

Sygn. akt KIO 1287/12

WYROK

z dnia 2 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Anna Chudzik

Protokolant: Przemysław Łaciński

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 czerwca 2012 r.** przez wykonawcę: **Piotra Tomanek**, działającego pod firmą **REMBUD Piotr Tomanek, ul. Bukowskiego 1/40, 15-066 Białystok**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Wyszaków - Urząd Miejski, Al. Róż 2, 07-200 Wyszaków**, przy udziale wykonawcy:

A. **Joanny Trzaska** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: **GOTOLET Firma Handlowo-Usługowa Joanna Trzaska, ul. Wołomińska 18a, 05-240 Jasienica**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Piotra Tomanek**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **REMBUD Piotr Tomanek, ul. Bukowskiego 1/40, 15-066 Białystok**, zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł**,

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Piotra Tomanek**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **REMBUD Piotr Tomanek, ul. Bukowskiego 1/40, 15-066 Białystok**, tytułem wpisu od odwołania,

- 1.1. zasądza od odwołującego **Piotra Tomanek**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **REMBUD Piotr Tomanek, ul. Bukowskiego 1/40, 15-066 Białystok**, na rzecz zamawiającego **Gminy Wyszaków - Urząd Miejski, Al. Róż 2, 07-200 Wyszaków**, kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Remont budynku Wyszковского Ośrodka Kultury „Hutnik,” realizowany w ramach zadania pn. Modernizacja WOK HUTNIK” o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (BZP poz. 148758 z 10.05.2012 r.), w dniu 19 czerwca 2012 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Piotra Tomanek, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą REMBUD Piotr Tomanek z siedzibą w Białymstoku, w kopii przekazane w tym samym terminie zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego: Gminy Wyszków, odrzucenia złożonej oferty – jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, oraz na czynność wyboru oferty wykonawcy Joanny Trzaska - firmy GOTOLET, o czym odwołujący został powiadomiony w dniu 14 czerwca 2012 r. za pośrednictwem faksu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, tj.: art. 7 ust 1, art. 89 ust 1 pkt 3, przez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert i błędne przyjęcie, że oferta złożona przez odwołującego narusza zasadę uczciwej konkurencji, naruszenie art. 91 ust. 1 przez wybór oferty, która nie była najkorzystniejszą oraz naruszenie art. 92 ust 1 pkt. 2 tej ustawy. W powołaniu na legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej - wskazując na niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej – oferty Joanny Trzaska, firmy GOTOLET z siedzibą w Jasienicy,
- 2) powtórzenia czynności wyboru oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przyczyną faktyczną odrzucenia był fakt, iż w niniejszym postępowaniu ofertę złożył również wykonawca występujący pod firmą MERX Sp. z o.o., której to członkiem zarządu jest Piotr Tomanek. Oferta MERX Sp. z o.o. została podpisana przez Piotra Tomanka. Zamawiający uznał, że takie działanie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - jako czyn nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu zamawiający podał, iż złamana została zasada równości, w aspekcie zapewnienia równego dostępu wszystkich uczestników do informacji dotyczących przetargu. Z tak

przedstawionymi zarzutami, odwołujący nie zgodził się. Argumentował, że przedsiębiorstwa REMBUD Piotr Tomanek oraz MERX Sp. z o.o. są innymi podmiotami prawnymi. Okoliczność, iż posiadają jedną i tą samą osobę uprawnioną do reprezentacji - nie zmienia faktu odrębnej osobowości prawnej. Odwołujący zaznaczał, że zarówno REMBUD Piotr Tomanek, MERX Sp. z o.o. jak i GOTOLET Joanna Trzaska mieli takie same warunki do złożenia oferty. Oferta odwołującego w żadnym stopniu nie była uprzywilejowana. Odwołujący miał prawo - jak każdy podmiot do złożenia oferty wg własnego uznania. Kwestia oceny działania Piotra Tomanka może być podejmowana tylko i wyłącznie w odniesieniu wewnątrz korporacyjnym wykonawcy MERX Sp. z o.o. Odwołujący przekonywał, że dla zamawiającego nie ma znaczenia fakt wpłynięcia takich ofert. W ocenie odwołującego, zamawiający nie wykazał w jakim zakresie naruszono zasadę równości. Okoliczność, iż Piotr Tomanek składając we własnym imieniu ofertę znał treść oferty MERX Sp. z o.o. nie zmienia faktu, iż nie znana mu była oferta GOTOLET Joanna Trzaska. Na płaszczyźnie konkurencji pomiędzy REMBUD Piotr Tomanek a GOTOLET Joanna Trzaska nie doszło do posiadania wiedzy o ofercie konkurencji. Odwołujący podnosił, że oferta złożona przez niego jest znacznie korzystniejsza niż oferta wykonawcy GOTOLET Joanna Trzaska. W ocenie odwołującego, samo stwierdzenie naruszenia zasady równości nie jest wystarczające. Obowiązkiem zamawiającego było wykazanie, iż naruszenie tej zasady miało bezpośredni wpływ na przebieg przetargu, czego w uzasadnieniu kwestionowanych czynności zabrakło. Odwołujący wywodził, że nie można odrzucić oferty - z takich przyczyn - jakie podał zamawiający. W przedmiotowym przypadku fakt złożenia dwóch ofert przez odrębne podmioty - reprezentowane przez jedną i tę samą osobę - nie miał jakiegokolwiek wpływu na przebieg przetargu. Wszyscy wykonawcy mieli równe szanse. Żaden z podmiotów nie posiadał też informacji, niedostępnych dla pozostałych uczestników – jak utrzymywał odwołujący. Reasumując, odwołujący ponowił zarzuty, że zamawiający błędnie zastosował zasadę równości stron, albowiem wszystkie strony posiadały taką samą wiedzę o warunkach przetargu. Z tych też powodów poczytał odrzucenie oferty REMBUD Piotr Tomanek za niezgodne z prawem podlegające uchyleniu, a następnie wskazywał na powinność zamawiającego - dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 20 czerwca 2012 r., pismem złożonym dnia 22 czerwca 2012 r., w kopii przesłanym stronom, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego wybrany wykonawca Joanna Trzaska GOTOLET Firma Handlowo-Usługowa z siedzibą w Jasienicy. Zgłaszająca przystąpienie wносиła o oddalenie odwołania, powołując się na interes w utrzymaniu czynności zamawiającego - wyboru jej oferty do realizacji zamówienia. Zgłaszająca przystąpienie uznała, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło z zawinionych przez niego przyczyn. Działania wykonawcy, którego ofertę odrzucono,

