

Sygn. akt: KIO/UZP 532 /09

WYROK
z dnia 11 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o., Biuro Projektów i Realizacji Obiektów Gospodarki Wodno-Ściekowej „BIPROWOD” Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Towarowa 12-14** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Dobromierz, 59-170 Dobromierz , Plac Wolności 24** protestu z dnia 8 kwietnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Dobromierz, 59-170 Dobromierz, Plac Wolności 24** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o., Biuro Projektów i Realizacji Obiektów Gospodarki Wodno-Ściekowej „BIPROWOD” Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Towarowa 12-14,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **6 811 zł 12 gr** (słownie: sześć tysięcy osiemset jedenaście złotych dwanaście groszy) przez **Gminę Dobromierz, 59-170 Dobromierz, Plac Wolności 24** na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o., Biuro Projektów i Realizacji Obiektów Gospodarki Wodno-Ściekowej „BIPROWOD” Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Towarowa 12-14** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **7 713 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o., Biuro Projektów i Realizacji Obiektów Gospodarki Wodno-Ściekowej „BIPROWOD” Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Towarowa 12-14.**

U z a s a d n i e

Zamawiający - Gmina Dobromierz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowę kanalizacji sanitarnej z przyłączami w Dobromierzu i Serwinowie dla zadania inwestycyjnego pn. "Budowa systemu gospodarki ściekowej dla aglomeracji Dobromierz - Faza I" - realizowanego przy

współdziale Norweskich Mechanizmów Finansowych". Zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwa zadania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 stycznia 2009 r. w poz. Nr 15627-2009.

W dniu 2 kwietnia 2009 r. (pismem z dnia 1 kwietnia 2009 r.) zamawiający poinformował Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy o wykluczeniu z postępowania Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) zwanej dalej Pzp oraz o odrzuceniu złożonej przez tego wykonawcę oferty - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 Pzp. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dla zadania nr 2, przy czym za wykonawcę uznał Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o., a nie konsorcjum firm składającego się z Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o. i Biura Projektów i Realizacji Obiektów Gospodarki Wodno-Ściekowej „BIPROWOD” Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum EKO-WOD). Ponadto zamawiający uznał, że złożenie oferty przez Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Konsorcjum EKO - WOD wniosło protest na czynność wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o. i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 22, art. 23, art. 24 oraz art. 89 ust 1 pkt 3 i pkt 5 Pzp. Odwołujący podniósł, iż nie może budzić wątpliwości fakt, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia ubiega się Konsorcjum EKO - WOD. Zgodnie z art. 23 Pzp i § 8 ust. 7 pkt 4 siwz nastąpiło ustanowienie pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Umowa Konsorcjum została dołączona do oferty wraz z pełnomocnictwem udzielonym przez członków Konsorcjum dla lidera - Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o. Z treści Umowy Konsorcjum wynika, że jej celem jest „wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz że pełnomocnikiem do reprezentowania Konsorcjum ustanowiono P.R.W.i.E. EKO - WOD Sp. z o.o. Oferta zawiera wszystkie niezbędne dokumenty złożone każdego z Partnerów Konsorcjum (w tym: oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, odpisy z KRS, zaświadczenia z US, ZUS, KRK). Odwołujący wskazał, iż zbiorcze zestawienie ofert sporządzone przez zamawiającego zawiera w pozycji 5 wskazanie oferty złożonej przez Konsorcjum firm: P.R.W. i E. EKO - WOD Sp. z o.o. oraz BIPROWOD Sp. z o.o. Podobnie, pismo zamawiającego z dnia 4 marca 2009 r. adresowane było do Lidera Konsorcjum. Odwołujący podkreślił, że brak jest podstaw do wykluczenia Konsorcjum EKO – WOD z postępowania, a w konsekwencji

podstaw do odrzucenia złożonej przez Konsorcjum EKO – WOD oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Ponadto odwołujący wskazał na brak uzasadnienia do odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum EKO - WOD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zgodnie z art. 6 k.c., ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na zamawiającym. Przytoczył definicję czynu nieuczciwej konkurencji, określoną w art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podnosząc, że zamawiający winien wykazać, iż przedmiot zamówienia zaoferowany został poniżej kosztów jego wytworzenia. Przywołał wyrok ZA z 19 lipca 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2057/06 oraz fragment z treści Komentarza do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Legalis Internet. Podniósł także, że warunkiem koniecznym uznania, iż złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest zamiar wyeliminowania z rynku innych wykonawców (wyrok KIO z 13 marca 2009 r. sygn. akt UZP/KIO/0-249/09). Powołał się także na orzeczenia KIO o sygn. akt UZP/KIO/0-1260/08, sygn. akt UZP/KIO/0-667/08, sygn. akt UZP/KIO/0-1392/08.

