

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lutego 2012 roku

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Majchrzak
Sędziowie: SSO Jolanta Waltrowska

SSO Ewa Kaźmierczak

Protokolant: st. sekr. sąd. Sylwia Wawrzyniak

po rozpoznaniu w dniu 2 lutego 2012 roku, w Poznaniu
na rozprawie

sprawy rozpoznanej ze skargi WĄSKO S.A. z siedzibą w Gliwicach

od punktu 2 i punktu 3.2.2 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2011 roku, w
sprawie o sygn. akt KIO 2492/11, KIO 2495/11

przy uczestnictwie przeciwnika skargi T-matic Systems spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnej
Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Poznaniu oraz
przystępującego ENTE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach
o udzielenie zamówienia publicznego

I. zmienia zaskarżony wyrok:

- 1) w punkcie 2 w ten sposób, że oddala odwołanie T-matic Systems spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
- 2) w punkcie 3.2.2 w ten sposób, że kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą obciąża T-matic Systems spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i z tego tytułu zasądza od wymienionej na rzecz Wąsko Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gliwicach kwotę 3.60Q zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa prawnego,

II. zasądza od T-matic Systems spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Wąsko Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gliwicach kwotę 83.597 zł z tytułu zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi.

SSO Jolanta Waltrowska

SSO Piotr Majchrzak

SSO Ewa Kaźmierczak

. yginał należyście podpisano

Odpis sporządzono

" terszy^ejysfgSił lowy

I'

Sy Ifii&Wa w rzy niak

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 1 grudnia 2011 roku Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołań wniesionych przez wykonawcę SMT Software Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2492), oraz wykonawcę T-matic Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2495/11), w pkt.. 1 wyroku oddaliła odwołanie SMT Software spółki akcyjnej oraz, w pkt.. 2 wyroku, uwzględniła odwołanie wniesione przez T-matic Systems spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny ofert ostatecznych, nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie czynności odrzucenia ofert wykonawców WĄSKO spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach, i ENTE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia w sprawie KIO 2495/11, Krajowa Izba Odwoławcza, wskazała, że na uwzględnienie zasługiwał podniesionych przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców WĄSKO S.A i ENTE sp. z o.o. pomimo, że złożenie ofert przez tych wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Izba wskazała, że w ustępie 2 przytoczonego przepisu ujęte zostały konkretne typy czynów nieuczciwej konkurencji i przy zarzucie popełnienia czynu opartego na art. 3 ust.1 ustawy, Izba musi zbadać czy czyn ten nie wypełnia znamion któregoś z określonych w ust. 2 typów. W dalszej kolejności dopuszczalne jest badanie czy zachowanie przedsiębiorcy pozostaje w sprzeczności z prawem i dobrymi obyczajami prowadząc do stanu zagrożenia szkodą. Izba ustaliła, że odwołujący T-matic domagał się ochrony swojego interesu polegającego na dążeniu do uzyskania przedmiotowego zamówienia, ochrony interesu zamawiającego jako potencjalnego klienta przystępujących WĄSKO i ENTE a także podmiotu zobowiązanego wobec wykonawców ZUD do utrzymania stałych cen na urządzenia oraz świadczenia gwarancji i serwisu, oraz ochrony interesu klientów w postaci wykonawców ZUD, którzy nieeliby nabyć urządzenia od wspomnianych podmiotów. Izba wskazała, że dopuściła oryginalną dokumentację z postępowania jako dowód z urzędu, w tym wnioski, oferty wstępne i oferty ostateczne przystępujących WĄSKO i ENTE. W ocenie Izby, zgromadzony

materiał dowodowy daje podstawy do stwierdzenia, że złożenie ofert przez WĄSKO S.A. oraz ENTE sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Zdaniem Izby czyn WĄSKO polegał na stworzeniu sytuacji powodującej pośrednio wymuszenie na klientach (zamawiającym i wykonawcy ZUD) wyboru siebie jako kontrahenta, zaś ENTE i WĄSKO stworzyło warunki umożliwiające WĄSKO wymuszenie zakupu usługi właśnie od niego. Izba zwróciła uwagę na to, że czyn utrudnienia dostępu do rynku nie musi wiązać się z uniemożliwieniem innym dostawcom w danym postępowaniu przetargowym uzyskania takiego zamówienia, ale z podjęciem takich czynności, które utrudnią innym konkurentom uzyskanie takiego zamówienia. System monitorowania stanu zimowego utrzymania dróg, będący przedmiotem niniejszego zamówienia, ma być zakupiony dla wszystkich oddziałów GDDKiA, zatem twórca systemu będzie miał możliwość stworzenia systemu o zasięgu ogólnopolskim. Sam system nie daje jednak wymiernych korzyści z jego stworzenia, gdyż jego prawidłowe funkcjonowanie zależne jest od