poczytała nie tylko za czyn nieuczciwej konkurencji, ale przede wszystkim za działanie sprzeczne z podstawowymi zasadami uczciwego postępowania w prowadzeniu działalności gospodarczej przedsiębiorcy. Złożenie oferty i skorzystanie ze środków ochrony prawnej przez odwołującego, Joanna Trzaska uznała za nadużycie prawa i naruszenie dobrych praktyk kupieckich, przez co brak gwarancji wymaganej przepisami, że wymieniona oferta po jej wyborze byłaby uczciwie zrealizowana. Natomiast celowe wprowadzanie zamawiającego w błąd – prowadzi szkodliwie do wydłużania procesu inwestycyjnego.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Joanna Trzaska GOTOLET Firma Handlowo-Usługowa z siedzibą w Jasienicy do udziału w sprawie po stronie zamawiającego, jej interes w popieraniu stanowiska zamawiającego jest niewątpliwy, skoro dotyczy utrzymania czynności wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu, podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z dnia 14 czerwca 2012 r. o odrzuceniu oferty odwołującego. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 czerwca 2012 r. złożonej na rozprawie, zamawiający podkreślał, że postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp i nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców. Wskazał na swój obowiązek niedopuszczenia do dalszego postępowania oferty podlegającej odrzuceniu w oparciu o przesłanki określone w art. 89 ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśniał, że po wnikliwym przeanalizowaniu zawartości ofert ustalił istotne okoliczności faktyczne, które następnie rozważył pod kątem ewentualnego naruszenia przez obu wykonawców zasad uczciwej konkurencji w toku przedmiotowego postępowania. Analiza ofert wykazała, iż:

- 1) pan Piotr Tomanek działa w imieniu obu wykonawców - jako osoba fizyczna w firmie REMBUD, której jest właścicielem oraz jako Wiceprezes zarządu w MERX Spółka z o.o. , reprezentujący jednoosobowo spółkę w przedmiotowym postępowaniu,
- 2) firmy obu wykonawców są zarejestrowane pod tym samym adresem: Białystok, ul Bukowskiego 1/40,
- 3) kosztorysy ofertowe w obu ofertach sporządziła jedna i ta sama osoba, popełniając te same błędy w poszczególnych pozycjach kosztorysowych,
- 4) oferty różniły się jedynie kwotą, która w przypadku tańszej oferty REMBUD wynosiła 1 312 505,51 zł, zaś droższej oferty MERX Sp. z o.o. wynosiła 1 620 226,22 zł,
- 5) oferta firmy REMBUD na dzień otwarcia ofert nie spełniała warunków udziału w postępowaniu, ponieważ wykonawca nie wykazał spełnienia warunków, mianowicie doświadczenia polegającego na wykonaniu 1 zadania montażu systemu klimatyzacji lub wentylacji o wartości 300 000 zł, wykazując w tym zakresie wykonanie zadania o wartości 34 860,57 zł - formularz nr 3 do oferty,
- 6) wykonawcy REMBUD i MERX Sp. z o.o. złożyli oświadczenia o oddaniu sobie wzajemnie

do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, z tym że wykonawca MERX Sp. z o.o. wykorzystał doświadczenie REMBUD wykazując spełnienie wymaganych przez zamawiającego warunków w zakresie doświadczenia, natomiast REMBUD pomimo załączonego oświadczenia o oddaniu zasobów MERX do jego dyspozycji nie wykazał spełnienia warunków doświadczenia.

Wskazane wyżej okoliczności zamawiający uznał jako celowe działanie wykonawców, którzy porozumieli się pomiędzy sobą co do warunków składanych ofert. Działanie tego rodzaju narusza zasady uczciwej konkurencji. Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą KIO zamawiający na każdym etapie postępowania jest zobowiązany do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W wyroku z dnia 14.09.2010 r. w sprawie sygn. akt. KIO/UZP 1874/10 sformułowano następujące tezy: *„Zmowa przetargowa to praktyka polegająca na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców i organizatora przetargu warunków składanych ofert, czyli celowe wpływianie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzje zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania, tak by doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmwowie.”* W przedmiotowym postępowaniu w ocenie zamawiającego, wykonawcy: REMBUD i MERX działali w porozumieniu, którego celem było uzyskanie zamówienia za kwotę wyższą, oferowaną przez firmę MERX. Świadczy o tym celowe niezłożenie kompletnej oferty przez REMBUD - oferta tańsza. W sytuacji, gdyby oferta firmy MERX klasyfikowała się jako kolejna po ofercie firmy REMBUD, oferta tej firmy jako niespełniająca warunków postępowania zostałaby odrzucona, a wybrana zostałaby oferta droższa firmy MERX, przy czym zamówienie wykonywane było by również przez REMBUD jako podwykonawcę. Z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu odrzuconych ofert, w ocenie zamawiającego wynika, iż zachowanie wykonawcy proponującego cenę niższą było ukierunkowane na wybór oferty wykonawcy proponującego cenę wyższą. Praktyką naruszającą nieuczciwą konkurencję jest również „zmowa przetargowa,” określona w art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jako porozumienie, którego celem i skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zdaniem zamawiającego działania obu wykonawców: REMBUD i MERX naruszały zakaz zawarty w art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również dobre obyczaje, ponadto naruszały interes trzeciego wykonawcy, uczestniczącego w przetargu. Przy czym niezłożenie kompletnej oferty - w okolicznościach ujawnionych w toku postępowania świadczy jedynie o tym, iż zamiarem wykonawcy było uzyskanie kontroli nad przebiegiem postępowania i podjęcie próby

