3PN/2020) - sygn. KND/20/22/DKZP, tj. nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ust. 3 tej samej ustawy;

- nie zgadza się z informacją o wyniku kontroli doraźnej dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem był zakup bonów towarowych ze środków ZFSS dla pracowników RSPR (Oznaczenie spraw: RSPR/TP/D-4/2021) sygn. KND/21/22/DKZP, tj. nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. oraz art. 17 ust. 2 tej samej ustawy.

Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Wykonawcy RADOMDIS POLAND SP. Z O.O., ponieważ jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 6 lipca 2022 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 czerwca 2022 r.

Odnosząc się do ww. argumentacji przedstawionej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej poinformował: (...)

W pierwszej kolejności należy wskazać, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W obecnym stanie prawnym, zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2022 poz. 1233). Zamawiający, dokonując badania i oceny oferty, zarówno w poprzednim jak i obecnym stanie prawnym, obowiązany jest więc ustalić, czy złożenie Oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk, tj. czy złożenie oferty wypełnia dyspozycję art. 3 ust. 1 uznk lub mieści się w zakresie wymienionych przykładowych czynów z art. 3 ust. 2 uznk lub dalszych art. 5—17g uznk.

W myśl art. 15 ust. 4 pkt i 2 uznk, jednym z przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji wymienionych w uznk jest emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi. oferowanych poniżej ich wartości nominalnej oraz emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie

przewyższającej wartość nominalną znaku jest utrudnieniem dostępu do rynku małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. poz. 1178, z późn. zm.). Zdaniem Urzędu, czyn wymieniony w art. 15 ust. 4 pkt 1 uznk stanowi nazwany czyn nieuczciwej konkurencji, który nie wymaga odrębnego wykazywania, że jego wystąpienie utrudnia dostęp do rynku. utrudnianie dostępu do rynku następuje bowiem poprzez sam fakt emitowania Oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi. oferowanych poniżej ich wartości nominalnej. W przypadku obydwu kontrolowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego utrudnienie dostępu do rynku nastąpiło poprzez zaoferowanie bonów towarowych za cenę niższą niż ich wartość nominalna. Prezes Urzędu nie zgadza się więc ze stwierdzeniem Zamawiającego, że aby w ogóle można było czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy ZNK, należy sprawdzić, Czy rzeczywiście doszło do utrudniania dostępu do rynku małym przedsiębiorcom. W tym miejscu należy nadmienić, że rozumienie przesłanki utrudniania dostępu do rynku nie jest jednolite ani w doktrynie, ani w orzecznictwie. Sądy uznają bowiem także, że utrudnienie dostępu do rynku jest elementem konstrukcyjnym deliktów wskazanych w art. 15 uznk. Dla przykładu, w wyroku z dnia 26 stycznia 2006 r. Sąd Najwyższy stwierdził: *„w obecnym stanie prawnym sprawa jest stosunkowo prosta. Z dniem 15.12.2002 r. wszedł w życie art. 1 pkt 3 ustawy z 5.07.2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 126, poz. 1071), nowelizujący art. 15 tejże ustawy. Zmiana polegała na wyraźnym sformułowaniu, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, m.in. przez pobieranie innych niż marża handlowa opłat Za przyjęcie towaru do sprzedaży (pkt 4 tego przepisu). Nie ulega wątpliwości, że pod rządem przepisu w obecnej treści zastrzeżenie dodatkowych opłat za tzw. wejście do sklepu (półkowe), Czy, jak to miało miejsce w sprawie niniejszej, kwot na otwarcie, jest zabronione, a ustawa wyraźnie kwalifikuje takie zachowanie jako Czyn nieuczciwej konkurencji”*. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 2 grudnia 2008 r. I ACa 391/08 uznał, że: *„sformułowanie art. 15 uznk zakłada, iż w ocenie samego ustawodawcy czyny stypizowane w przepisie stanowią formę „utrudniania dostępu do rynku”*.

W wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 28 sierpnia 2008 r. I ACa645/08 podkreślono natomiast, że: *„czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. pkt 4 uznk (..) polega na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez sam fakt pobierania opłat innych niż marża za przyjęcie towaru do sklepu, przy czym bez znaczenia jest, czy towary te można było zbyć innemu przedsiębiorcy oraz czy Zbycie towarów przedsiębiorcy stosującemu takie opłaty jest mniej lub bardziej opłacalne ekonomicznie dla dostawcy niż zbycie innemu przedsiębiorcy”*.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2012 r. I CSK 147/12 przyjęto wprost, że: *„konstrukcja art. 15 ust. 1 pkt uznk dowodzi egzemplifikacji utrudniania dostępu do rynku, a więc każde z zachowań spośród opisanych w punktach 1—5 art. 15 ust. 1 uznk zawsze*

utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do rynku. Nie wymaga zatem dowodzenia, że w wyniku wystąpienia któregośkolwiek z opisanych we wskazanych punktach zachowania nastąpiło utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku. Stany faktyczne objęte hipotezą norm zawartych w pięciu punktach ust. 1 art. 15 uznk zawsze więc przesądzają o wystąpieniu opisanej w tym przepisie postaci czynu nieuczciwej konkurencji, co zwalnia już z obowiązku dowodzenia, że konkretne zachowanie skutkowało utrudnieniem konkretnemu przedsiębiorcy dostępu do rynku."

Abstrahując od powyższej wykładni sądów powszechnych należy uznać, że Zamawiający nawet jeżeli stał na stanowisku, że wykonawca musi wykazać, że jego działanie nie utrudniało dostępu innemu przedsiębiorcy do rynku, to bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia Wykonawcy RADOMDIS polska Sp. z o.o., złożone pismem z dnia 7 grudnia 2020 w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objętego kontrolą doraźną o sygn. akt KND/20/22/DKZP. W ocenie Urzędu, Zamawiający nie miał podstaw faktycznych oraz prawnych, aby zaniechać odrzucenia oferty ww. Wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Należy przypomnieć, że pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy RADOMDIS polska Sp. z o.o. z prośbą o ustosunkowanie się do zarzutów Sodexo Benefits and Reward Services Polska Sp. z o.o. dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu przez Wykonawcę RADOMDIS polska Sp. z o.o. bonów towarowych za cenę niższą niż ich wartość nominalna, tj. z naruszeniem przepisu art. 15 ust. 4 pkt 1 uznk. W odpowiedzi na powyższe pismo Wykonawca RADOMDIS Polska Sp. z o.o. wyjaśnił, że w zaistniałym stanie faktycznym nie można mówić o „utrudnianiu dostępu do rynku, gdyż termin ważności bonów jest stosunkowo długi (12 m-cy) a wykaz placówek honorujących bony obejmuje 47 sklepów na terenie całego kraju. Biorąc również pod uwagę przewidywaną ilość bonów i ich wartość nominalną, pozostanie to zatem bez wpływu na sytuację innych uczestników rynku. Stanowisko zgodnie z którym nie może być mowy o „utrudnianiu dostępu do rynku” potwierdza również sama treść SIWZ Zamawiającego poprzez wyraźne dopuszczenie ofert do zakup bonów poniżej ich wartości nominalnej. Radomdis Polska Sp. z o.o. złożyła ofertę zgodną z treścią SIWZ i formularza ofertowego, w którym Zamawiający wskazał m.in., że „cena jednostkowo brutto w pozycji nr 1 nie może przekroczyć kwoty 50 zł brutto, w pozycji nr 2 nie może przekroczyć kwoty 20 zł brutto”, w związku z czym Zamawiający dopuszczał cenę niższą. Wyjaśnienia Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. w żaden sposób nie udowadniały braku utrudniania dostępu do rynku innym wykonawcom. Odniesienie się do stosunkowo długiego terminu ważności bonów oraz wykazu placówek honorujących bony nie miało znaczenia z punktu widzenia stanu faktycznego kontrolowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W obu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przy wyborze Ofert Zamawiający kierował się następującymi (1) cena brutto — o wadze 90% oraz (2) termin ważności bonów — 0 wadze

