

WYROK

z dnia 28 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania
wniesionego przez

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
SAVONA PROJECT Sp. z o.o. ul. Słowackiego 33-37, 33-100 Tarnów,
Scott Wilson Sp. z o. o. ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa oraz Scott
Wilson Ltd Scott House, Alencon Link, Basingstoke, Hampshire RG21
7PP, Wielka Brytania działająca przez Scott Wilson Ltd sp. z o.o. Oddział
w Polsce ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Żabno ul. Władysława Jagiełły 1, 33-240 Żabno

przy udziale **Tractebel Engineering S.A. ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice**
zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAVONA PROJECT Sp. z o.o. ul. Słowackiego 33-37, 33-100 Tarnów, Scott Wilson Sp. z o. o. ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa oraz Scott Wilson Ltd Scott House, Alencon Link, Basingstoke, Hampshire RG21 7PP, Wielka Brytania działająca przez Scott Wilson Ltd sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAVONA PROJECT Sp. z o.o. ul. Słowackiego 33-37, 33-100 Tarnów, Scott Wilson Sp. z o. o. ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa oraz Scott Wilson Ltd Scott House, Alencon Link, Basingstoke, Hampshire RG21 7PP, Wielka Brytania działająca przez Scott Wilson Ltd sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 101 zł 48 gr** (słownie: cztery tysiące sto jeden złotych czterdzieści osiem groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAVONA PROJECT Sp. z o.o. ul. Słowackiego 33-37, 33-100 Tarnów, Scott Wilson Sp. z o. o. ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa oraz Scott Wilson Ltd Scott House, Alencon Link, Basingstoke, Hampshire RG21 7PP, Wielka Brytania działająca przez Scott Wilson Ltd sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa** na rzecz **Gmina Żabno ul. Władysława Jagiełły 1, 33-240 Żabno** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 1509/10 z 28 lipca 2010 r.

Zamawiający – Gmina Żabno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie roli Pomocy Technicznej dla JRP w tym działania informacyjne promocyjne dla Projektu: *Budowa sieci kanalizacyjnej w Gminie Żabno*” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 maja 2010 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2010/S 99-149987. Do postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) i ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 1.624.464,16 zł, jest więc ona większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

8 lipca 2010 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Tractebel Engineering S.A., na którą to czynność 19 lipca 2010 r. (poniedziałek) złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec: 1. zaniechania Zamawiającego polegającego na nieodrżuceniu oferty Tractebel Engineering S.A., pomimo że czynność złożenia tej oferty jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, a tym samym jest nieważna z mocy odrębnych przepisów, tj. na podstawie art. 58 § 2 kodeksu cywilnego, przez co zaniechanie Zamawiającego narusza dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 58 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ewentualnie także na podstawie art. 387 § 1 kodeksu cywilnego jako oferta na zawarcie umowy o świadczenie niemożliwe – przez co zaniechanie Zamawiającego narusza dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 8

ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożenie oferty przez Tractebel Engineering S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez co zaniechanie Zamawiającego narusza dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Tractebel Engineering S.A., pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, czym Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, którymi to zaniechaniami Zamawiający w konsekwencji naruszył także: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez utrudnianie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców oraz dokonanie wyboru wykonawcy w postępowaniu sprzecznie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na nieodrzućeniu oferty Tractebel Engineering S.A. i wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty podlegającej odrzuceniu, poprzez co Zamawiający nie wybrał oferty Odwołującego – będącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Tractebel Engineering S.A.,
2. odrzucenia oferty Tractebel Engineering S.A. na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. ponowienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, wskutek czego oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza,

4. w przypadku uznania, że postępowanie obarczone jest nieusuwalną na tym etapie wadą prowadzącą do tego, że umowa nie może być ważnie zawarta i wykonana zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa – nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,

4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego w tym postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że równolegle Zamawiający prowadzi postępowanie na usługę pełnienia roli Inżyniera w rozumieniu Warunków Kontraktowych wg FIDIC dla Projektu *Budowa sieci kanalizacyjnej w Gminie Żabno*, które dotyczy świadczenia usług na potrzeby tej samej inwestycji i w tym samym czasie, co świadczenie usługi Pomocy Technicznej dla JRP dla Projektu *Budowa sieci kanalizacyjnej w Gminie Żabno*. Termin składania ofert w tym postępowaniu upłynął 28 czerwca 2010 r. i Tractebel Engineering S.A. złożyła ofertę.