uzyskania zamówienia przez reprezentowaną przez Piotra Tomanka Spółkę MERX za kwotę wyższą. Tego rodzaju działanie w sposób świadomy i celowy godzi w dobre obyczaje i zasadę uczciwej konkurencji, na straży której obowiązany jest stać zamawiający w myśl postanowień art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, podtrzymanie wyniku postępowania i odrzucenia oferty odwołującego, stało się koniecznością prawną – jak utrzymywał zamawiający.

Odwołujący natomiast przedstawiał stanowisko odmienne. W piśmie z dnia 29 czerwca 2012 r. oraz do protokołu rozprawy powoływał się na linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO z dnia 27 października 2011 r. (KIO 2242/11. Nr LEX 1027257): *„Samo istnienie powiązań kapitałowo-osobowych nie wyklucza możliwości złożenia ofert przez wykonawców w ten sposób powiązanych, a sam fakt takich powiązań nie świadczy o tym, że wykonawcy weszli w porozumienie dotyczące udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne.”* Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29 grudnia 2011 r. (KIO 2672/11, Nr LEX 1103364): *„Zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz powinien być stwierdzony dowodami i absolutnie nie może opierać się tylko i wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości.”* Przenosząc wskazane orzecznictwo na grunt niniejszej sprawy, odwołujący wskazywał, iż stanowisko zamawiającego i odrzucenie przez niego oferty odwołującego z podanych przyczyn - nie znajduje podstaw. Zamawiający bowiem potraktował odwołującego oraz drugiego oferenta MERX Sp. z o.o. jako jeden podmiot gospodarczy oraz założył, bez żadnego poparcia w dowodach, że podmioty te weszły z sobą w porozumienie w zakresie przetargu. Swoje stanowisko w tym zakresie, w przeświadczeniu odwołującego, zamawiający oparł jedynie na swoich subiektywnych przekonaniach, nie poparł swoich twierdzeń dowodami w jakimkolwiek zakresie oraz nie wykazał źródła swoich domysłów. Doprowadziło to odwołującego do wniosków, że odrzucenie jego oferty z podanych przyczyn, nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, oferty MERX Sp. z o.o., pisma z dnia 14 czerwca 2012 r. informującego o wyniku przetargu. Ponadto, Izba rozważyła stanowiska reprezentantów i pełnomocników stron oraz przystępującego, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamówienie obejmuje „Remont budynku Wyszowskiego Ośrodka Kultury „Hutnik” realizowany w ramach zadania pn. Modernizacja WOK HUTNIK współfinansowanego ze środków RPO WM 2007 - 2013, Działanie 6.1. Kultura” o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W skład przedmiotu zamówienia wchodzi remont pomieszczeń, elewacji i zagospodarowanie terenu przyległego oraz wykonanie instalacji wentylacji i klimatyzacji.

W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełnienia tych warunków zamawiający podał:

1. w zakresie wiedzy i doświadczenia, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej:

1) jedno zadanie o podobnym charakterze i złożoności co przedmiot zamówienia, polegające na wykonaniu remontu obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 500 000 zł. brutto,

2) jedno zadanie o podobnym charakterze i złożoności co przedmiot zamówienia, polegające na wykonaniu, montażu systemu klimatyzacji lub wentylacji o wartości minimum 300 000 zł. brutto.

Do wykazanych robót należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie.

W zakresie potencjału technicznego, zamawiający warunków szczegółowych nie ustanowił. Ocenę spełnienia tego warunku miała być przeprowadzona na podstawie oświadczenia wykonawcy.

W zakresie potencjału osób zdolnych do wykonania zamówienia, zamawiający ustanowił warunki szczegółowe. Ocena spełnienia tego warunku miała być przeprowadzona na podstawie wykazania przez wykonawcę, że dysponuje, lub będzie dysponował personelem kierowniczym, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, tj. posiadającym uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności: a) konstrukcyjno-budowlanej, b) instalacyjnej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wentylacyjnych.

W zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, zamawiający warunków szczegółowych nie ustanowił. Ocenę spełnienia tego warunku miała być przeprowadzona na podstawie oświadczenia wykonawcy.

Zamawiający wymagał przedłożenia, między innymi:

- wykazu robót budowlanych, według wzoru zał. nr 3, wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,

- wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z oświadczeniem, że osoby te posiadają wymagane uprawnienia (...).

Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 30 000,00 zł oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Oferty złożyło 3 wykonawców:

1. Piotr Tomanek, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą REMBUD Piotr Tomanek, ul. Bukowskiego 1/40, 15-066 Białystok (odwołujący), z ceną brutto – 1 312 505,51 zł,
2. Joanna Trzaska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: GOTOLET Firma Handlowo-Usługowa Joanna Trzaska, ul. Wołomińska 18a, 05-240 Jasionica, z ceną brutto – 1 482 774,22 zł,
3. MERX sp. z o.o. ul. Bukowskiego 1/40, 15-066 Białystok, z ceną brutto – 1 620 226,22 zł. Odwołujący Piotr Tomanek w formularzu oferty wpisał, że roboty budowlane powierzy podwykonawcy.

Ogółem wartość kosztorysową robót budowlanych określił na kwotę 903 387,07 zł.

Ogółem wartość kosztorysową robót instalacyjnych określił na kwotę 409 118,44 zł.