uzyskiwania informacji z urządzeń zamontowanych w pojazdach wykonawców świadczących usługi zimowego utrzymania dróg. Dostawa tych urządzeń nie stanowi przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Jak bowiem wynika z warunków SIWZ wszystkie urządzenia pojazdowe wykonawcy ZUD kupią bezpośrednio od podmiotu wybranego bezpośrednio w tym postępowaniu ale poza postępowaniem, zaś Zamawiający zapewnia jedynie jednolite warunki gwarancji i serwisu oraz jawną cenę urządzeń. W ocenie Izby oznacza to, że mający swobodę zawierania umów z wykonawcami podmiot wyłoniony w niniejszym przetargu będzie mógł również odmówić zawarcia umowy (jest on bowiem zobowiązany jedynie do przestrzegania podanych cen urządzeń). Izba wskazała, że Zamawiający nie dysponuje żadnymi mechanizmami przymuszenia do zawarcia takiej umowy, nie spełniają takiej funkcji przewidziane kary umowne. Tym samym wybrany wykonawca osiągnie nieograniczony dostęp do rynku wykonawców ZUD. Jednakże, takie określenie przedmiotu zamówienia nie było ograniczeniem dostępu do rynku stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji, którego Izba dopatrzyła się w działaniu obu przystępujących. Koniecznym jednak było przedstawienie charakteru tego postępowania w celu ustalenia czy mogło dojść do zawiazania porozumienia pomiędzy wykonawcami. Izba uznała, że fakt istnienia takiego porozumienia może zostać wywiedziony z faktów pośrednich, którymi są:

- okoliczność, że w ofercie wstępnej przystępującego ENTE znalazły się dane firmy WĄSKO jako dostawcy, jego- adres oraz numer telefonu tj. imię i nazwisko {Arkadiusz Błachut) AW

i '

ocenie Izby, faktu tego nie da się wytłumaczyć korzystaniem z formatek opracowanych przez przystępującego WĄSKO, gdyż formularz oferty wstępnej był opracowany przez

•1

zamawiającego. Nadto nie da się inaczej (jak faktem wzajemnych uzgodnień) wyjaśnić, skąd u przystępującego ENTE wiedza o osobie, która w tym postępowaniu ma reprezentować zamawiającego WĄSKO. Co więcej zamawiający nadał na potrzeby tego postępowania szczególną nazwę wykonawcom (inną niż na gruncie ustawy PZP), tj. nazwał ich dostawcami i nazwa ta znalazła odzwierciedlenie w ofercie wstępnej ENTE, przy czym w ofercie tej jako dostawcę wskazano WĄSKO;

- okoliczność, że zakres podwykonawstwa przedstawiony przez obu oferentów był identyczny w zakresie instalacji czujników i urządzeń w pojazdach. Obaj przystępujący wskazali tę

część zamówienia jako zaplanowaną do wykonania przez podwykonawców i jednocześnie

■ ■ ■

i oświadczyli na rozprawie przeprowadzonej przed KIO, że będą dla siebie wzajemnie

■

podwykonawcami. W ocenie Izby nie można dać wiary takim zapewnieniom, bo skoro żaden

i z oferentów nie będzie na potrzeby wykonania własnej oferty świadczył takich usług jako

j

; wykonawca, to tym bardziej nie będzie ich świadczył jako podwykonawca. Zdaniem Izby

i ■

takie stanowisko uczestników postępowania może prowadzić do przyjęcia, że wykonawcy, wbrew ich twierdzeniom złożonym na rozprawie, będą świadczyli usługi przez innych jeszcze podwykonawców, bądź, że w rzeczywistości nie będą realizowane usługi instalacji urządzeń i

■ czujników w pojazdach. W ocenie Izby pozostawienie tego postanowienia w ofertach

i

ostatecznych u obu przystępujących świadczy o wzajemnych uzgadnianiu zakresu świadczenia i jest przypadkowo pozostawionym elementem jednej z ofert w drugiej ofercie.

; - okoliczność, że zarówno WĄSKO jak i ENTE w identyczny sposób określili warunki

i

? serwisu gwarancyjnego urządzeń ZUD. Postanowienia w obu ofertach są dosłownie

identyczne, raz jednak określono, że są to warunki WĄSKO, raz, że warunki ENTE. Izba nie

| uznała tym samym stanowisko prezentowanego przez w/w podmioty, że ENTE będzie

I podwykonawcą WĄSKO, uznając, że w takim przypadku nie byłoby jednak potrzeby zmiany

i

i podmiotu gwaranta z ENTE na WĄSKO.;

;

- tożsamość osób mających świadczyć usługę w oddziałach GDDKiA. W tym zakresie także

>

1 Izba nie dała wiary wyjaśnieniom przystępującego, że zbieżność ta jest uzasadniona

ś wzajemnym podwykonawstwem i wiąże się z montażem urządzeń ZUD u wykonawców

* ZUD funkcjonujących w ramach oddziałów GDDKiA. Izba zwróciła uwagę na to, że w obu

ofertach wskazano te same osoby jako odpowiedzialne za wdrożenie projektu w oddziałach.

Ponieważ montaż urządzeń i czujek nie jest objęty przedmiotem projektu, wątpliwości Izby

i

•1 wzbudziła okoliczność, czy rzeczywiście do obowiązków tych osób miały należeć czynności

związane z wykonywaniem umów z wykonawcami ZUD, czy też, jak wymaga tego zamówienie, za wdrożenie i przeszkolenie pracowników zamawiającego w poszczególnych oddziałach zamawiającego.

