



Warszawa, 2022 roku

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ2.442.21.2022.MSZ

KND/20/22/DKZP

KND/21/22/DKZP

Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego
w Radomiu
ul. Tochtermana 1
26-600 Radom

W odpowiedzi na pismo z dnia 21 czerwca 2022 r. zawierające zastrzeżenia od wyników kontroli doraźnych z dnia 7 czerwca 2022 r., przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowań o udzielenie zamówień publicznych, pn.:

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),

uprzejmie informuję, że podtrzymuję stanowisko dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, dalej jako „ustawa Pzp2004”), a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymienionego w pkt 1, oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej jako „ustawą Pzp”), w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymienionego w pkt 2, wskazanych w Informacjach o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 czerwca 2022 r., przekazanych przy piśmie znak: DKZP.WKZ2.442.21.2022.MSZ.

Ad. 1.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej udzielenia zamówienia publicznego na **Zakup bonów towarowych ze środków ZFŚS dla pracowników RSPR** (oznaczenie sprawy: RSPR-3PN/2020) stwierdzono naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę X, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Ad 2.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej udzielenia zamówienia publicznego na **Zakup bonów towarowych ze środków ZFŚS dla pracowników Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego (RSPR)** (oznaczenie sprawy: RSPR/TP/D-4/2021) stwierdzono naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy X, 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.

Zamawiający pismem z dnia 21 czerwca 2022 r. wniósł zastrzeżenia w zakresie ww. naruszeń wskazanych w Informacjach o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 czerwca 2022 r. o sygn. akt KND/20/22/DKZP oraz KND/21/22/DKZP. Zamawiający na wstępie zaznaczył, że: *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.*

W pkt 1 zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej Zamawiający podniósł, że: *(...) chciałby przede wszystkim zaznaczyć, że zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: 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.*

W pkt 2 zastrzeżeń Zamawiający wskazał, że: *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.*

Dalej w pkt 3 zastrzeżeń Zamawiający stwierdził, że: *(...) w obu postępowaniach nie doszło do „utrudnienia dostępu do rynku”. Zamawiający chciałby podkreślić, że w celu ustalenia, czy rzeczywiście doszło do wystąpienia 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.*

Zamawiający w pkt 4 zastrzeżeń zakwestionował stwierdzone naruszenia, wskazując że Prezes UZP *poza brakiem określenia rynku, nie wziął pod uwagę kilku istotnych elementów, które konstytuują zarzut czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy ZNK.* Zdaniem

Zamawiającego (pkt 5 zastrzeżeń), pominięto 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 — X., jak i Y, a także inne podmioty bez problemu oferują swoje usługi na rynku w Polsce i niewątpliwie korzystają ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Zamawiający zauważył, że: (...) 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.

Ponadto, w pkt 7 zastrzeżeń podniesiono, że: (...) przepis art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy ZNK dotyczy utrudniania dostępu do rynku małym przedsiębiorcom. Tymczasem Y nie należy do grupy małych przedsiębiorców. W konsekwencji, nie może być mowy o czynie nieuczciwej konkurencji ze strony X. w stosunku do Y. Tymczasem to właśnie w takiej relacji Kontrolujący widzi istotę czynu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu objętym kontrolą, twierdząc: „(...) w przedmiotowym postępowaniu opisany czyn Wykonawcy X 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 ocenie Wnoszącego zastrzeżenia (pkt 8): (...) 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 słusznych 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.

W pkt 9 zastrzeżeń Zamawiający stwierdził również, że: *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 Y. była możliwość realizowania bonów również w sklepach X. W związku z tym wybierając Y pracownicy Zamawiającego wymieniając bony towarowe otrzymaliby od 8 do 9,20% mniej produktów niż w przypadku oferty X. Cały rabat na towary otrzymane za bony stałby się przychodem Y, który nie jest ani producentem, ani dostawcą jakichkolwiek produktów, a jedynie pośrednikiem. Bony towarowe zakupowane z FŚS mają na celu poprawę sytuacji bytowej pracowników, nie zaś niecelowe utrzymywanie pośredników czerpiących korzyści wyłącznie z tej działalności. Wykonawca X. 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.*