W formularzu nr 3 jako roboty referencyjne o wymaganej wartości podał rozbudowę istniejącego budynku Strażnicy KP PSP w Bielsku Podlaskim, w zakresie robót remontowych i montażu systemu wentylacji oraz załączył referencje, że wymienione roboty zostały wykonane z należytą starannością, w przewidzianym terminie.

W formularzu nr 4 wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, odwołujący ujął 2 osoby:

- a) A. Z., (uprawnienia konstrukcyjno-budowlane), gdzie oświadczył, że z tą osobą posiada zawartą umowę o pracę,
- b) J. R. (uprawnienia instalacyjne), gdzie oświadczył, że tę osobę udostępnia firma MERX sp. z o.o.

W oświadczeniu z dnia 22 maja 2012 r. wystawionym w imieniu MERX Sp. z o.o. odwołujący działając w charakterze Wiceprezesa Zarządu, podał że „w myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Remont budynku Wyszowskiego Ośrodka Kultury „Hutnik” realizowany w ramach zadania pn. Modernizacja WOK HUTNIK współfinansowanego ze środków RPO WM 2007 - 2013, Działanie 6.1. Kultura - oddam do dyspozycji firmie REMBUD Piotr Tomanek niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (osoby zdolne do wykonywania zamówienia). Jednocześnie oświadczam, że będę uczestniczyć w realizacji inwestycji jako podwykonawca.”

Oferta złożona przez MERX Sp. z o.o. ul. Bukowskiego 1/40, 15-066 Białystok, została podpisana przez Piotra Tomanek jako Wiceprezesa Zarządu. W formularzu oferty wpisano, że roboty sanitarne zostaną powierzone podwykonawcy.

W kosztorysie ofertowym, wartość kosztorysowa robót ogółem, według tego samego przedmiaru, wyniosła:

robót budowlanych - kwotę 1 088 334,63 zł,

robót instalacyjnych - kwotę 531 891,59 zł.

Różnica w cenach ww. ofert wynosi 307 720,71 zł.

W formularzu nr 3 jako roboty referencyjne o wymaganej wartości wykonawca MERX podał rozbudowę istniejącego budynku Strażnicy KP PSP w Bielsku Podlaskim, w zakresie robót remontowych oraz przebudowę części budynku biurowego Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Białymstoku w zakresie montażu systemu klimatyzacji oraz załączył te same referencje wydane firmie REMBUD Piotr Tomanek przez zlecającego, potwierdzające, że wymienione roboty zostały wykonane z należytą starannością w przewidzianym terminie oraz list referencyjny Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Białymstoku.

W oświadczeniu z dnia 22 maja 2012 r. wystawionym w imieniu własnym odwołujący działając jako właściciel firmy, podał że *„w myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Remont budynku Wyszkowskiego Ośrodka Kultury „Hutnik” realizowany w ramach zadania pn. Modernizacja WOK HUTNIK współfinansowanego ze środków RPO WM 2007 - 2013, Działanie 6.1. Kultura - oddam do dyspozycji firmie MERX Sp. z o.o. niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (wiedzę i doświadczenie). Jednocześnie oświadczam, że będę uczestniczyć w realizacji inwestycji jako podwykonawca.”*

W formularzu nr 4 wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wykonawca MERX Sp. z o.o. ujął 2 osoby:

a) M. S., (uprawnienia konstrukcyjno-budowlane), gdzie oświadczył, że z tą osobą posiada zawartą umowę o pracę,

b) J. R. (uprawnienia instalacyjne), gdzie oświadczył, że posiada zawartą umowę o pracę.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że oferta firmy REMBUD na dzień otwarcia nie spełniała warunków udziału w postępowaniu, ponieważ wykonawca nie wykazał spełnienia tych warunków w odniesieniu do doświadczenia polegającego na wykonaniu 1 zadania montażu systemu klimatyzacji lub wentylacji o wartości 300 000 zł, wykazując wykonanie zadania o wartości 34 860,57 zł - formularz nr 3 do oferty. W tym też zakresie oferta wymagałaby uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W przedstawionym odpisie z Rejestru Przedsiębiorców Nr 315312, odwołujący figuruje jako jeden spośród 2 wspólników tej spółki, jednocześnie pełniący funkcję jej Wiceprezesa Zarządu, uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji.

Pismem z dnia 14 czerwca 2012 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy: Joanna Trzaska prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: GOTOLET Firma Handlowo-Usługowa Joanna Trzaska, oraz o odrzuceniu ofert wykonawców: Piotr Tomanek, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą REMBUD Piotr Tomanek, ul. Bukowskiego 1/40, 15-066 Białystok (odwołujący), MERX Sp. z o.o. ul. Bukowskiego 1/40, 15-066 Białystok.

Zamawiający w odniesieniu do odrzucenia ofert ww. wykonawców podał następujące uzasadnienie tej czynności: *„Uzasadnienie prawne: (oferty) odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie faktyczne: Złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W niniejszym postępowaniu nastąpiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez uczestnika postępowania p. Piotra Pawła Tomanka oraz spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością działającą pod firmą MERX, której Wiceprezesem jest p. Piotr Paweł Tomanek. Z formalnego punktu widzenia osoba fizyczna p. Piotr Paweł Tomanek prowadząca działalność gospodarczą jest odrębnym bytem prawnym od mającej zdolność do czynności prawnych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której Wiceprezesem jest Piotr Paweł Tomanek. W przedmiotowym postępowaniu treść złożonej oferty przez osobę fizyczną przedsiębiorcę Pana Piotra Pawła Tomanka oraz treść oferty złożonej przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, w ramach której działa Pan Piotr Paweł Tomanek były w znaczeniu materialno-prawnym przejawem woli tej samej osoby fizycznej. Działanie takie jest typowym i oczywistym działaniem naruszającym zasadę równości, a także dobre obyczaje. Złożone oferty zyskiwały oczywistą przewagę nad pozostałymi, gdyż Wykonawcy, którzy je złożyli znali treść innej w teoretycznym założeniu konkurencyjnej oferty. Działanie takie pozwala na stosowne ukształtowanie własnej oferty i w oczywisty sposób, pozwala wpłynąć na wynik przetargu. Stanowi to oczywiste naruszenie dwóch podstawowych zasad prawa zamówień publicznych: zasady równości i zasady konkurencyjności. Zasada równości polega m.in. na równym dostępie wszystkich uczestników do wszelkich informacji dotyczących przetargu. W poglądach doktryny przyjmuje się, za niedopuszczalne jako sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, zarówno wszelkie porozumienia między zamawiającym a uczestnikami postępowania, jak też między samymi uczestnikami. Działania takie stanowią oczywistą manipulację przebiegiem postępowania przetargowego. (...). Zwłaszcza w świetle art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy podmiot którego oferta została wybrana może uchylić się od podpisania umowy, to wówczas umowa może zostać zawarta bez ponownego badania ofert z kolejnym*