Izba wskazała, że przytoczone przez nią okoliczności w sposób dostateczny wykazują istnienie porozumienia pomiędzy przystępującymi co do współdziałania przy składaniu ofert i zamiaru pozyskania zamówienia dla jednego z nich. Dodatkowo, istnienie takiego porozumienia potwierdza systematyka ofert wstępnych i ostatecznych, fakt, że oferty wstępne zostały złożone tego samego dnia i o tej samej godzinie, bardzo do siebie zbliżone wzory zamówienia i protokołu montażu urządzeń, identyczny sposób przedstawienia struktury funkcjonalnej projektu wraz z wykazem osób odpowiedzialnych, identyczność dokumentów stanowiących w ocenie przystępujących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz sposób jej zastrzeżenia, posłużenie się wzorami dokumentów nie wymaganymi przez zamawiającego, tj. wstęp, spis treści, data sporządzenia i podpis osób upoważnionych, informacja o wykonawcy, identyczny sposób prezentacji kosztu w ramach pozycji 11 kosztorysu ofertowego, oraz bardzo zbliżona treść oświadczeń co do sposobu interpretacji poz.11, bardzo zbliżone oświadczenia dotyczące parametrów hostingu, posługiwanie się tymi samymi warunkami licencyjnymi, istnienie powiązań osobowych pomiędzy przystępującymi. W ocenie Izby porozumienie to wykraczało poza uzasadnione podwykonawstwem potrzeby, zaś z analizy przedłożonych dokumentów wynika, że obaj przystępujący uzgodnili warunki, na jakich będą świadczyć przedmiotowe zamówienie, co z jednej strony miało zmierzać do ograniczenia rzeczywistej konkurencji w postępowaniu poprzez zajęcie przez niekonkurujących ze sobą podmiotów dwóch miejsc na tzw. krótkiej liście na pięć miejsc przewidzianych przez zamawiającego, zaś z drugiej strony poprzez umożliwienie przystępującemu WĄSKO zaoferowania korzystniejszych warunków niż drugi z przystępujących a zatem w przypadku,

gdy okazało się, że ważne są tylko oferty przystępujących to przystępujący WĄSKO uzyskałby zamówienie. Trzecim elementem tego porozumienia było, w ocenie Izby to, że niezależnie od tego, który z przystępujących uzyskałby zamówienie podmiotem realizującym zamówienie byłoby WĄSKO albo osobiście, albo jako podwykonawca ENTE. Pomimo, że wzajemne podwykonawstwo nie jest zakazane na gruncie ustawy Pzp, to może być w tym przypadku uznane za czynny nieuczciwej konkurencji w sytuacji gdy nie dotyczy części zamówienia, ale wskazuje na promowanie jednego wykonawcy poprzez współdziałanie innego podwykonawcy. Porozumienia tego rodzaju prowadzą do sytuacji, w której podwykonawcy zamiast konkurować ze sobą zawierają porozumienia wypaczając tym samym sens przetargu, bo w konsekwencji prowadzi to do wymuszania u zamawiającego

zakupu usług u konkretnego wykonawcy. Tym promowanym wykonawcą, w ocenie Izby, była firma WĄSKO, o czym świadczy zamieszczenie jej danych w ofercie wstępnej ENTE. Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający nie dokonał należytej analizy złożonych w postępowaniu ofert pod kątem wszystkich przesłanek odrzucenia ofert z art. 89 ust. 1 ustawy, zaniechał bowiem, w odniesieniu do przystępujących WĄSKO i ENTE, analizy ich wniosków, ofert wstępnych i ofert ostatecznych pod kątem tego, czy działania tych przystępujących, skutkujące złożeniem oferty ostatecznej, nie stanowiły czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby Zamawiający dopuścił się zaniechania stanowiącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy poprzez nie odrzucenie ofert w/w przystępujących jako stanowiących czynny nieuczciwej konkurencji.

Ponadto, Izba uznała za zasadny podniesiony przez odwołującego się T-matic zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne potraktowanie odwołującego się T-matic i wykonawców WĄSKO oraz ENTE poprzez jednakową ocenę ich ofert pomimo, że oferty WĄSKO S.A. i ENTE sp. z o.o. były niekompletne, nie dotyczyły całego przedmiotu zamówienia, zawierały błędy w obliczeniu ceny, natomiast oferta odwołującego była bezbłędna i zawierała wszelkie informacje oraz dokumenty wymagane przez Zamawiającego. W ocenie Izby, wobec potwierdzenia się zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert przystępujących WĄSKO i ENTE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy potwierdził się także zarzut niezapewnienia równego traktowania wykonawców.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie w zakresie pkt. 2 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, tj. w części, w jakiej uwzględniła ona odwołanie firmy T-matic, wniósł przystępujący WĄSKO Spółka Akcyjna domagając się jego zmiany w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez przeciwnika skargi w całości, tj. w zakresie wszystkich zarzutów wskazanych w odwołaniu. Skarżący wniósł także o obciążenie przeciwnika skargi kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i Sądem Okręgowym oraz zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego zwrotu opłaty od skargi oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Ponadto skarżący złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu skargi na okoliczności wskazane w uzasadnieniu oraz o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia oryginałów wskazanych dokumentów..

Rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej skarżący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 197 ust. 7 ustawy Pzp poprzez orzeczenie co do zarzuty, który nie był objęty odwołaniem;
- 2) art. 190 ust. 1 ustawy Pzp poprzez stwierdzenie faktów, na poparcie których nie zostały wskazane jakiegokolwiek dowody;
- 3) art. 185 ust. 7 ustawy poprzez naruszenie postanowień Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie postępowania przed sądem polubownym (arbitrażowym) w tym naruszenia art. 1194 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 1183 Kodeksu postępowania cywilnego w związku z naruszeniem art. 20 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) w związku z naruszeniem § 22 ust. 4 w/w rozporządzenia poprzez uniemożliwienie skarżącemu zabrania głosu co do jednego z dowodów pośrednich, na którym oparła się Krajowa

Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie;

- 4) art. 191 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego;
- 5) art. 190 ust. 7 ustawy Pzp poprzez ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważania zebranego w sprawie materiału.
- 6) art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez stwierdzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że rzekome naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;
- 7) prawa materialnego tj. przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędne uznanie, że złożenie ofert przez skarżącego i ENTE sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz poprzez nakazywanie dokonania czynności odrzucenia ofert skarżącego i ENTE sp. z o.o.
- 8) prawa materialnego tj. przepisu art. 7 ust. 1 ustawy poprzez błędne uznanie, że zamawiający nierówno potraktował przeciwnika skargi, skarżącego i wykonawcę ENTE sp. z o.o. poprzez jednakową ocenę ich ofert oraz naruszenie prawa materialnego tj. przepisu art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy poprzez błędne uznanie, że Zamawiający zaniechał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty przeciwnika skargi.

W uzasadnieniu tak zgłoszonych zarzutów skarżący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza przekroczyła granice wniesionego odwołania bowiem orzekła do co zarzutów w nim wyraźnie nie wskazanych, czym naruszyła art. 192 ust. 7 ustawy. Skarżący podniósł, że we wniesionym odwołaniu nie wskazano, że Zamawiający naruszył art. 15 ust. 1 pkt. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skarżący wskazał, że powyższy zarzut nie został przez odwołującego się podniesiony w odwołaniu (ani w piśmie procesowym złożonym przez T-matic w dniu 29 listopada 2011 roku) jak również nie sformułowano go w toku postępowania przez Krajową Izbę odwoławczą. Przeciwnik skargi, stawiając zarzut czynu nieuczciwej konkurencji, powołał się bowiem tylko i wyłącznie na art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazując, że Skarżący i ENTE dopuścili się tzw. zmywy przetargowej. Skarżący zwrócił uwagę, że zarzut ten dotyczy zupełnie innej podstawy prawnej niż ta, która stanowiła podstawę rozstrzygnięcia KIO, a mianowicie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów a nie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, w ocenie skarżącego, KIO w sposób zupełnie nieuprawniony sformułowala własny zarzut nie przedstawiony w odwołaniu przeciwnika skargi, oparty na art. 15 ust. 1 pkt. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skarżący zakwestionował, wyrażone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku, stanowisko że była ona uprawniona do badania czy zarzuczone skarżącemu działanie wypełnia znamiona któregoś ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, w oparciu o podniesiony zarzut naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skarżący wskazał, że podniesiony w odwołaniu zarzut musi zostać przez stronę skonkretyzowany, zaś T-matic podał jedynie art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz wskazał na uzgodnienie warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub oceny.

Ponadto, skarżący podniósł, że zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie został w żaden sposób udowodniony, a odwołujący starał się jedynie go uprawdopodobnić, co sam przyznał w toku posiedzenia. Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że pozytywne ustalenia w tym zakresie można wywieść z faktów pośrednich, gdy tymczasem ani ustawa Pzp ani ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie przewidują żadnych ułatwień dowodowych w tym zakresie i nie pozwalają poprzestać na faktach pośrednich. Skarżący powołał się przy tym na orzeczenia KIO oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 lutego 2010 roku, sygn. akt Ca 2446/09 oraz wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wydany w sprawach połączonych C 21/03 i C 34/03 Fabricom przeciwko państwu belgijskiemu z dnia 3 marca 2005 roku). Zatem Krajowa Izba Odwoławcza w sposób

nieuprawniony i błędny zastosowała ułatwienia dowodowe określone wyłącznie w postępowaniu dowodowym toczącym się w ramach postępowania antymonopolowego.

Skarżący zarzucił również rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej, że wydane zostało na podstawie dowodów „pośrednich” bez możliwości wypowiedzenia się skarżącego co do nich. Stosownie natomiast do brzmienia art. 1183 Kodeksu postępowania cywilnego w postępowaniu przed Sądem polubownym strony powinny być traktowane równoprawnie i każda z nich ma prawo do wysłuchania i przedstawienia swoich twierdzeń oraz dowodów na ich poparcie. Podobnie reguluje prawo do wystąpienia regulamin postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280). Skarżący podniósł, że został tego prawa pozbawiony, bowiem częściowo rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej opiera się o podobieństwo ofert wstępnych skarżącego i ENTE, co nie było ani poruszone przez odwołującego się, ani też nie było przedmiotem rozpoznania na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Tym samym skarżący nie mógł się w żaden sposób na jej temat wypowiedzieć, czy to w ramach repliki, czy też w formie odpowiedzi na pytanie.. Nie mógł również przewidzieć, że okoliczność ta stanie się podstawą zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu to na odwołującym się spoczywał ciężar wykazania, że doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji tymczasem on nie wykazał, żadnej inicjatywy w kierunku porównywania ofert wstępnych ENTE i WĄSKO.

