

**WYROK**  
z dnia 19 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2014 r. przez wykonawcę – **W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ziel-Bud W. R., ul. Czarodzieja 17, 03-116 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Praga Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **AG-COMPLEX Sp. z o.o. ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy – W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ziel-Bud W. R. z siedzibą w Warszawie i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - AG-COMPLEX Sp. z o.o. z Warszawy oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę niepodlegających odrzuceniu ofert z udziałem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Praga Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ziel-Bud W. R., ul. Czarodzieja 17, 03-116 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

1

---

2.2. zasądza od zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Praga Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa na rzecz wykonawcy – W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ziel-Bud W. R., ul. Czarodzieja 17, 03-116 Warszawa kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

2

**Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Praga Południe na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Modernizacja parku im. J. Polińskiego zlokalizowanego w rejonie ulic: Szaserów, Garwolińskiej i Kobielskiej w Warszawie”.

Wnoszący odwołanie wykonawca – W. R. prowadzący działalność gospodarczą pod Firmą Ziel-Bud W. R. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący] podniósł zarzut naruszenia w tym postępowaniu art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 3 tej ustawy z uwagi na bezpodstawne odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wybór innej oferty jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Wykonawca wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert, a także nakazanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący podał również, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem w przypadku zgodnego z prawem zachowania Zamawiającego, oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący zwrócił uwagę, że złożył ofertę z najniższą ceną, a w prowadzonym postępowaniu, jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest cena. Zatem niezależnie od sytuacji formalno - prawnej innych wykonawców, to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołaniu wykonawca podniósł w szczególności, że (...) oferta Odwołującego została uznana uprzednio za najkorzystniejszą, jednakże po powtórzeniu czynności Zamawiający podjął decyzję o jej odrzuceniu. Jako podstawę prawną Zamawiający podał przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jego zdaniem w zdawkowym uzasadnieniu Zamawiający oświadczył, że z uwagi na to, że producent nawierzchni firma KOMPANIA ZABAW udostępnił tylko wykonawcy wyniki badań oraz udzielił autoryzacji, a innym wykonawcom odmówił, zwrócił się o wyjaśnienia do producenta nawierzchni. Z wyjaśnień wynika, że z uwagi na to, że będzie podwykonawcą przy realizacji zamówienia udzielił autoryzacji firmie ZIEL-BUD oraz udostępnił wyniki badań, gdyż ocenił, że takie badania posiada. Takie postępowanie nosi zdaniem Zamawiającego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji”.

3

Zdaniem wnoszącego odwołanie, Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem odrzucenie oferty w trybie zastosowanego przepisu jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy czynność złożenia oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zatem to sama treść oświadczenia woli wykonawcy rozumiana zgodnie z art. 66 § 1 k.c. musiałaby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, a takiej okoliczności – zdaniem wykonawcy - Zamawiający nie stwierdził. Odwołujący podkreślił, że w okolicznościach tej sprawy Zamawiający odniósł się bezpośrednio do czynności podmiotu trzeciego, wskazanego w treści oferty Odwołującego jako podwykonawca. Nie umotywował natomiast, ani nie udowodnił popełnienia przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdził tylko, że Postępowanie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji”, która to okoliczność w chwili składania oświadczenia woli (oferty) Odwołującego, nie miała miejsca. Ujawniła się dopiero w toku powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Zwrócił uwagę, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje na moment złożenia oferty jako chwilę czasu dla której winna zostać dokonana ocena, czy czynność złożenia oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Stwierdził także, że jeżeli nawet doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, jego hipotetycznym sprawcą był nie Odwołujący, lecz firma KOMPANIA ZABAW. Zatem to nie relacja pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym, lecz pomiędzy KOMPANIĄ ZABAW, a innym wykonawcą może podlegać ocenie pod kątem uczciwej bądź nieuczciwej konkurencji. Tym samym nie można odrzucić oferty wykonawcy z uwagi na domniemanie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez inny podmiot.

Odnosząc się do oceny czynności firmy KOMPANIA ZABAW, wykonawca stwierdził, że dla postawienia skutecznego zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest wskazanie na konkretne okoliczności faktyczne z powiązaniem ich z okolicznościami wskazanymi w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uoznk). Jakkolwiek Zamawiający nie podał takich informacji w treści zawiadomienia o wyborze oferty zawierającego informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, ze wskazanych okoliczności sprawy można domyślać się, że podstawą zarzutu mogłoby być uznanie, że doszło do

utrudniania dostępu do rynku poprzez rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowane traktowanie niektórych klientów przez firmę KOMPANIA ZABAW to jest do czynu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 3 uozn. Jak dotychczas, Zamawiający nie podjął się udowodnienia zaistnienia takiego zdarzenia. Reasumując wykonawca stwierdził, że gdyby nawet Zamawiający to uczynił, to dowód dotyczyćby czynności podmiotu niebędącego wykonawcą w postępowaniu, a nie – Odwołującego, a zatem nie można na podstawie przytoczonych okoliczności skutecznie dowieść ziszczenia się przesłanki stanowiącej podstawę odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