wykonawcą. Działania uczestników przetargu stanowiły obejście prawa w rozumieniu art. 58 K.c., podmioty te bowiem złożyły formalnie dwie oddzielne oferty w postępowaniu przetargowym, która to czynność jednak zawierała jedynie pozór zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych, pozwalającej na złożenie jednej oferty przez jednego Wykonawcę, gdyż w sensie materialno-prawnym z uwagi na specyficzny status wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, wystąpiła tożsamość podmiotu składającego oświadczenie woli. Działanie takie jest sprzeczne z prawem, a także dobrymi obyczajami, rozumianymi jako działanie w ramach rzetelnego i niezafałszowanego współzawodnictwa. Zatem złożenie przedmiotowych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.”

Wykonawca MERX Sp. z o.o. nie wniósł odwołania od odrzucenia swojej oferty.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skoro złożył najtańszą ofertę w postępowaniu, zatem w przypadku potwierdzenia się stawianych zamawiającemu zarzutów bezzasadności odrzucenia tej oferty, odwołujący mógłby ponieść szkodę w wyniku uchybienia przez zamawiającego przepisom ustawy Pzp i utraty możliwości zrealizowania zamówienia. Odwołanie zostało złożone w zakresie dozwolonym przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. na czynność odrzucenia oferty odwołującego, w tym też zakresie podlegało rozstrzygnięciu.

Przechodząc do rozpatrzenia sprawy, Izba miała na uwadze nakaz zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obligujący zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Z kolei, definicji czynu nieuczciwej konkurencji należało poszukiwać w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z 2003 r.), dalej zwanej Uznk. Omówienie przepisów wymienionej ustawy zawiera między innymi komentarz red. prof. dr hab. Janusza Szwaja, rok wydania: 2006 Wydawnictwo: C.H. Beck, który przywołuje brzmienie art. 3 ust. 1 tej ustawy, mówiącego, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (...). Ust. 2 stanowi zaś, że czynami nieuczciwej konkurencji jest w szczególności: (...) utrudnianie dostępu do rynku. Cytowany przepis, tj. art. 3 ust. 1 określa się powszechnie - jako klauzulę generalną. Odsyła on bowiem nie tylko do przepisów odrębnych, ale także do systemu ocen i norm pozaprawnych, a mianowicie do "dobrych obyczajów" - przerzucając ocenę konkretnego stanu faktycznego na organ rozstrzygający spór. Naruszenie przez przedsiębiorcę obowiązku działania w sposób uczciwy oraz zgodny z prawem - stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Norma

zawarta w art. 3 ust. 1 omawianej ustawy, odgranicza zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Dzięki temu, wytycza ona granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji, służąc także realizacji celów wyrażonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Ocena czynów występujących w działalności gospodarczej niepodpadających pod żaden szczegółowy przepis cytowanej ustawy lub odrębnej ustawy, może i powinna być prowadzona na podstawie art. 3 ust. 1 Uznk. Jeżeli zachodzą podstawy do stwierdzenia, że konkretne zachowanie spełnia przewidziane w nim przesłanki, tym samym oznacza, że jest ono czynem nieuczciwej konkurencji. W przytoczonej ustawie, nie zostały stypizowane bowiem wszystkie zachowania, którym należałoby przeciwdziałać. Pełnienie przez klauzulę generalną funkcji uzupełniającej jest wyraźnie akceptowane przez judykaturę. *„Jeśli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez Uznk, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (wyr. SA w Łodzi z 31.7.1995 r., I ACr 308/95, OSA 1995, Nr 7-8, poz. 52, s. 33; OSG 1996, Nr 4, poz. 33, s. 24). Wymienione czyny nieuczciwej konkurencji nie tworzą zamkniętego katalogu; „za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Uznk może być zatem uznane także działanie niewymienione w art. 5-17 tej ustawy, jeżeli tylko odpowiada wymogom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji” (uzasadnienie wyr. SN z 26.11.1998 r., I CKN 904/97, OSP 1999, Nr 5, poz. 91). „Określone zachowania noszące znamiona czynów konkurencyjnych powinny być badane najpierw przez pryzmat przesłanek określonych w przepisach art. 5-17 Uznk, a dopiero wówczas, gdy kwestionowane przez innego przedsiębiorcę działania nie mieszczą się w dyspozycji żadnego z tych przepisów, powstaje potrzeba dokonywania ich oceny w świetle przesłanek klauzuli generalnej zawartych w art. 3 Uznk, a zawierającym uniwersalną niejako postać czynu nieuczciwej konkurencji” (wyr. SN z 2.2.2001 r., IV CKN 255/00, OSN 2001, Nr 9, poz. 137; OSP 2001, Nr 11). Przepis art. 3 ust. 1 Uznk odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami, gdzie działanie z nimi sprzeczne także jest niedozwolone (zakazane). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedno i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje, jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców (...). Obecnie obowiązuje wyraźny przepis - artykuł 17 USwobDziałGosp stanowiący, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów (...). Działaniem w obrocie gospodarczym jest szeroki krąg zachowań, które mogą mieć wpływ na bieżące lub przyszłe wyniki*