Skarżący podniósł również błędne ustalenie przez Izbę stanu faktycznego stanowiącego podstawy niniejszego rozstrzygnięcia. Zarzucił, że Izba pominięła wyjaśnienia złożone przez Skarżącego i Ente sp. z o.o. odnoszące się do okoliczności faktycznych wskazanych w odwołaniu wniesionym przez przeciwnika skargi. Skarżący wyjaśnił, że:

- dane firmy WĄSKO znajdujące się w ofercie wstępnej ENTE wynikają z faktu, że obsługę obu podmiotów w zakresie zamówień publicznych prowadzi jeden podmiot zewnętrzny, który w sposób omyłkowy, przy kompletowaniu treści obu ofert przekopiował do oferty wstępnej ENTE sp. z o.o. niewielki fragment oferty skarżącego. Wiedza uzyskana przez ENTE w wyniku tej omyłki a dotycząca reprezentanta Skarżącego nie wpływa jednak w żaden sposób na ograniczenie konkurencji;
- identyczny zakres podwykonawstwa w zakresie instalacji czujników i urządzeń w pojazdach w sytuacji, gdy obaj przystępujący wskazali, że będą powyższe czynności wykonywali przez podwykonawców i obaj będą wzajemnie dla siebie podwykonawcami wynika z faktu, że oba podmioty będą korzystały w tym zakresie z usług innych jeszcze podwykonawców.

Natomiast wskazanie w obu projektach tych samych osób odpowiedzialnych za wdrożenie we wszystkich oddziałach Zamawiającego wynika ze wzajemnego podwykonawstwa.

- identyczność warunków serwisu gwarancyjnego wynika z faktu, że oba podmioty oferowały urządzenia tego samego producenta (ENTE sp. z o.o.), zatem brak jest logicznego uzasadnienia dla różnicowania warunków gwarancji udzielanych przez spółki.
- pozostałe podniesione przez KIO zarzuty - systematyka ofert wstępnych i ostatecznych, okoliczność, że oferty wstępne zostały złożone tego samego dnia i o tej samej godzinie, bardzo do siebie zbliżone wzory zamówienia i protokołu montażu urządzeń, identyczny sposób przedstawienia struktury funkcjonalnej projektu wraz z wykazem osób odpowiedzialnych, identyczność dokumentów stanowiących w ocenie przystępujących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz sposób jej zastrzeżenia, posłużenie się wzorami dokumentów nie wymaganymi przez zamawiającego, tj. wstęp, spis treści, data sporządzenia i podpis osób upoważnionych, informacja o wykonawcy, identyczny sposób prezentacji kosztu w ramach pozycji 11 kosztorysu ofertowego, oraz bardzo zbliżona treść oświadczeń co do sposobu interpretacji poz.11, bardzo zbliżone oświadczenia dotyczące parametrów hostingu, posłużenie się tymi samymi warunkami licencyjnymi, istnienie powiązań osobowych pomiędzy przystępującym i- wszystkie te okoliczności skarżący wyjaśnił faktem udostępnienia przez skarżącego ENTE sp. z o.o. formatki oferty. Ponadto wskazał, że dalsze podobieństwa dotyczące wzorów zamówienia i protokołu montażu urządzeń zawierają standardowe elementy, które w ocenie skarżącego wcale nie są zbliżone. Odnosnie sposobu prezentacji kosztu w pozycji 11 kosztorysu ofertowego oraz treści oświadczenia co do sposobu interpretacji tego kosztorysu, to skarżący wskazał, że wynikały one z identycznych

wniosków, do których spółki doszły niezależnie od siebie. Odnośnie oświadczeń dotyczących parametrów hostingu, skarżący wskazał, że dysponuje on własną serwerownią spełniającą wymagania SIWZ, a firma ENTE planowała powiedzenie skarżącemu podwykonawstwa w zakresie świadczenia usług hostingu. Odnośnie takich samych warunków licencyjnych skarżący wskazał, że ich identyczność wynika z tego, że skarżący oferuje oprogramowanie ENTE sp. z o.o., a licencji może udzielić podmiot, który posiada prawa własności intelektualnej do oprogramowania.

Odnośnie do porozumienia pomiędzy WĄSKO i ENTE, ustalonego przez Krajową Izbę Odwoławczą skarżący wyjaśnił, że oba podmioty są od siebie niezależne, zaś powiązanie pomiędzy spółkami ma charakter wyłącznie osobowy, prezes zarządu i większościowy udziałowiec skarżącego jest jednocześnie jedynym udziałowcem ENTE sp. z o.o.. Spółki współpracują ze sobą w obrocie gospodarczym od wielu lat z uwagi na

- ; komplementarność przedmiotu prowadzonych działalności. ENTE sp. z o.o. jest przede
- j wszystkim spółką nastawioną na działalność projektowo - produkcyjną, zaś Skarżący jest
- J jedną z czołowych polskich firm informatycznych. Skarżący wyjaśnił również, dlaczego
- 4 spółki zdecydowały się na złożenie odrębnych ofert w niniejszym postępowaniu uzasadniając
- /jf
- > to odmienną strategią sprzedaży oraz odmienną kalkulacją kosztów realizacji przedsięwzięcia
- i
- 5 a także na odmienny zakres prac realizowanych przez samodzielnie przez każdą ze spółek.