Dalej Zamawiający wskazuje, że: *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 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 zastosowanemu rabatowi pracownicy Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Radomiu otrzymali w 2021 r. w zależności od sytuacji finansowej bony o wyższej wartości i było to odpowiednio: 112 zł, 116 zł oraz 120 złotych dla pracownika. (pkt 10 zastrzeżeń)*

Na koniec Zamawiający argumentuje, że: *Zakwestionowane (...) 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 wydając środki publiczne zamawiający — zamiast wywoływać korzyści społeczne — generowałoby zjawisko tzw. krzywd społecznych, co byłoby sprzeczne z ideą społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych (zob. A.Semple, *Social/y 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 data największa możliwość wykorzystania bonów dla jego pracowników, co stanowiło ich istotne wsparcie. (pkt 11 zastrzeżeń)

Ostatecznie w opinii Zamawiający: *powyższa argumentacja jest jedynie uzupełnieniem stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym nie można mówić o czynie 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 Y de facto i de iure nie jest, a to w stosunku do jego oferty Kontrolujący referuje ewentualny czyn nieuczciwej konkurencji Wykonawcy X.*

Odnosząc się do ww. argumentacji przedstawionej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej informuję, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 stanowił, 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 1 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.)¹.

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 rozpatrywać czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy ZNK, należy sprawdzić, czy rzeczywiście doszło do utrudniania dostępu do rynku małym przedsiębiorcom*

¹ Ustawa utraciła moc na podstawie art. 66 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. poz. 1808, z 2006 r. poz. 1636, z 2008 r. poz. 888, z 2009 r. poz. 97 oraz z 2011 r. poz. 764), która weszła w życie z dniem 21 sierpnia 2004 r., z tym że art. 54 tej ustawy utracił moc z dniem 31 grudnia 2004 r. Do dnia 30 kwietnia 2018 r., na podstawie art. 86 ustawy wymienionej w zdaniu pierwszym, definicja małego przedsiębiorcy była określona w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2017 r. poz. 2168, 2290 i 2486 oraz z 2018 r. poz. 107 i 398).

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, iż 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.² 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.³ podkreślono natomiast, że: „czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 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.⁴ przyjęto wprost, że: „konstrukcja art. 15 ust. 1 pkt 1–5 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 przesądzą 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 X, złożone pismem z dnia 7 grudnia 2020 r., 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 zaniechał 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 X z prośbą o ustosunkowanie się do zarzutów Y dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaferowaniu przez Wykonawcę X 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 X 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.*

² | ACa 391/08.

³ | ACa 645/08.

⁴ | CSK 147/12.

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.

X złożyła ofertę zgodną z treścią SIWZ 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.

Wyjaśnienia Wykonawcy X 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 kryteriami: (1) cena brutto – o wadze 90% oraz (2) termin ważności bonów – o 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, który 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 X 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 wyznaczania 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, którym 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”.⁵

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, zaoferowanie bonów towarowych przez Wykonawcę X za cenę niższą niż ich wartość nominalna stanowi czyn sprzeczny z 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 Y 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. 1 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 w warunkach 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 obyczajami, 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 (3).

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.⁶

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 utrudnieniem 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

⁵ Odpowiednio: oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w brzmieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004.

⁶ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 października 2006 r., sygn. akt I ACa 1103/06.

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 1 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 X 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 X 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 X § 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 na 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 dotyczące 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 X, 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 uzk. A do tych przesłanek nie należy przesłanka utrudnienia dostępu do rynku małym przedsiębiorcom.

Uwzględniając powyższe, podtrzymuję stwierdzone 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 X, 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 X, 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.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 21 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 20/22) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględni zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnych przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu w przedmiocie zamówień publicznych pn. *Zakup bonów towarowych ze środków ZFŚS dla pracowników RSPR* (oznaczenie sprawy: RSPR-3PN/2020) oraz *Zakup bonów towarowych ze środków ZFŚS dla pracowników Radomskiej Stacji Pogotowia Ratunkowego (RSPR)* (oznaczenie sprawy: RSPR/TP/D-4/2021).

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 20/22).

Załączniki:

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 20/22).