działalności przedsiębiorców lub interes publiczny. Czynami takimi są działania lub zaniechania wywołujące skutki względem osób trzecich. Za naruszenie prawa należy uznać czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej, w szczególności, zyskuje przewagę nad swymi konkurentami, w następstwie czego zaczyna zagrażać ich interesom. Czy skutek ten nastąpił, lub mógł nastąpić w konkretnym przypadku - ocenia organ orzekający. Sytuacja jest zresztą analogiczna jak przy naruszeniu dobrych obyczajów. Sprzeczne z prawem są czyny: zabronione i zagrożone sankcją karną, czyny zabronione przepisami o charakterze cywilnym (np. art. 56, 211 i 380 Ksh). *„Bezprawność jest taką cechą działania, która polega na jego sprzeczności z normami prawa lub zasadami współżycia społecznego, bez względu na winę, a nawet świadomość sprawcy. Dla ustalenia przeto bezprawności działania wystarczy ustalenie, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa. Brak cech bezprawności winien przeto, w myśl art. 6 K.c. wykazać pozwany (wyr. SA w Poznaniu z 24.6.1992 r., I ACr 204/92, Wok. 1993, Nr 2, s. 30).”* *„Dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru dokonania czynu o takim charakterze. Wystarczy bezprawność działania, aby uznać że przedsiębiorca dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie jest konieczne wykazanie jego winy (zob. wyr. SN z 1.12.2004r., III CK 15/04,).”* Pojęciem przedsiębiorcy objęte zostały natomiast wszystkie podmioty uczestniczące w obrocie gospodarczym. Bezprawność zachowania sprawcy, względnie sprzeczność z dobrymi obyczajami jest konieczną przesłanką uznania danego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji. Dla spełnienia hipotezy art. 3 ust. 1 Uznk jest również niezbędne, ażeby zachowanie sprawcy naruszało lub zagrażało interesom wymienionym w art. 1 tej ustawy. Terminu „dobre obyczaje” Uznk nie definiuje. „Dobre obyczaje” nie będąc normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak „zasady współżycia społecznego,” których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Dobre obyczaje są przeto wskazówką postępowania istniejącą obiektywnie w poczuciu tzw. kół kupieckich. Chodzi o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej, tj. oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez zamawiających cechami oferowanych towarów lub usług. Konkurencja powinna być „przejrzysta” czytelna dla przedsiębiorców i klientów a wyniki jej niezafałszowane. Przepisy art. 1, 3 i 19 Uznk oraz przepisy innych ustaw, zwłaszcza UOchrKonkur, dają podstawę do przyjęcia kryterium ekonomiczno-funkcjonalnego „dobrych obyczajów.” Nakazują one, aby rozstrzygając spór uwzględnić wszystkie okoliczności faktyczne konkretnego przypadku, w pierwszym rzędzie gospodarcze oraz prawne, a także interes publiczny. W orzecznictwie sądowym wskazuje się, że stwierdzenie zagrożenia interesu innego przedsiębiorcy jest wyrazem oceny

określonej sytuacji i jej konsekwencji, wyrażonej przy uwzględnieniu powszechnie znanych zjawisk gospodarczych. Uznanie takich okoliczności za znane i niewymagające dowodu należy do prerogatyw sądu. Sprzeczność z dobrymi obyczajami podlega ocenie obiektywnej. W razie sporu rozstrzyga o tym organ rozpoznający sprawę dotyczącą nieuczciwej konkurencji. *„Dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie potrzeba, aby towarzyszył mu zamiar, hipotezą tego przepisu objęte są bowiem tylko te czyny sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes przedsiębiorcy, przy czym nie należy zapominać o tym, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej (art. 1 ZNKU), co oznacza, iż przepisy tej ustawy znajdują zastosowanie między konkurującymi ze sobą na rynku przedsiębiorcami (wyr. SA w Katowicach z 22.11.2001 r., I ACa 688/2000, OSA 2001, Nr 5, s. 58).”* Celem Uznk jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Dlatego czyny nieuczciwej konkurencji ustawa uznaje za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy, ale również w przypadku zagrożenia ich interesów, podejmowanych sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Ponadto, grożące naruszenie powinno dotyczyć interesu mającego pewną wagę gospodarczą. Wreszcie, co istotne, zagrożenie musi być realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów. O tym czy przesłanki są, lub nie są spełnione nie decyduje subiektywne przekonanie jednej ze stron. Oceny dokonuje organ rozpoznający sprawę, stosując kryteria obiektywne. Nawet przy wykonywaniu własnego prawa przedsiębiorca powinien zważać, czy postępując w ten sposób nie narusza interesów innych uczestników obrotu gospodarczego lub im nie zagraża.

Zdaniem Izby, należało uwzględnić również regulacje ustawy Kodeks spółek handlowych, stanowiące, że członek zarządu spółki z o.o. nie może bez zezwolenia tejże spółki zajmować się interesami konkurencyjnymi ani też uczestniczyć w spółce konkurencyjnej jako wspólnik spółki cywilnej, wspólnik osobowej spółki handlowej lub jako członek organów kapitałowej spółki handlowej (art. 211 § 1 Ksh). W piśmiennictwie wyrażono trafny pogląd *„że naruszy art. 380 Ksh (w części tego przepisu dotyczącej zajmowania się interesami konkurencyjnymi), jak i przepisy Uznk, członek zarządu, który uczestnicząc w składzie organu zarządzającego spółki i wykorzystując swój udział w organach spółki podejmuje działania na własny rachunek, realizując pewne interesy w taki sposób, że np. część zysku z tych interesów pozostaje w innym przedsiębiorstwie, z którym jest on związany bezpośrednio lub pośrednio”* (zob. A. Szajkowski, Sołtysiński, Szumański, Szwaja, komentarz KSH, t. III, s. 599). Z istoty zarządzania spółką, która obejmuje prowadzenie spółki i reprezentowanie jej wynika, że członek zarządu powinien działać na korzyść spółki i powstrzymać się od działań, które mogłyby jej zagrażać lub zaszkodzić. Za interes konkurencyjny uznać należy interes, przede wszystkim gospodarczy, innego podmiotu aniżeli