10%. Zamawiający przy ocenie ofert nie brał pod uwagę ilości placówek honorujących bony. Biorąc pod uwagę ww. kryteria oceny ofert, gdzie kryterium ceny ma wagę 90%, stwierdzić należy, że zaoferowanie przez Wykonawcę bonów za cenę niższą niż ich wartość nominalna utrudniło dostęp do uzyskania tego zamówienia Wykonawcy, zaoferował Cenę zgodną z przepisem art. 15 ust. 4 pkt 1 uznk, tj. za cenę równą wartości nominalnej bonów. Mimo to, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zakup bonów towarowych ze Środków ZFŚS dla pracowników RSPR, oznaczenie sprawy: RSPR-3PN/2020. Analogiczne naruszenie nastąpiło w postępowaniu pn. Zakup bonów towarowych ze Środków ZFŚS dla pracowników Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego (RSPR), oznaczenie sprawy: RSPR/TP/D4/2021. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w którym decyzja Zamawiającego oparta była na tych samych wnioskach. Prezes Urzędu nie zgadza się również z zastrzeżeniem Zamawiającego dotyczącym konieczności wyznaczenia rynku właściwego, czego zdaniem Zamawiającego zaniechano w toku Obydwu kontroli doraźnych. Wskazać tutaj należy, że „rynek właściwy” posiada definicję legalną wprowadzoną przez ustawę z dnia 16 lutego 2017 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2021 poz. 275). Zgodnie z art. 4 pkt 9 tej ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. W świetle powyższej definicji. pojęcie rynku właściwego różni się od definicji rynku używanych w innych kontekstach. Na przykład przedsiębiorstwa często używają pojęcia rynek do określenia obszaru, gdzie sprzedają swoje produkty lub określania szeroko branży lub sektora, do którego należą. Biorąc pod uwagę powyższe, wskazać należy, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pojęcie rynku właściwego zostaje zdefiniowane samoistnie — przez procedurę udzielenia zamówienia publicznego oraz przedmiot tego zamówienia, w tym przypadku jest dostawa bonów towarowych. Należy również stwierdzić, że gdyby na gruncie przepisów ustawy PZP przyjąć odmienne założenie odpowiadające argumentacji Zamawiającego, przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP o obowiązku odrzucenia oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji pozostawałby „martwy”. Wobec powyższego, nie można również zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że w toku kontroli nie wykazano, w jaki sposób doszło do utrudnienia dostępu do rynku. Jak już wyjaśniono, Prezes UZP stoi na stanowisku, że wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust, 4 pkt 1 uznk nie wymaga dowodzenia utrudnienia dostępu do rynku, stanowi je bowiem *per se*. Istotnie, jak zauważył Zamawiający, nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem

nieuczciwej konkurencji. Bezsprzecznie jest nim natomiast takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Jak ustalono w toku kontroli, zaferowanie bonów towarowych przez Wykonawcę RADOMDIS Polska Sp. z o.o. za cenę niższą niż ich wartość nominalna stanowi czyn sprzeczny przepisem art. 15 ust. pkt 1 uznk. Tym samym należy uznać, że w zaistniałym stanie faktycznym miał miejsce element nieuczciwości zakłócającej dozwoloną walkę rynkową.

Ustosunkowując się z kolei do treści pkt 6 zastrzeżeń, należy wskazać, że Zamawiający w żaden sposób nie dowodzi, aby Wykonawca SODEXO Benefits & Rewards Services Polska Sp. o.o. był małym przedsiębiorcą. Zamawiający nie podnosił również tego argumentu na wcześniejszym etapie kontroli, w toku postępowania wyjaśniającego, a dokumentacja postępowania nie zawiera takiej informacji. Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art- 89 ust. pkt 3 ustawy Pzp2004, a w obecnym stanie prawnym, zgodnie z brzmieniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk, przy czym, stosownie do treści art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zatem, aby uznać Określone zachowanie przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą (1), działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami (2), doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Należy nadmienić, że 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 określone działania stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża. Innymi słowy, czynami nieuczciwej konkurencji są wszelkie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk), Są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ust. 4 pkt 1 uznk, bez względu na wielkość tego przedsiębiorcy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty

konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Oferowanie bonów towarowych poniżej ich wartości nominalnej jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, czym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 i Odpowiednio na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Skoro Zamawiający zakwestionował ziszczenie się przykładowej przesłanki określonej w przepisie art. 15 ust. 4 pkt uznk, jako że w jego ocenie nie mamy do czynienia z nieuczciwym utrudnianiem dostępu do rynku, które dotyczyłoby małego przedsiębiorcy, powinien mieć na uwadze konieczność zweryfikowania działania Wykonawcy RADOMDIS polska Sp. z o.o. w kontekście przesłanek z art. 3 ust. 1 uznk. Zważywszy na to, że katalog czynów wskazanych w tej ustawie ma charakter otwarty, zachowania niemieszczące się w tym katalogu, a wypełniające definicję z art. 3 ust. 1 uznk, mogą być również uznane za czyny nieuczciwej konkurencji. W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zaoferowanie przez Wykonawcę RADOMDIS Polska Sp. z o.o. bonów towarowych za cenę niższą niż ich wartość nominalna spełniało przesłanki określone w art. 3 ust. 1 uznk. Wobec tego Zamawiający w każdym razie miał podstawy, aby uznać działanie Wykonawcy RADOMDIS Polska Sp. z o.o. za czyn nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji odrzucić oferty złożone przez tego Wykonawcę.

Przechodząc do dalszej części zastrzeżeń, nie sposób nie zgodzić się ze stwierdzeniem, że Prezes Urzędu w bezkrytyczny sposób przeniósł rzeczywistość prawną kreowaną przez ustawę ZNK no obszar prawa zamówień publicznych. W tym miejscu należy zauważyć, że art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004) bezpośrednio odsyłają do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy wyjaśnić, że ustawa Prawo zamówień publicznych jest narzędziem do dokonywania zakupów przez podmioty obowiązane do stosowania przepisów tej ustawy, ale zakupów tych sektor publiczny dokonuje na „wolnym rynku”, chronionym m.in. przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. A zatem na gruncie przepisów ustawy pzp, które w przepisach art, 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp (odpowiednio art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004) formułują nakaz odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji zamawiający ma obowiązek respektować ww. przepisy uznk w postępowaniu o udzielenie zamówienie publiczne. Na koniec należy wskazać, że argumentacja Zamawiającego zawarta w punktach 9 — 11 zastrzeżeń pozostaje bez znaczenia dla stwierdzonych w wyniku kontroli doraźnych naruszeń. Okoliczności sprawy dotyczącego tego, że Zamawiający kierował się aspektami społecznymi, pozwalającymi na szerokie uwzględnienie potrzeb beneficjentów tych zamówień oraz zasadą efektywności, nie zwalniały Zamawiającego z zastosowania przepisów art. 226

ust. 1 pkt 7 ustawy PZP (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004). Reasumując, w ocenie Urzędu, na gruncie obydwu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający miał podstawę do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę RADOMDIS Polska Sp. z o.o., jako że zaoferowanie bonów towarowych poniżej ich wartości nominalnej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 4 pkt 1 uznk. Co więcej, należy zauważyć, że oferta tego Wykonawcy podlegała odrzuceniu nawet wówczas, gdyby tak jak przyjął Zamawiający, nie zachodziła przesłanka utrudniania dostępu do rynku małym przedsiębiorcom. Analiza stanu faktycznego i prawnego sprawy pozwala bowiem uznać, że działanie tego Wykonawcy spełniało w obydwu kontrolowanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przesłanki określone w art. 3 ust. 1 uznk. A do tych przesłanek nie należy przesłanka utrudnienia dostępu do rynku małym przedsiębiorcom". W konkluzji, uwzględniając powyższe, podtrzymał stwierdzone w Informacjach o wyniku kontroli doraźnych dnia 7 czerwca 2022 r. (KND/20/22/DKZP, KND/21/22/DKZP) naruszenia przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004. polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Spółka z o.o., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Spółka z o.o., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone pismem z dnia 21 czerwca 2022 r. do stwierdzonych w Informacjach o wyniku kontroli doraźnych z dnia 7 czerwca 2022 r. (KND/20/22/DKZP, KND/21/22/DKZP) naruszenia przepisów:

1. *art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004. polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Spółka z o.o., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.*
2. *art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy RADOMDIS POLSKA Spółka z o.o., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a*

w konsekwencji udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

- nie zasługują na uwzględnienie, a które to naruszenia – jak wskazano w zastrzeżeniach - odnoszą się do tych samych norm prawa zamówień publicznych, przy analogicznym stanie faktycznym.