4

Odnośnie sytuacji wykonawcy PARK-M Sp. z o.o., którego relacja handlowa z firmą KOMPANIA ZABAW stała się [tu jak zauważył Odwołujący: (...) jak można się domyślać, gdyż Zamawiający tego nie zapisał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego] podstawą zarzutu wobec oferty Odwołującego, wykonawca wskazał, że każdy z wykonawców przed złożeniem oferty powinien zapoznać się z możliwościami uzyskania ofert handlowych, a także wymaganych w postępowaniu dokumentów przedmiotowych w tym badań i autoryzacji. Gdyby PARK-M zwróciła się do KOMPANIA ZABAW we właściwym czasie, dowiedziałyby się o ewentualnej odmowie autoryzacji w terminie, co umożliwiłoby wybór innej nawierzchni, albowiem Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych. Nawierzchnia PLAYTOP była jedynie rozwiązaniem przykładowym. Zachowanie PARK-M dowodzi, że w dniu oznaczonym jako termin do złożenia ofert nie był w stanie wylegitymować się dowodami, że oferowana robota budowlana odpowiada wymaganiom jakościowym Zamawiającego, a ponadto te okoliczności pozostawały bez związku ze złożeniem oferty przez Odwołującego a także z jej treścią.

Odwołujący podkreślił, za przepisem art. 66 § 1 k.c., że "oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy". Oferta jest jednostronną czynnością składającego ją wykonawcy. Ofertę jako oświadczenie woli w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego należy odróżnić od oferty w potocznym rozumieniu, tj. kompletu wielu dokumentów składanych zamawiającemu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie że oferowana robota budowlana odpowiada wymaganiom Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w ogłoszeniu i SIWZ. Dokumenty te (autoryzacja, badania, certyfikaty) nie stanowią treści oświadczenia woli to jest oferty.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że jego oferta została odrzucona de facto za to, że wykonawca zachował staranność podczas procesu handlowego polegającego na pozyskiwaniu ofert od poddostawców i podwykonawców i składając ofertę wskazał, że firma KOMPANIA ZABAW będąca autoryzowanym przedstawicielem producenta nawierzchni PLAYTOP, będzie jego podwykonawcą, które to działania nie są zabronione ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem stanowią one normalną praktykę rynkową. Żaden przepis prawa nie zabrania bowiem aby autoryzowany przedstawiciel producenta jakichś przedmiotów wykonywał czynności jako podwykonawca. W konkluzji podkreślił, że Odwołujący wykazał, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom Zamawiającego i odrzucenie jego oferty odbyło się z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

5

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca AG - COMPLEX sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, do odrzucenia odwołania.

Izba stwierdziła także, że wnoszący odwołanie wykonawca – W. R. prowadzący działalność gospodarczą pod Firmą Ziel-Bud W. R. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący] w dacie wnoszenia odwołania miał legitymację procesową w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do

jego wniesienia.

Rozpoznając zarzut z odwołania, dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, Izba miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani - zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności obowiązującą w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą - wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W tym postępowaniu ciężar dowodzenia spoczywał na Zamawiającym, który w związku z dokonanymi przez niego ustaleniami m.in. w korespondencji z autoryzowanym przedstawicielem producenta nawierzchni Play Top - Kompanią Zabaw L. K. z Piaseczna [Kompania Zabaw] uznał, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba w niniejszej sprawie miała także na uwadze dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, które to odwołanie mogło z kolei, tak jak w niniejszej sprawie, dotyczyć tylko podjętych czynności związanych z odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp i w oparciu o wskazaną w decyzji o odrzuceniu oferty argumentację faktyczną.