spółka, a więc interes innej osoby fizycznej, w tym także własny interes wspólnika lub członka zarządu, jeżeli uzyskanie przezeń korzyści ekonomicznych lub choćby wzmocnienie jego pozycji na rynku wiąże się ze stratą spółki lub chociażby z osłabieniem jej pozycji. Ma to w szczególności miejsce, jeżeli podmiot ten oferuje na tym samym rynku co spółka, tym samym nabywcom takie same lub podobne towary lub usługi. Interesem konkurencyjnym zajmuje się oczywiście również ten podmiot, który we własnym imieniu i na swój rachunek prowadzi działalność stanowiącą konkurencję dla spółki, ale również i ten, kto działalność taką prowadzi za pośrednictwem innego podmiotu lub z podmiotem takim współdziała w sposób mający wpływ na konkurowanie przezeń ze spółką. Zaliczyć tu nawet należy udział, zwłaszcza większościowy, w konkurencyjnej spółce, chociażby nie połączony z wejściem w skład jej organów. Tylko wyjątkowo, w razie udowodnienia braku wpływu na działalność spółki konkurencyjnej, można uznać, iż nie uchybiono zakazowi, mimo, że Kodeks spółek handlowych dopuszcza uchylenie zakazu konkurencji - w razie uzyskania zezwolenia właściwego organu. Przy tym należy wykazać, jaki jest przedmiotowy zakres udzielonej zgody.

Odwołujący szczególnie zaznaczał, że kwestionowane oferty złożyły dwa odrębne podmioty prawne – co uznawał za dopuszczone przepisami ustawy Pzp, jak również ze względu na legalny sposób ich reprezentacji. Zamawiający tej okoliczności nie kwestionował i nie odrzucił oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – jako sprzecznej z art. 82 ust. 1 tej ustawy – pozwalającej na złożenie tylko jednej oferty przez tego samego wykonawcę.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego oraz oferty MERX Sp. z o.o. był zarzut czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto zgodnie z art. 7 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Z powyższych przepisów ustawy należy wnioskować, iż zamawiający na każdym etapie postępowania zobowiązany jest do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł on udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

W przekonaniu Izby, zamawiający wykazał zaistnienie powyższych okoliczności poprzez podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego i spółki MERX. Z okoliczności faktycznych tej sprawy wynika, że odwołujący firma REMBUD Piotr Tomanek oraz MERX Sp. z o.o. mają siedzibę w tym samym miejscu, korzystają wspólnie z potencjału technicznego i osobowego. Ponadto, Piotr Tomanek jest zarówno współnikiem jak i Wiceprezesem MERX Sp. z o.o. uprawnionym do jej jednoosobowej reprezentacji. Dawało to więc odwołującemu możliwość samodzielnego decydowania, zarówno w odniesieniu do złożenia ofert przez ww. podmioty, jak i ukształtowania cen tych ofert oraz wszystkich innych elementów. Wprost z wymienionych faktów, wynika zatem działanie we wzajemnym porozumieniu i pełnej wiedzy o tych ofertach, które z założenia ustawowego winny ze sobą uczciwie konkurować. W zaistniałych uwarunkowaniach, Izba nie dopatrzyła się innego celu uczestniczenia w przetargu przez wymienione podmioty ściśle ze sobą powiązane, jak tylko uzyskanie przedmiotowego zamówienia za droższą cenę, przy wykorzystaniu określonych mechanizmów ustawy Prawo zamówień publicznych – nakazujących wzywanie wykonawców do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału, czy też wykorzystania możliwości uchylecia się od zawarcia umowy przez wybranego wykonawcę. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że wykonawcy: REMBUD i MERX działali w porozumieniu, którego celem było uzyskanie zamówienia za kwotę wyższą, oferowaną przez firmę MERX. Świadczy o tym niezłożenie kompletnej oferty przez REMBUD - oferta tańsza. W sytuacji, gdyby oferta firmy MERX klasyfikowała się jako kolejna po ofercie Firmy REMBUD, oferta tej firmy jako niespełniająca warunków postępowania, przy celowym braku uzupełnienia dokumentu – co pozostawało w gestii odwołującego - zostałyby odrzucona, a wybrana zostałaby oferta droższa firmy MERX, przy czym zamówienie wykonywane było by również przez REMBUD jako podwykonawcę. Z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu odrzuconych ofert wynika, iż działanie wykonawcy proponującego cenę niższą było ukierunkowane na wybór oferty wykonawcy proponującego cenę wyższą. Trafnie również podnosił zamawiający, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia wybór kolejnej oferty, jeżeli wykonawca wybrany uchyla się od zawarcia umowy, chyba że postępowanie podlegałoby unieważnieniu. W przeświadczeniu Izby, odwołujący mógł liczyć na taki rozwój sytuacji, że oferta MERX Sp. z o.o. będzie drugą sklasyfikowaną w kolejności najniższej ceny, zatem gdyby odwołujący uchylił się od uzupełnienia dokumentów, czy zawarcia umowy, zamówienie mogłoby przypaść w udziale MERX Sp. z o.o. za cenę (odliczając kwotę 30 000 wadium) około 300 000,00 zł wyższą. Powyższe dowodzi, zdaniem Izby, że odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Działanie takie uderzało w innych uczestników przetargu i w ich uzasadnione interesy gospodarcze wyboru prawidłowej oferty – utrudniając przy tym dostęp do rynku. Nawet jeżeli określone działania nie mieściłoby się w katalogu

czynów wyraźnie zakazanych przez Uznk, czy inną ustawę, a naruszało jedynie dobre obyczaje – zagrażając interesom innego wykonawcy, konkretnie firmy GOTOLET - Izba była uprawniona na podstawie klauzuli generalnej - jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, uznać konkretny czyn za zabroniony i orzec podstawy do zastosowania przez zamawiającego sankcji przewidzianych w ustawie Pzp.