Ustawa Prawo zamówień publicznych – jak wskazywał Kontrolujący a następnie Prezes Urzędu - stanowi narzędzie do dokonywania zakupów przez podmioty obowiązane do stosowania przepisów tej ustawy, których to zakupów sektor publiczny dokonuje na tzw. „wolnym rynku”, który to rynek z kolei jest chroniony m.in. przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe wynika z przepisów ustawy Pzp, aktualnie jej art. 226 ust. 1 pkt 7, a uprzednio art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, w których to przepisach został sformułowany nakaz odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji. Zatem zamawiający ma obowiązek respektować ww. przepisy uznk w postępowaniu o udzielenie zamówienie publiczne.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Kontrolującego, a następnie podtrzymanym przez Prezesa Urzędu w piśmie z dnia 6 lipca 2022 r., że czyn wymieniony w art. 15 ust. 4 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) stanowi nazwany czyn nieuczciwej konkurencji, który nie wymaga odrębnego wykazywania, że jego wystąpienie utrudnia dostęp do rynku. Utrudnianie dostępu do rynku następuje bowiem poprzez sam fakt emitowania oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi. oferowanych poniżej ich wartości nominalnej. W przypadku obydwu kontrolowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego utrudnienie dostępu do rynku nastąpiło wskutek zaoferowania bonów towarowych za cenę niższą niż ich wartość nominalna. W tym miejscu Izba wskazuje (podobnie jak Prezes Urzędu w piśmie z dnia 6/07/22) na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2012 r. I CSK 147/12 przyjęto wprost, że: *„konstrukcja art. 15 ust. 1 pkt uznk dowodzi egzemplifikacji utrudniania dostępu do rynku, a więc każde z zachowań spośród opisanych w punktach 1—5 art. 15 ust. 1 uznk zawsze utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do rynku. Nie wymaga zatem dowodzenia, że w wyniku wystąpienia któregośkolwiek z opisanych we wskazanych punktach zachowań nastąpiło utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku. Stany faktyczne objęte hipotezą norm zawartych w pięciu punktach ust. 1 art. 15 uznk zawsze więc przesądzają o wystąpieniu opisanej w tym przepisie postaci czynu nieuczciwej konkurencji, co zwalnia już z obowiązku dowodzenia, że konkretne zachowanie skutkowało utrudnieniem konkretnemu przedsiębiorcy dostępu do rynku.”*

Izba zwraca również uwagę, że wskazany czyn stanowi naruszenie uczciwej konkurencji w świetle powoływanego przez Zamawiającego art. 3 ust. 1 uznk. W myśl tego przepisu, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zatem zgodnie z tym przepisem, co potwierdza orzecznictwo, dla ustalenia, że określone działania stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że takie działania temu interesowi zagrażają. Innymi słowy, jak wskazał Kontrolujący, czynami nieuczciwej konkurencji są wszelkie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk), Są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zrachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ust. 4 pkt 1 uznk, bez względu na wielkość tego przedsiębiorcy.

Tym samym pozostałe okoliczności wskazywane w zastrzeżeniach przez Zamawiającego, w tym obowiązek uprzedniego sprawdzenia, czy rzeczywiście doszło do utrudniania dostępu do rynku małym przedsiębiorcom, przed zakwalifikowaniem tego czynu jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy ZNK czy też rozważania w zakresie małego przedsiębiorstwa czy warunki wyboru oferty wskazane w Specyfikacjach dla rozstrzygnięcia tej sprawy są irrelewantne. Izba dodatkowo wskazuje, że nie ma podstaw – także faktycznych - kwestionowania ustaleń Kontrolującego, że wyjaśnienia wykonawcy Radomdis Polska Sp. z o.o. w żaden sposób nie udowodniały braku utrudniania dostępu do rynku innym wykonawcom. Odniesienie się do stosunkowo długiego terminu ważności bonów oraz wykazu placówek honorujących bony nie miało znaczenia z punktu widzenia stanu faktycznego kontrolowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, gdzie kryterium ceny ma wagę 90%, zaoferowanie przez wykonawcę bonów za cenę niższą niż ich wartość nominalna utrudniło dostęp do uzyskania tego zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę zgodną z przepisem art. 15 ust. 4 pkt 1 uznk, tj. za cenę równą wartości nominalnej bonów.

W konkluzji Izba stwierdza, że na gruncie obydwu wskazanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający miał podstawę do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Radomdis Polska Sp. z o.o., który zaoferował bony towarowe poniżej ich wartości nominalnej, co stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 4 pkt 1 uznk.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 610 ust. 3 ustawy
Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....