Zamawiający oddalił protest jako niezasadny. W uzasadnieniu zamawiający podniósł, że oprotestowana czynność nie dotyczy wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: P.R.W. i E. EKO.-WOD Sp. z o.o. oraz BIPROWOD Sp. z o.o. lecz samodzielnie biorącego udział w postępowaniu - Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy. Zamawiający podał, iż tego wykonawcy dotyczy także decyzja o odrzuceniu oferty. Zamawiający przyznał, iż oferta zawiera informacje dotyczące konsorcjum, w tym umowę konsorcjum oraz stosowne pełnomocnictwo, ale z treści formularza ofertowego złożonego w ofercie jednoznacznie wynika, że została ona złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o. występującego samodzielnie.

Zamawiający stwierdził również, że nie kwestionuje faktu zawarcia pomiędzy stronami umowy konsorcjum, której celem było wspólne złożenie oferty, ani też umocowania Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO -WOD" Sp. z o.o. do złożenia wspólnej oferty. W jego ocenie - czym innym jednak jest zamiar i czynione ku temu przygotowania, a czym innym dokonanie określonej czynności prawnej. Przyznał, że podczas czynności otwarcia ofert oraz w pierwszej fazie postępowania sugerował się zapisami na stronie tytułowej (okładce) oferty, gdzie znajduje się informacja o konsorcjum. Jednak w toku badania ofert uznał, iż oferta została złożona i podpisana w imieniu własnym przez lidera Konsorcjum. Po ujawnieniu tego faktu zamawiający nie znalazł podstaw do wykluczenia z postępowania, z tego powodu, samodzielnie występującego wykonawcy. Zamawiający uznał ofertę za uczestniczącą w postępowaniu i dokonał jej badania. W efekcie tego badania – postanowił, jak w piśmie z dnia 1 kwietnia 2009 r. Dodatkowo zamawiający stwierdził, że nawet, gdyby przyjąć, iż przedmiotowa oferta złożona została przez

Konsorcjum, to zamawiający musiałby taką ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w § 8 pkt. 7 ppkt. 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił jednoznacznie, iż "Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (np. w konsorcjum). W takich przypadkach ich oferta musi spełniać następujące wymagania (...) wypełniając formularz ofertowy, jak również inne dokumenty powołujące się na "Wykonawcę"; w miejscu "np. nazwa i adres Wykonawcy" należy wpisać dane dotyczące konsorcjum, a nie pełnomocnika konsorcjum. Podkreślił również, że nie jest rolą zamawiającego dochodzenie, czy sposób określenia wykonawcy był wynikiem świadomego działania, czy też np. błędu lub omyłki. Dokonanie takiej poprawki przez zamawiającego stanowiłoby istotną zmianę treści oferty, gdyż nastąpiłaby zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy składającego ofertę. W ocenie zamawiającego, podpisanie i złożenie formularza ofertowego jest najważniejszym aktem w toku składania oferty, ponieważ określa zarówno podmiot zobowiązany, przedmiot jego zobowiązania, warunki realizacji świadczenia, oświadczenie o związaniu ofertą, zobowiązanie do zawarcia umowy oraz inne oświadczenia i zobowiązania. Nie można na podstawie innych dokumentów domniemywać, że ofertę złożył inny podmiot, niż ten, który to faktycznie uczynił. Zamawiający wskazał na marginesie, iż zaferowana przez Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO -WOD" Sp. z o.o. cena przekracza o 570.482,75 zł kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia – wobec czego postępowanie musiałoby zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający wyjaśnił także, że twierdzenia odwołującego dotyczące wadium uznał za bezprzedmiotowe.