I ■ '

- ; Skarżący wskazał, że w ramach podwykonawstwa w jego ofercie ENTE miałyby się zająć:

i . . . ■

- i - dostawą, instalacją i konfiguracją oprogramowania wraz z utrzymaniem systemu oraz

j kosztami połączeń i transmisji danych;

- ' - dostawą urządzeń stanowiących wyposażenie pojazdów: (lokalizator AWIA, zestaw

1 głośnomówiący, czujniki posypu i czujniki płuzenia oraz dostawa kart SIM, których

| ' ;

s producentem jest ENTE sp. z o.o.);

- i - wsparcie w zakresie usług instalacyjnych na pojazdach wraz z serwisem gwarancyjnym.

\ Natomiast w przypadku ENTE sp. z o.o. podwykonawstwo skarżącego odejmować miało:

i ■

- i - udostępnienie infrastruktury serwerowej (hosting);

j - instalację urządzeń na pojazdach wraz z zapewnieniem usług serwisu gwarancyjnego.

1 :

1 Skarżący wskazał także na błędy logiczne zawarte w uzasadnieniu wyroku wyjaśniając, że

I skoro Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zasady prowadzenia postępowania były jawne i

«

równie dla wszystkich współuczestników, to nie sposób przyjąć, że skarżący i ENTE

1

przystępując do przetargu ograniczyli dostęp do rynku innym przedsiębiorcom. Złożenie oferty najkorzystniejszej nie stanowi wymuszenia na Zamawiającym wyboru określonego przedsiębiorcy. Każda z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu zawierała postanowienia

1 w przedmiocie zobowiązania się do dostarczenia wykonawcom ZUD urządzeń. Takie

» postanowienia zawierała również oferta przeciwnika skargi.

j Tym samym, skoro, w ocenie skarżącego wykazano, że zaniechanie odrzucenia ofert

I

< WĄSKO i ENTE nie stanowiło naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy prawo zamówień

'I

1 publicznych, tym samym nie sposób uznać, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

I

(Odpowiedź na skargę wniósł przeciwnik skargi domagając się jej oddalenia w całości i

f

5 obciążenia skarżącego kosztami postępowania oraz zasądzenia na rzecz T-matic System

i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym

I

| Przeciwnik skargi wskazał także na konieczność umorzenia postępowania na podstawie art.

•4

s 198f ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych wskazując, że upłynął już okres związania

\$

j ofertą.

\$

■Cl

SĄD OKRĘGOWY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

W pierwszej kolejności odnieść należało się do złożonego przez przeciwnika skargi wniosku o umorzenie postępowania. Uczestnik T-matic sp. z o.o. złożył wniosek o umorzenie postępowania wskazując, że brak jest ważnej oferty skarżącego, bowiem upłynął okres związania ofertą.

Zestawienie norm zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych, a w szczególności:

- art. 24 ust.2 pkt 2 (z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą)',

- art. 85 (7. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż:

1) 30 dni - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) 90 dni - jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług -10.000.000 euro;

3) 60 dni - jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.

2. Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.

4. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

5. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert);

- art. 94 ust. 1 (Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie:

I

1 ■ ■ ■

i 1) nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej

I

* oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 15

•4

j dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest

1 równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

j 2) nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej

oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 10

J dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest

i mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.), i

- art. 184 (Zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.)

pozwala na sformułowanie twierdzenia, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym wpływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego (w omawianej kwestii por. również treść uzasadnienia postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 roku, sygn. akt SK22/08.). Ewentualne ustalenie, że strona skarżąca nie przedłużyła terminu związania ofertą nie prowadziłoby zatem automatycznie do jej wykluczenia z postępowania. Podkreślić również należy, że z okoliczności sprawy nie wynika, ażeby firma WASCO była przez zamawiającego wzywana do przedłużenia terminu związania ofertą bądź przedłużenia ważności wadium. W tych okolicznościach, wobec braku jednoznacznego powiązania stanu nie związania ofertą (w jaki popadła strona ubiegająca się o zamówienie po dokonaniu wyboru przez zamawiającego) z obowiązkiem eliminacji z udziału w postępowaniu, nie sposób podzielić argumentację, iż w sprawie zaistniały podstawy do umorzenia postępowania wywołanego wniesieniem skargi.