Ponadto, należało zważyć, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem, a więc także z przepisami odrębnymi innych ustaw. Kodeks spółek handlowych w kilku cytowanych wyżej przepisach zakazuje członkom zarządów spółek kapitałowych "zajmowania się interesami konkurencyjnymi." Podstawowym obowiązkiem zarządu spółek, jest prowadzenie spraw spółki oraz powstrzymania się od wszelkiej działalności sprzecznej z interesami spółki, której są wspólnikami i reprezentantami. Za interes konkurencyjny uchodzi interes, przede wszystkim gospodarczy, innego podmiotu aniżeli spółka, a więc interes innej osoby fizycznej, w tym także własny interes wspólnika lub członka zarządu, lub innego przedsiębiorcy, jeżeli uzyskanie przez nich korzyści ekonomicznych lub choćby wzmocnienie jego pozycji na rynku może wiązać się ze stratą spółki, szczególności wówczas, jeżeli podmiot ten – jak w niniejszym przypadku - oferuje na tym samym rynku co spółka, tym samym nabywcom takie same lub podobne towary lub usługi. Nie mogło podlegać dyskusji, że w świetle przytaczanych powyżej interpretacji Uznk, w rozpatrywanym stanie faktycznym odwołujący działając jako samodzielny wykonawca podjął działania konkurencyjne wobec MERX Sp. z o.o., której jest ustawowym reprezentantem. Odwołujący nie przedłożył zgody spółki MERX na prowadzenie działalności konkurencyjnej. Złożenie oferty przez odwołującego zagroziło zatem interesom tej spółki i stanowiło wyraźne naruszenie przepisu Ksh. Izba nie zgodziła się z odwołującym, iż wyłącznie spółka MERX mogłaby z tego faktu wywodzić określone konsekwencje. Także organ orzekający, w aspekcie zasadności odrzucenia oferty odwołującego - w zakresie popełnienia zakazanego czynu nieuczciwej konkurencji, mógł dokonać oceny zaistniałej sytuacji.

Okoliczności sprawy wskazują, iż podstawowe znaczenie należało przypisać jednak niewątpliwemu „porozumieniu” towarzyszącemu złożeniu kwestionowanych ofert. W warunkach, gdzie odwołujący znał treść własnej oferty i oferty MERX Sp. z o.o. - które samodzielnie ukształtował, składając pod nimi swój podpis - w przekonaniu Izby, można mówić o swoistej zмовie przetargowej, jako kolejnym zakazanym działaniu, wyczerpującym stan faktyczny niniejszej sprawy. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego podał, iż jego zastrzeżenia budziło działanie wykonawców w porozumieniu - co wyczerpuje dyspozycję zмовy przetargowej - nazwanej tak wprost w odpowiedzi na

odwołanie. Definicję zmowy przetargowej zawiera art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Dokonując przełożenia definicji zmowy przetargowej na komentowany stan faktyczny, okoliczności świadczą, że sytuacja taka miała miejsce - a celem byłoby wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, poprzez możliwe uchylenie się wykonawcy REMBUD Piotr Tomanek od uzupełnienia dokumentów lub zawarcia umowy i doprowadzenia do zawarcia umowy za droższą cenę z MERX Sp. z o.o. Zatem dla wywiedzenia zmowy przetargowej - nie można wykluczyć celowego działania zarówno po stronie odwołującego, jak i po stronie MERX Sp. z o.o., skoro wyłączne decyzje w tym zakresie skupiał odwołujący. Dla stwierdzenia porozumienia (zmowy przetargowej) nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to - co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzały i mogły one osiągnąć.

W ocenie Izby, wystąpił zbieg norm i podstaw dla przypisania odwołującemu czynów nieuczciwej konkurencji, które nie musiały mieć nawet formy dokonanej, wystarczyła bowiem sama możliwość zaistnienia takiego czynu i potencjalnych jego skutków, zagrażających interesom gospodarczym pozostałych uczestników przetargu, utrudniających dostęp do rynku, aby zamawiający zastosował sankcję odrzucenia ofert, których złożenie nie realizowało celu uczciwej między nimi konkurencji, a inne zamiary odwołującego, polegające raczej na wyeliminowaniu pozostałych ofert, za pomocą podwójonej szansy własnej na uzyskanie zamówienia, przy tym za cenę możliwie najwyższą. Celowe wpływianie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzje zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania, tak aby doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę jest istnieniem zmowy przetargowej i powinno być oceniane w przeświadczeniu Izby, po możliwych rezultatach. Z całokształtu okoliczności towarzyszących złożonym ofertom, należało wywieść, iż działanie odwołującego - proponującego niższą cenę było ukierunkowane w istocie - na wybór oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę w postępowaniu. Izba zważyła, iż ów cel i zamiar porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami wynika w sposób obiektywny z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu ofert, które nie miały konkurować między sobą, co jest podstawowym celem procedury udzielania zamówień publicznych.

W oparciu o powyższe ustalenia dowodowe, Izba uznała, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, tj.: art. 7 ust 1, art. 89 ust 1 pkt 3, przez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert i błędne przyjęcie, że oferta złożona przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, naruszenie art. 91 ust. 1 przez wybór oferty, która nie była najkorzystniejszą oraz naruszenie art. 92 ust 1 pkt. 2 tej ustawy, w niniejszym stanie faktycznym nie potwierdziły się, a zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2b i 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....