Ponadto zamawiający uznał, iż oferta Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o. stanowi akt nieuczciwej konkurencji. Podniósł, że na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaferowany czas dojazdu serwisu w zadaniu nr 1 oraz termin wykonania zadania nr 2 są realne i możliwe do wykonania. Wyjaśnił, że obowiązkiem zamawiającego jest badanie czy dążenie do uzyskania zamówienia przez wykonawcę nie przekracza granic uczciwości. W tym kontekście zamawiający wyjaśnił stwierdzenie, iż "złożona przez Wykonawcę oferta, obliczona była na zdobycie zamówienia i wyeliminowanie innych z dostępu do jego uzyskania". Na poparcie stanowiska przytoczył pogląd wyrażony przez ZA w wyroku z dnia 17 grudnia 2003 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2081/03.

Konsorcjum EKO-WOD wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22, art. 23, art. 24 oraz art. 89 ust 1 pkt 3 i pkt 5 Pzp. Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności

wyboru oferty najkorzystniejszej. Przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: postanowienie KIO z dnia 18 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 918/08, wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 117/07. W jego ocenie, zamawiający w rozstrzygnięciu protestu podniósł nowy zarzut - sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem odwołującego, brak wskazania, wszystkich podmiotów tworzących konsorcjum, w formularzu ofertowym, oceniać można jedynie jako niezgodność treści oferty z treścią siwz w zakresie formy. Odwołujący zgodził się, że w niniejszej sprawie żadna z okoliczności, będących podstawą zastosowania art. 87 Pzp, nie występuje.

W ocenie odwołującego, bezpodstawne jest uzależnienie przez zamawiającego interesu prawnego odwołującego od stosunku wartości oferty - do wysokości kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione wykluczenie wykonawcy z postępowania i odrzucenie złożonej przez niego oferty.

Izba uznała za zasadny zarzut podniesiony przez odwołującego, dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 23 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez uznanie, że oferta została złożona przez wykonawcę samodzielnie ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia tj. Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o. – jednego z członków Konsorcjum EKO – WOD oraz w konsekwencji wykluczenie z postępowania Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o.

Na pierwszej stronie, tytułowej, złożonej oferty, została wskazana nazwa zamawiającego, nazwa postępowania o udzielenie zamówienia oraz data, a także określono wykonawcę jako konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o. oraz Biura Projektów i Realizacji Obiektów Gospodarki Wodno-Ściekowej

„BIPROWOD” Sp. z o.o. Na 3 stronie oferty zawarto spis treści, a następnie, na stronie 5, opis: „oferta” oraz „załącznik nr 1 do oferty”. Na stronie 7 zawarto wypełniony formularz - „oferta” – „dodatek nr 1 do siwz załącznik nr 1”. W nagłówku tej strony wskazano nazwę i adres Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o., natomiast poniżej, ponownie, nazwę zamawiającego i przedmiotowego postępowania. Dokument ten został sporządzony w oparciu o formularz oferty opracowany przez zamawiającego. Formularz, a tym samym oświadczenia w nim zawarte zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji spółki Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o. - zgodnie z wpisem w KRS. W ramach oferty zostały także złożone oświadczenia i dokumenty wymagane w przypadku wspólnego ubiegania się przez wykonawców o zamówienie. W ofercie przedłożono umowę konsorcjum z dnia 4 lutego 2009 r. (str. 47 oferty) oraz pełnomocnictwo z dnia 4 lutego 2009r. udzielone na podstawie tej umowy liderowi tj. P.R.W. i E. EKO-WOD Sp. z o.o. (str.221 oferty). W § 1 ww. umowy został określony cel umowy tj. wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego oraz nazwę przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z § 3 ww. umowy konsorcjum, strony zobowiązały się „do nie przystępowania indywidualnie bądź w innej konfiguracji do przetargu.” W § 4 natomiast wskazano ww. firmę jako lidera Konsorcjum, ze stosownym umocowaniem do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu oraz do zawarcia umowy. W § 5 ww. umowy wskazano zakres czynności objętych pełnomocnictwem udzielonym liderowi Konsorcjum.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ofertą jest stanowcza propozycja, jednej ze stron, zawarcia umowy. Jest to zatem oświadczenie przez wykonawcę woli zawarcia umowy (art. 66 k.c.). Oferta powinna określać przedmiotowo istotne elementy umowy, bez których nie może dojść do jej zawarcia. Oferta może także zawierać inne elementy nieistotne. Oferta może zostać złożona w każdy sposób, przez każde zachowanie ujawniające wolę zawarcia umowy w sposób stanowczy. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istnieje wymóg złożenia oferty w formie pisemnej, zgodnie z zasadą pisemności postępowania określoną w art. 9 ust. 1 Pzp. Natomiast, zgodnie z art. 78 ust. 1 k.c., do zachowania formy pisemnej oświadczenia woli wystarczające jest złożenie przez osobę własnoręcznego podpisu na dokumencie zawierającym treść składanego oświadczenia. Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że choć istotne postanowienia umowy zawiera formularz ofertowy, to brak jest podstaw aby uznać, iż podmiot umocowany do działania w imieniu konsorcjum wykonawców, złożył ofertę we własnym imieniu wbrew treści załączonych dokumentów. W szczególności zauważyć należy, że nie jest to dokument odrębny, nie powiązany z pozostałymi oświadczeniami i dokumentami składanymi przez wykonawcę w ramach oferty. Również strona tytułowa nie stanowi elementu, który można czytać osobno tj. w sposób oderwany od treści złożonych przez wykonawcę oświadczeń i