Odnosząc się do treści skargi stwierdzić należy, że zarzuty w niej podniesione zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie zastosowała się do treści art. 192 ust. 7 ustawy, a to w ten sposób, że przedmiotem ustaleń i oceny objęła wątki, których nie wskazano w odwołaniu. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że art. 15 ust.1 pkt. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosi się do innego stanu faktycznego aniżeli art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 6 ust. 1 pkt.7 ustawy o ochronie konkurencji i

konsumentów. Zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt. 5 . 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie został podniesiony w odwołaniu i kolejnym piśmie złożonym przez odwołującego w toku postępowania. Art. 3 ust 1 w/w ustawy zawiera ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, zaś ust. 2 przykładowe wyliczenia zachowań stanowiących czynu nieuczciwej konkurencji, których skonkretyzowanie znajduje się w dalszych przepisach ustawy., ust. 1 wskazanego przepisu pełni funkcję klauzuli generalnej, określającej przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Podzielić należy pogląd skarżącego, według którego podniesiony przez odwołującego się zarzut naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest niewystarczający do dokonywania przez Izbę analizy naruszenia innego z przepisów w/w ustawy. Takie stanowisko prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń wskazując na konieczność wyraźnego wskazania podstawy prawnej sformułowanego zarzutu. Dla uznania, iż zarzut został postawiony, a zatem o jego istnieniu, koniecznym jest, aby Odwołujący wskazał w odwołaniu okoliczności faktyczne stanowiące podstawę i uzasadnienie jego postawienia. Nie wystarczy jedynie, iż na etapie odwołania będzie się on opierał na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie podnosi. Podniesienie zarzutu jest bowiem postawieniem tezy - Odwołujący, formułując ją, jest zobowiązany wskazać jakie, konkretne zachowanie Zamawiającego lub zaniechanie przez niego działania, do którego powzięcia był zobowiązany na mocy ustawy, stanowi naruszenie konkretnego przepisu ustawy. Jest zobowiązany wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem Zamawiającego lub jego brakiem, a obowiązującą normą prawną, sformułować tezę o naruszeniu tejże normy przez Zamawiającego. (vide: wyrok KIO z 11 maja 2011 roku, sygn. KIO 925/11). Niewskazanie przez odwołującego się odpowiednio opisanego zarzutu skutkować powinno pominięciem przez Izbę tego wątku odwołania.

Na marginesie tylko wskazać należy, że w ocenie Sądu Okręgowego na uwzględnienie zasługiwał również zarzut naruszenia przez Izbę art. 190 ust. 1 ustawy Pzp poprzez stwierdzenie faktów, na poparcie których nie zostały wskazane dowody i naruszenia art. 190 ust. 7 ustawy Pzp poprzez ocenę przez Krajowa Izbę Odwoławczą wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważania zebranego w sprawie materiału. Należy stwierdzić, że odwołujący nie udowodnił, iż doszło do zmywu cenowej (w tej części podzielić należy stanowisko odwołującego, wielokrotnie już przytaczane w niniejszej sprawie, co do tego, że przedstawiony przez niego materiał analizować można co najwyżej w kategorii uprawdopodobnienia). Tymczasem w sprawie zastosowanie znajduje art. 6 Kc. W ocenie Sądu brak jest dowodu na zawarcie porozumienia wpływającego na ograniczenie

konkurencji na rynku poprzez działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Izba uznała, że działanie skarżącego oraz przystępującego Ente stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do brzmienia powyższego przepisu czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności poprzez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Pamiętać przy tym należy, o treści art. 3 ust.1 wskazanej ustawy - czyny te muszą być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Fakt istnienia porozumienia pomiędzy stronami prowadzący, w jej ocenie, do naruszenia konkurencji Izba wywiodła z pokrywającego się zakresu wzajemnego podwykonawstwa, z podobieństwa warunków serwisu gwarancyjnego; tożsamości osób mających świadczyć usługę w oddziałach GDDKiA; podobieństwa ofert wstępnych i ostatecznych, faktu, że oferty wstępne złożono o tej samej godzinie oraz podobieństwie części złożonych przez strony dokumentów. Wskazać jednak należy, że postanowienia SIWZ nie zawierały ograniczeń w posługiwaniu się podwykonawcami w realizacji zamówienia, zatem sama okoliczność wzajemnego podwykonawstwa nie prowadzi do przyjęcia, iż podmioty popełniły czyn nieuczciwej konkurencji, co zresztą przyznała sama Izba na str. 37 uzasadnienia wyroku. Nie jest też sporne, iż zamawiający sprecyzował część pojęcia otwarty protokół komunikacyjny i w odpowiedzi na pytanie nr 83 wyjaśnił, że w przypadku zamkniętego protokołu komunikacyjnego oraz braku możliwości nie będzie wymagane wykorzystanie istniejących urzędzeń. Izba zaakceptowała również dokonaną przez oba podmioty wycenę przeprogramowania lokalizatorów na kwotę 0,00 zł, wskazując, iż nie oznacza ona odmowy wykonania tego elementu cenotwórczego. Ponadto, Izba stwierdziła, że warunki udziału w postępowaniu były jasne i równe dla wszystkich uczestników postępowania. Mając powyższe na względzie nie sposób uznać za wykazane działań skarżącego firmy Wasco oraz firmy Ente które polegać miałyby na wymuszaniu na klientach wyboru określonego przedsiębiorcy jako kontrahenta.. W przekonaniu Sądu Okręgowego również powiązania kapitałowe, osobowe i organizacyjne pomiędzy uczestnikami postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, a nawet podobieństwo graficzne części dokumentów nie dowodzą istnienia pomiędzy nimi porozumienia ograniczającego konkurencję. Ustawa nie limituje udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów powiązanych kapitałowo, finansowo czy organizacyjnie. (w tej kwestii podzielić należy pogląd zawarty w: wyroku KIO z 10 lutego 2011 roku, sygn. akt KIO