Zdaniem Odwołującego oferta Tractebel Engineering S.A. winna zostać odrzucona, gdyż jej złożenie stanowi zarówno czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak też czynność nieważną z mocy art. 58 § 2 i art. 387 § 1 kodeksu cywilnego – oferta stanowi bowiem jednoznaczny wyraz nieodwoływalnej, bezwarunkowej i stanowczej woli zawarcia umowy, a wykonawca celowo i niewątpliwie zmierza do uzyskania zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania (wygrania przetargu), jak też zakłada i przewiduje uzyskanie takiego zamówienia. Tym samym Tractebel Engineering S.A. złożył oferty świadomie zmierzając do uzyskania i zakładając wykonywanie dla tego samego Zamawiającego i w odniesieniu do tego samego projektu usługi Konsultanta (wykonawcy Pomocy Technicznej dla JRP) oraz Inżyniera. Tymczasem porównanie obowiązków Inżyniera i Konsultanta wynikających z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla obu postępowań dowodzi jednoznacznie, że nie jest możliwe należyte, rzetelne, lojalne wobec Zamawiającego, nieuprzywilejowane wobec innych potencjalnych wykonawców tej usługi, niepowodujące konfliktu interesów, uczciwe, a więc zgodne z dobrymi obyczajami kupieckimi

i niesprzeczne z zasadami współzycia społecznego w obrocie gospodarczym, jednoczesne wykonywanie funkcji Konsultanta i Inżyniera.

Nie ma przy tym znaczenia, czy Tractebel Engineering S.A. uzyska zamówienie na pełnienie funkcji Inżyniera, gdyż czynem takim jest już samo złożenie oferty w przetargu na Konsultanta w sytuacji, gdy złożyła uprzednio ofertę na wykonywanie funkcji Inżyniera.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Konsultant zobowiązuje się wykonać umowę zgodnie z jej warunkami, a w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia, z należytą starannością i pilnością oraz kierując się interesem ekonomicznym Zamawiającego, zarazem we wszystkich sprawach związanych z umową Konsultant zawsze ma popierać i chronić interesy Zamawiającego, a taka dbałość o interesy ekonomiczne Zamawiającego nie jest możliwe w przypadku równoległego pełnienia roli Pomocy Technicznej i Inżyniera, więc nadzorującego oraz nadzorowanego, tym samym zachodzi ewidentny konflikt interesów między Zamawiającym a Tractebel Engineering S.A. Konsultant ma dokonywać weryfikacji formalno – rachunkowej faktur oraz dokumentów kontraktowych, nadzorować zachowanie zgodności dokumentów z przepisami i procedurami Unii Europejskiej oraz prawem polskim wraz z przygotowywaniem analiz prawnych w tym zakresie. Do faktur, które należy weryfikować, należą też faktury dokumentujące wynagrodzenie za czynności Inżyniera, zarazem inne rachunki (np. faktury wykonawców robót budowlanych) oraz dokumenty kontraktowe (np. Świadczenie Przejęcia, Świadczenie Wykopania, Rozliczenie Ostateczne, Tymczasowe i Ostateczne Świadczenie Płatności, raport Inżyniera) najpierw kontrolowane i weryfikowane przez Inżyniera albo wręcz przez niego wystawiane. Zamówienie obejmuje również wsparcie JRP w sprawnym zarządzaniu finansowo-księgowym Projektem, w prawidłowym i sprawnym koordynowaniu robót budowlanych i działań nadzorczych oraz w rozliczeniu środków Funduszu Spójności dla Projektu, w tym pomoc w sporządzeniu Raportu Końcowego dla Komisji Europejskiej. W tych wszystkich zakresach wsparcie będzie więc dotyczyło takich czynności, które najpierw wykonuje Inżynier. Zakres zadań Konsultanta obejmuje także opiniowanie zmian proponowanych przez Inżyniera, zatem również jakość

doradztwa i pomocy w rozwiązywaniu problemów prawnych związanych z realizacją Projektu, jak i problemów technicznych występujących podczas realizacji Projektu oraz monitorowanie działań Inżyniera znacząco ucierpią przez pełnienie podwójnej roli. Konsultant jest zobligowany do współpracy z Inżynierem w zakresie pomocy w bieżącym zarządzaniu i administrowaniu umowami zawieranymi w ramach realizacji Projektu, oceny zgodności prowadzenia robót z zapisami w kontraktach wg standardów FIDIC, w monitorowaniu i informowaniu Zamawiającego o wszystkich występujących i przewidywanych problemach, w tym problemach dotyczących dokumentacji projektowych, oraz proponowanie i podejmowanie w imieniu JRP działań zapobiegawczych lub/i naprawczych mających na celu ich usunięcie. Zamawiający oczekuje zatem współpracy dwóch różnych, niezależnych od siebie podmiotów.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje odrzucenie oferty, której złożenie 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. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa, które wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odgarnia zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym i w ramach swobody kontraktowania od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami, stanowiąc zarazem samodzielną podstawę prawną roszczeń przedsiębiorcy, którego interesy są co najmniej zagrożone sprzecznym z prawem lub nieuczciwym działaniem konkurenta, jeśli konkurującemu przedsiębiorcy nie można przypisać żadnego innego czynu szczegółowo zdefiniowanego w tej ustawie.