dokumentów. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, iż oznaczenie na stronie tytułowej jako wykonawcy – konsorcjum firm oraz złożenie podpisu na formularzu ofertowym przez pełnomocnika konsorcjum, co wynika wprost z wykazanego (umową konsorcjum i pełnomocnictwem) umocowania, spełnia wymogi złożenia pisemnego oświadczenia woli zawarcia umowy przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Należy uznać, zgodnie z regułami interpretacyjnymi oświadczeń woli (art. 56 i 65 k.c.) iż wola zawarcia umowy przez wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie został wyrażona w ich imieniu przez pełnomocnika. Brak podania w nagłówku formularza ofertowego oznaczenia konsorcjum, w okolicznościach niniejszej sprawy, stanowi wyłącznie uchybienie formalne, nie mające istotnego znaczenia dla prawidłowości oznaczenia wykonawcy i złożenia oferty.

Powyższe ustalenia w zakresie zawartości i treści oferty pozwalają, w ocenie Izby, na uznanie, że oferta została złożona przez Konsorcjum EKO-WOD, prawidłowo reprezentowane przez pełnomocnika - Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o. - umocowanego do działania w imieniu Konsorcjum i na jego rzecz, stosownie do wymogów art. 23 Pzp. Ma to decydujące znaczenie dla uznania, iż odwołanie w niniejszej sprawie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ dokonana przez zamawiającego czynność badania i oceny oferty została przeprowadzona wyłącznie w zakresie treści oświadczeń i dokumentów złożonych przez jednego z dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zamawiający nie wziął pod uwagę dokumentów odnoszących się do drugiego członka Konsorcjum EKO – WOD tj. Biura Projektów i Realizacji Obiektów Gospodarki Wodno-Ściekowej „BIPROWOD” Sp. z o.o. Załączone w ofercie oświadczenia i dokumenty, złożone w celu potwierdzenia spełniania, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, powinny podlegać ocenie w pełnym zakresie, gdyż wykonawcy występujący wspólnie w postępowaniu wykazują spełnianie warunków poprzez wykazanie ich spełniania łącznie tj. przez któregokolwiek z członków Konsorcjum. Izba uznała, że w powyższym zakresie zamawiający jest zobowiązany do powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez Konsorcjum EKO - WOD.

W świetle powyższego, wobec uznania, że oferta została złożona przez Konsorcjum EKO – WOD, należało uznać za całkowicie bezpodstawne wykluczenie z postępowania P.R.W. i E. EKO-WOD Sp. z o.o. jako wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucenie złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Uznanie przez zamawiającego, iż oferta została złożona przez wykonawcę samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia - P.R.W. i E. EKO-WOD Sp. z o.o. nie pozostaje bez wpływu na ocenę oferty, dokonaną przez zamawiającego w zakresie ustalenia, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do podniesionego przez odwołującego zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez uznanie, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 ww. ustawy, Izba uznała - zarzut powyższy za zasadny.

Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert, w tym m.in. ustalił dla zadania nr 1 kryterium serwis – „wg. zadeklarowanego w ofercie czasu dojazdu serwisu, liczonego od chwili przekazania zgłoszenia do przyjazdu na miejsce awarii” wskazując, że ocena nastąpi w oparciu o stosunek czasu serwisu minimalnego do czasu serwisu oferty badanej, który będzie podlegał pomnożeniu przez 10 pkt. W zadaniu nr 2 zamawiający wskazał jako jedno z kryteriów oceny ofert - termin realizacji, którego ocena nastąpi w oparciu o stosunek terminu minimalnego do terminu oferty badanej - razy 50 pkt.