163/11; KIO 164/11). Nie ma też żadnych ograniczeń co do tego, by podmioty biorące udział w postępowaniu były obsługiwane przez te same osoby na etapie przygotowywania ofert, również korzystanie z podobnych graficznie szablonów podczas sporządzania ofert nie stanowi naruszenia wymogów ustawowych.. W szczególności, że wszystkie te czynności są jawne. Założenia, na którym oparła się Izba, a mianowicie przyjęcie, że niezależnie od tego, który z przystępujących uzyskałby zamówienie, to jego realizatorem byłby zawsze WĄSKO występujący albo osobiście albo jako podwykonawca Ente, potraktowane może być - w świetle zgromadzonego materiału dowodowego - wyłącznie jako hipoteza. Pamiętać również należy - oceniając postępowanie osób uczestniczących w rozpatrywanej sprawie w kontekście zarzutu wymuszania na kontrahentach zakupu usług u WĄSKO - że większość zachowań konkurujących ze sobą na rynku podmiotów ma na celu utrudnienie konkurentom dostępu do rynku. Współzawodnictwo gospodarcze polega przede wszystkim na tym, że przedsiębiorca stara się uzyskać jak największą korzyść gospodarczą zajmując możliwie największą część rynku oraz zwiększając swoją efektywność w tym obszarze, a odbywa się to zawsze kosztem konkurentów i stanowi dla nich właśnie utrudnienie wykonywania działalności na tym rynku. (por. Zdyb Marian (red.), Michałak Arkadiusz, Mioduszewski Marcin, Raglewski Janusz, Rasiewicz Justyna, Sieradzka Małgorzata, Sroczyński Jarosław, Szydło Marek, Wyrwiński Michał „Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz.”. Sankcjonowane przez w/w ustawę są jedynie te zachowania, które są niezgodne z prawem lub naruszają zasady współżycia społecznego. Wskazać należy bowiem, że takie same założenie można by poczynić w odniesieniu do każdego ze startujących w przetargu oferującego na dalszym etapie postępowania zakup wykonywanych przez siebie lokalizatorów wykonawcom ZUD. Izba opierając swoje rozstrzygnięcie w całości na domniemaniach w niniejszym postępowaniu przekroczyła granicę swobodnej oceny dowodów. W rozpatrywanej sprawie w żaden sposób nie została wykazana też okoliczność, że zagrożenie interesu przedsiębiorców ma charakter realny. W tej kwestii Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w wyroku z dnia 12 lipca 2011 roku, sygn. akt. 1363/11, w tezie 3, a mianowicie, że dla wystąpienia przesłanki z przepisu art. 3 ust. 1 u.n.k. niezbędne jest

wykazanie, że zagrożenie naruszenia interesu przedsiębiorcy jest realne. Nie każde potencjalne zagrożenie może uwiarygodniać sytuację, że to zagrożenie może się ziszczyć. Tym samym na uwzględnienie zasługiwał również zarzut naruszenia prawa materialnego t.j. przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędne uznanie, że złożenie ofert przez skarżącego i ENTE sp. z o.o.

XGa 706/11

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz poprzez nakazywanie dokonania czynności odrzucenia ofert skarżącego i ENTE sp. z o.o.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 czyli zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów - odwołujący nie wykazał w żaden sposób, na czym miałyby polegać działania zamawiającego w tym zakresie, w sytuacji gdy zarzut nieuczciwej konkurencji nie znalazł potwierdzenia. Wobec powyższego wskazać należało, że zamawiający potraktował odwołującego się oraz skarżącego i wykonawcy Ente z poszanowaniem zasady równości (poprzez jednakową ocenę ich ofert, skoro, jak wyżej wskazano, oferty skarżącego i Ente nie podlegały odrzuceniu).

Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania, wskazując, że tym samym nie zasługiwało ono na uwzględnienie w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 198f ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych i zasądzono od odwołującego się T-matic na rzecz Wąsko S.A. kwotę 3.600,00 zł stanowiącej uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z § 3 pkt. 3 lit. b i § 5 pkt.3 pkt.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U 2010, poz. 41, nr 238).

Wobec powyższego, na podstawie art. 198f pkt. 2 u Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 198f ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych zasądzając od strony przegrywającej t.j. przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kwotę 83.597,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. Na podaną kwotę składała się opłata od skargi uiszczona przez skarżącego w wysokości 79.997,00 zł stanowiąca 5% wartości przedmiotu zaskarżenia zgodnie z art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł stosownie do treści § 6 pkt.7 w zw. z art. 12 ust.1 pkt.1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. (Dz. U. z dnia 3 października 2002 r.).

SSO Jolanta Waltrowska

SSO Piotr Majchrzak

SSO Ewa Kazmierczak

\ Oryginał należycie podpisano

'1 Odois sporządzono

/ .naf&y Jeferefarz^ądowy

f Poznań, dnia.....

Sekretarz SO

Sy 1 a w rzy niak