W tej sprawie Izba ustaliła, że Zamawiający powołując art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy z jednej strony podał, że (...) treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia” [wstęp do poz.6 kol.4], jednakże w dalszym uzasadnieniu stwierdził, że Odwołujący na wezwanie na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp uzupełnił wymagane rozdziałem 16 pkt 5 lit. f) specyfikacji dokumenty, potwierdzające spełnianie warunków

6

---

jakościowych oferowanej nawierzchni. Zatem, w okolicznościach faktycznych sprawy oferta Odwołującego została odrzucona – tak jak podał w odwołaniu wykonawca – tylko na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Zastosowanie tej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego zostało uzasadnione tym, że postępowanie polegające na udzieleniu autoryzacji firmie ZIEL-BUD przez Kompanię Zabaw oraz udostępnienie wyników badań, tylko temu wykonawcy [z wyłączeniem innych wykonawców] z uwagi na to że Kompania będzie podwykonawcą przy realizacji tego zamówienia - nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W toku rozprawy, Zamawiający rozszerzył argumentację i podniósł, podobnie jak Przystępujący wykonawca AG - COMPLEX sp. z o.o. z Warszawy, zarzut „zmowy przetargowej”.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba przede wszystkim stwierdziła, że skierowany do oferty Odwołującego zarzut czynu nieuczciwej konkurencji oparty na wskazaniu art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy de facto, tak jak to podniósł w odwołaniu wykonawca, zachowań podmiotu trzeciego, a nie wykonawcy składającego ofertę. Z tego też chociażby względu odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Izba stwierdza również, że nie można odrzucić oferty wykonawcy w oparciu o domniemanie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, i co więcej, gdy - tak jak w niniejszej sprawie - takie domniemanie dotyczy czynu popełnionego nie przez wykonawcę, a ewentualnie przez inny podmiot. Izba podkreśla, że zastosowanie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione, że złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o nieuczciwej konkurencji.

Izba stwierdza również, że ocena relacji pomiędzy autoryzowanym przedstawicielem producenta nawierzchni Play Top firmą Kompania Zabaw L. K. z Piaseczna, a innym wykonawcą pod kątem uczciwej bądź nieuczciwej konkurencji nie należy do kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Na marginesie Izba zauważa, że Zamawiający nie przedłożył żadnego dowodu na poparcie twierdzeń, że zachowanie wnoszącego odwołanie wykonawcy Ziel-BUD W. R. z Warszawy mogło mieć wpływ na odmowę „autoryzacji” dla wykonawcy Park-M sp. z o.o. Nowego Sącza, który z takim wnioskiem zwrócił się dopiero – jak zauważa Izba - po terminie składania ofert skutkiem wezwania Zamawiającego o uzupełnienie

wymaganych specyfikacją dokumentów. Izba zauważyła także, że Odwołujący zaznaczył już w ofercie sposób współpracy z autoryzowanym przedstawicielem producenta nawierzchni Play Top na zasadzie podwykonawstwa, która to współpraca – jak oświadczyła Kompania w toku rozprawy - jest wymagana przez producenta dla utrzymania należytego wizerunku marki

7

---

Play Top, a która to okoliczność nie była kwestionowana w toku rozprawy przez Zamawiającego, jak również przez Przystępującego po jego stronie wykonawcę.

Odnosnie argumentacji Przystępującego wykonawcy – Izba przede wszystkim stwierdza, że wykonawca - AG - COMPLEX sp. z o.o., w związku z pisemną ofertą złożoną temu wykonawcy przez Kompanię nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie podjęcia rozmów handlowych z tym przedstawicielem producenta. Wykonawca ten nie wykazał także źródła pochodzenia atestu higienicznego, który przedłożył na rozprawie, odnośnie którego Izba stwierdza, że jest on opatrzony datą z 2010 roku podczas, gdy wykonawca Ziel-BUD W. R. z Warszawy załączył dla oferowanej nawierzchni atest z roku 2014.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący po jego stronie wykonawca, nie wykazali w toku rozprawy, że tylko firma Kompania Zabaw L. K. z Piaseczna jest wyłącznym autoryzowanym przedstawicielem producenta Play Top uprawnionym do udostępniania wymaganych specyfikacją atestów, certyfikatów i badań. Nie wykazali także, że producent nie wymaga przy dostawie nawierzchni Play Top osobistego zaangażowania jego autoryzowanego przedstawiciela, w tym przypadku przez Kompanię, polegającego na montażu nawierzchni i która to współpraca w istocie może sprowadzać się właśnie do podwykonawstwa.

Odnosnie podnoszonego na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego zarzutu z umowy przetargowej, Izba – w ślad za orzecznictwem - zauważyła, że umowa przetargowa przy składaniu ofert jest przejawem zachowania wykonawców [co najmniej dwóch] składających w danym postępowaniu oferty, z których treści wynika jedynie pozorne konkurowanie przez tych wykonawców w tym postępowaniu. Zachowania te mogą dotyczyć przed złożeniem ofert nieuprawnionego porozumienia, w szczególności - uzgodnienia warunków ofert, zakresu prac czy też ceny.

Mając zatem na względzie powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp jest zasadny.

W stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.

8

---

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając również przepisy 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).

.....

9