Konsorcjum EKO-WOD złożyło ofertę na obie części zamówienia (zadanie nr 1 i nr 2). W ofercie podano: w zadaniu nr 1 czas dojazdu serwisu – 0,2 godziny, natomiast w zadaniu nr 2 termin realizacji - 1 tydzień.

Na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień odnośnie organizacji wykonania zadania 2, umożliwiającej realność dotrzymania zaoferowanego terminu wykonania oraz odnośnie czasu dojazdu serwisu na miejsce awarii w zadaniu nr 1 (pisma z dnia 20 lutego 2009r.). Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 23 lutego 2009 r. Krótki czas reakcji serwisu uzasadnił wskazując, że w miejscowości Chwaliszów, oddalonej od zamawiającego o mniej niż 5 km mieszka kierownik ekipy serwisowej, z którym zostało zawarte wstępne porozumienie do pełnienia przez tę osobę funkcji serwisanta na okres wykonywania inwestycji i okres trwania gwarancji. Odnośnie terminu realizacji zadania nr 2 odwołujący wyjaśnił, że zaoferowany termin jest realny, biorąc pod uwagę ponad dwudziestoletnie doświadczenie w realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia, w tym również doświadczenie członka konsorcjum – biura projektowego. Oświadczył także, że na własne ryzyko wystąpił do Powiatowego Biura Geodezji i Katastru w Świdnicy o uzyskanie stosownych map i wypisów w obszarze projektu, niezbędnych do wykonania tego zadania.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zamawiający dokonał oceny treści oferty w zakresie zaoferowanych terminów tj. terminu reakcji serwisu w zadaniu nr 1 oraz terminu realizacji zamówienia w zadaniu nr 2, biorąc pod uwagę, że Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO – WOD” Sp. z o.o. samodzielnie złożyło ofertę, co oznacza, zdaniem

zamawiającego, że wykonawca ten nie może powoływać się na wieloletnie doświadczenie i potencjał Biura Projektów i Realizacji Obiektów Gospodarki Wodno-Ściekowej „BIPROWOD” Sp. z o.o., umożliwiające dotrzymanie zaoferowanego terminu w zakresie wykonania zadania nr 2 - opracowanie projektu wykonawczego. Zamawiający jednoznacznie dał temu wyraz w treści pisma z dnia 1 kwietnia 2009 r., w którym stwierdził m.in., iż „Złożone wyjaśnienia nie pozwalają także na uwiarygodnienie zaoferowanego terminu realizacji zadania nr 2. Konieczność wykonania prac projektowych, pracy w terenie, dokonania niezbędnych uzgodnień, weryfikacji i aktualizacji oświadczeń właścicieli gruntów, konieczność uwzględnienia czasu trwania procedur administracyjnych, wykluczają – w ocenie Zamawiającego realność dotrzymania zadeklarowanego przez Wykonawcę terminu. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca powołuje się na wieloletnie doświadczenie w realizacji robót, objętych przedmiotem zamówienia, lecz w przedłożonej ofercie w części dotyczącej zadania nr 2, faktu tego nie wykazał. Powołuje się także na doświadczenie innego podmiotu, lecz o udzielenie zamówienia Wykonawca ubiega się samodzielnie.”

Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, że zaoferowany przez odwołującego termin reakcji serwisu – 0,2 godziny w zadaniu nr 1 oraz termin realizacji zamówienia w zadaniu nr 2 są w rzeczywistości niemożliwe do dotrzymania. Izba uznała, że nie ma uzasadnienia, w świetle treści siwz, do przyjęcia za uprawnione twierdzenia zamawiającego, wyrażone w trakcie rozprawy, iż zaoferowany czas reakcji serwisu należy rozumieć jako czas dojazdu od siedziby firmy EKO – WOD Sp. z o.o. do miejsca awarii. Skoro odległość ta wynosi ok. 26 km, to przy zachowaniu średniej dopuszczalnej prędkości, dojazd trwa ok. 33 min. Zamawiający określi bowiem jednoznacznie w siwz, iż czas reakcji serwisu należy rozumieć jako czas dojazdu serwisu od momentu zgłoszenia do chwili przybycia na miejsce awarii. Zamawiający nie wymagał, zatem, aby wykonawcy przedstawili w ofercie czas dojazdu z siedziby wykonawcy do miejsca awarii ale z dowolnego miejsca, w którym zostanie odebrane przez wykonawcę zgłoszenie awarii.

Zamawiający bezpodstawnie uznał wyjaśnienia odwołującego w tym zakresie za mało wiarygodne, kierując się wyłącznie brakiem podania nazwiska kierownika serwisu lub przedłożenia umowy zawartej z serwisantem oraz wskazaniem przez wykonawcę jednego serwisanta podczas, gdy awarie powinny być usuwane, w jego ocenie, przez ekipę serwisową. Należy podkreślić, iż w treści siwz nie zostały zawarte stosowne wymagania, umożliwiające żądanie wskazania danych. Złożone przez wykonawcę, w wyjaśnieniach, oświadczenie w powyższym zakresie należy uznać za wystarczające wobec faktu, iż zamawiający nie podważył skutecznie jego prawdziwości.

W odniesieniu do zaoferowanego przez odwołującego terminu realizacji zamówienia w zadaniu nr 2, Izba uznała, że zamawiający nie wykazał braku obiektywnej możliwości wykonania przez odwołującego zadania polegającego na „opracowaniu projektu

wykonawczego kanalizacji sanitarnej z przyłączami do miejscowości Dobromierz i Serwinów w zakresie: aktualizacji mapy dla celów projektowych, wykonania projektu wykonawczego, aktualizacji oświadczeń właścicieli gruntów i niezbędnych uzgodnień” w terminie 1 tygodnia „licząc od daty wyznaczonej przez zamawiającego w zaproszeniu do podpisania umowy”.

Biorąc pod uwagę zawarty w siwz (pkt 2.2) opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2, Izba uznała, że nie znajduje oparcia, twierdzenie zamawiającego, wyrażone zarówno na rozprawie jak i w złożonym piśmie procesowym, iż po stronie wykonawcy leży aktualizacja uzgodnień z wieloma instytucjami, w tym m.in. TP S.A., Zakład Energetyczny w Wałbrzychu, Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, Służba Drogowa Powiatu Świdnica, itp. tj. jak stwierdził zamawiający: „aktualizacja dokumentacji projektowej opracowanej w 2001 r.” Z treści przytoczonego postanowienia zawartego w pkt 2.2 siwz nie wynika, iż obowiązek dokonania aktualizacji tych uzgodnień leży po stronie wykonawcy. Powyższe potwierdza również wskazany przez zamawiającego zakres prac wymienionych dla zadania nr 2 w treści pisma do odwołującego z dnia 20 lutego 2009 r. Powyższy obowiązek nie wynika również z treści przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), przywołanego w pkt 3.3 siwz. W ustalonych okolicznościach sprawy Izba uznała, że użyty zwrot „dokonanie niezbędnych uzgodnień” zawarty w opisie przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2, odnosi się wyłącznie do oświadczeń właścicieli gruntów.

W piśmie procesowym zamawiający podniósł, jako dodatkową podstawę odrzucenia oferty odwołującego, iż wystąpienie o uzyskanie map przez odwołującego pozbawia innych wykonawców takiej możliwości, co może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto, zamawiający podniósł, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje odnośnie wystąpienia z wnioskiem o wydanie wypisów dla obrębu Dobromierz. Izba nie rozpoznawała powyższych zarzutów zamawiającego, gdyż nie stanowiły one podstawy faktycznej wykluczenia odwołującego z postępowania, ani też podstawy odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty. W konsekwencji nie mogły one stanowić zarzutów protestu i odwołania, a zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp tylko w tym zakresie Izba rozpoznaje odwołanie.

Wbrew twierdzeniu zamawiającego, iż złożenie oferty przez odwołującego, w której zaoferowano powyżej omówione terminy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w ocenie Izby, pogląd taki nie znajduje właściwego usprawiedliwienia.

Zamawiający uznał, iż „złożona przez wykonawcę oferta, obliczona była na zdobycie zamówienia i wyeliminowanie innych z dostępu do jego uzyskania”. Na poparcie powyższego stanowiska przytoczył pogląd wyrażony przez ZA w wyroku z dnia 17 grudnia 2003 r.

(UZP/ZO/0-2081/03, ZPO 2004/4/43) „Ustawa o zamówieniach publicznych nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji. Definicję ustawową czynu nieuczciwej konkurencji podaje przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U z 2003, Nr 153, poz. 1503). Odnosząc wyrażone w niej zasady do zamówień publicznych należy stwierdzić, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie oferenta sprzeczne z prawem lub narusza interes innego oferenta. Złożenie oferty może być traktowane jako naruszające mechanizm uczciwej konkurencji tylko wtedy, gdy oferta obliczona jest na samo zdobycie ... zamówienia i wyeliminowanie innych z dostępu do zamówienia”.

Izba w zupełności zgadza się z poglądem, iż czyn nieuczciwej konkurencji został zdefiniowany w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw prawnych, aby definiować czyn nieuczciwej konkurencji na użytek Prawa zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, w sposób odbiegający od definicji ustawowej. Brak jest również podstaw do posługiwania się przy tym terminologią nieznaną przepisom ww. ustawy np. pojęciem użytym przez zamawiającego „akt nieuczciwej konkurencji” jako podstawy zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W doktrynie przyjmuje się, iż art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma za zadanie chronić wolny dostęp do rynku przedsiębiorców, który stanowi immanentną cechę konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji). Wolny dostęp do rynku oznacza swobodę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej i może być ograniczony wyłącznie przez władzę publiczną ale także przez samych przedsiębiorców korzystających z autonomii prywatnej, w tym z zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.). Z istoty nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku, w szczególności z opisu przykładowych działań określonych w art. 15 ww. ustawy wynika, że wszystkie czyny nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku mogą być popełnione tylko świadomie (celowo), z winy umyślnej. Dla skutecznego postawienia przedsiębiorcy zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest zatem wykazanie, iż podejmując określone działanie, miał on zamiar utrudnienia dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy.

Nieuczciwe utrudnianie dostępu do rynku może polegać, w szczególności na:

- zachowaniu, które z natury swojej służy nieuczciwemu utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku - środki przymusu fizycznego, psychicznego i ekonomicznego,
- użyciu środków, które najczęściej są uznawane za czyny nieuczciwej konkurencji, polegające na dezorganizacji przedsiębiorstwa, wypowiedziach szkodzących innemu przedsiębiorcy – pomawianiu (oczernianiu), nakłanianiu do bojkotu oraz zarobkowym wprowadzaniu na rynek urzędzeń i usług niedozwolonych, a także

- użyciu typowych środków walki konkurencyjnej, takich jak: wykup surowców, zniżanie cen, zróżnicowane traktowanie klientów, czy też reklama porównawcza, które, co do zasady są dozwolone, natomiast przy spełnieniu szczególnych przesłanek nieuczciwości mogą stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Działaniem w ramach dozwolonej konkurencji, zgodnym z prawem i dobrymi obyczajami jest złożenie przez przedsiębiorcę oferty - w celu uzyskania danego zamówienia pomimo, że zawiera one konkurencyjne warunki wykonania zamówienia w postaci np. ceny niższej od cen zaoferowanych przez konkurencję (czasem nawet ceny niższej od kosztów produkcji), korzystnych warunków płatności, warunków dostawy towarów itp. w tym również krótkich terminów realizacji, tak jak w niniejszym postępowaniu, które mogą w pewnym stopniu decydować o uzyskaniu zamówienia przez danego przedsiębiorcę.

Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający nie zastrzegł minimalnego zakresu dla ustalenia terminu zarówno reakcji serwisu, jak i realizacji zamówienia. Konkurencja, w tej sytuacji, może uzasadniać podjęcie przez przedsiębiorcę szczególnych działań organizacyjnych, zapewniających realizację zamówienia w jak najkrótszym czasie, które umożliwią maksymalne skrócenie terminu, a tym samym uzyskanie zamówienia. Izba uznała, że działanie takie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, chyba, że zostanie wykazane, iż przedsiębiorca działa w celu utrudnienia dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców. Taki zamiar i celowe działanie odwołującego - nie zostało wykazane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W związku z potwierdzeniem się podnoszonych przez odwołującego zarzutów omówionych wyżej, w konsekwencji należało uznać, iż zamawiający nie zachował w przedmiotowym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 i 1 a oraz na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....