Wykonawca, który szanuje dobre obyczaje w obrocie gospodarczym i nie dąży za wszelką cenę do uzyskania korzyści gospodarczych, kosztem narażenia na poważną szkodę swojego potencjalnego klienta (Zamawiającego) wybrałby

jedno z postępowań, w których chce uczestniczyć, a następnie złożył w nim ofertę. Gdyby dopuścić inną kwalifikację tej sytuacji, należałoby tym samym przyjąć, że Zamawiający nie dysponuje żadnym mechanizmem prawnym, który umożliwiłby mu ochronę przed sytuacją, w której jeden podmiot uzyska oba analizowane zamówienia.

Powyższe działanie narusza interesy nie tylko Zamawiającego, lecz także innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, gdyż żaden wykonawca, który przestrzega dobrych obyczajów kupieckich i nie dąży za wszelką cenę do uzyskania korzyści gospodarczych kosztem narażenia na poważną szkodę swojego potencjalnego klienta, nie złożyłby oferty w obu postępowaniach dotyczących jednego projektu. Działający profesjonalnie przedsiębiorcy są zobowiązani działać w ramach swoich ściśle określonych obowiązków zawodowych przy zapewnieniu wysokiego poziomu usług, a pożądaną jakość świadczenia usług nie może zostać zapewniona w przypadku jawnego konfliktu interesów. Tym samym wykonawcy, którzy w obrocie gospodarczym kierują się konsekwentnie zasadami lojalności i uczciwości kupieckiej oraz rzetelności zawodowej zostają ustawieni na gorszej pozycji, jeśli chodzi o dostęp do zamówień prowadzonych w związku z projektem dla Gminy Żabno. Nie liczące się należyście z interesem klienta postępowanie Tractebel Engineering S.A. pogarsza zatem warunki konkurencji innym wykonawcom, dając nieuzasadnioną przewagę temu wykonawcy, który zachował się nielojalnie względem Zamawiającego.

Tractebel Engineering S.A. liczyła w momencie składania oferty na usługę Pomocy Technicznej na możliwość uzyskania obu zamówień, a więc mogła rozważać potencjalną możliwość uzyskiwania uprzywilejowanej pozycji Inżyniera Projektu w trakcie świadczenia usługi Konsultanta. O naruszeniu interesu przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zbytu zbywanych przez danego przedsiębiorcę usług (lub wystąpi zagrożenie takim skutkiem). Określenie „pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu” obejmuje również sytuację, w której przedsiębiorca nie poprawia swojej pozycji na rynku w stopniu, jakiego można by oczekiwać w normalnym toku wydarzeń. Jeśli bowiem ten sam podmiot z funkcją

pełnioną przy realizacji danego projektu może łączyć nadrzędne lub podobne stanowisko przy realizacji tego samego projektu, które pozwala jej wpływać na ten projekt bezpośrednio lub kształtować warunki jego realizacji, niecelowe wydaje się ogłoszenie przetargów na oba stanowiska. Skoro Tractebel Engineering S.A. ubiega się o oba zamówienia, to mogła też założyć, iż sprawowanie obu funkcji pozwoli zawęzić zakres sprawowanego nadzoru, a w konsekwencji pozwoli na skalkulowanie korzystniejszej od innych wykonawców ceny na wykonywanie funkcji Konsultanta. Wskutek tego pozostali potencjalni Wykonawcy, startujący wyłącznie w jednym przetargu ogłoszonym przez Zamawiającego, znaleźli się w gorszej sytuacji, nie mogąc kalkulować swojego wynagrodzenia z takimi założeniami, jak Tractebel Engineering S.A.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, że postawione zarzuty są nieuzasadnione. Zamawiający ogłosił odrębne postępowania o różnych terminach otwarcia ofert, nie znalazł też postaw, by zastrzec, że wykonawcy mogą złożyć ofertę tylko w jednym z dwóch postępowania. Zarzuty Odwołującego nie mają oparcia ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, ani w kodeksie cywilnym, Odwołujący nie wymienił, gdyż nie miał do tego podstaw, żadnego konkretnego naruszenia uczciwej konkurencji określonego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a odrzucenie oferty Tractebel Engineering S.A. wyłącznie w oparciu o interpretację pojęcia zasad współzycia społecznego i czynu nieuczciwej konkurencji, byłoby zbyt ryzykowne.

Zamawiający prowadził dwa postępowania, gdyż był do tego zobowiązany przez Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska oraz w dwóch postępowaniach mogło wziąć udział więcej podmiotów, a zatem zwiększałyby się konkurencja, a przy tym wcale nie doszło do wybrania ofert tego samego wykonawcy. Tractebel Engineering S.A. już w momencie składania oferty (30 czerwca 2010 r.) wiedział, że nie wygra drugiego z przetargów, w którym otwarcie ofert odbyło się 28 czerwca 2010 r. (jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, złożył on najdroższą, siódmą ofertę). Niemożliwość świadczenia z art. 387 kodeksu cywilnego powinna być obiektywna, tzn.

świadczenie powinno być niemożliwe do wykonania przez jakiegokolwiek wykonawcę, a czym innym jest niemożliwość świadczenia z powodu cech osobistych wykonawcy. Tymczasem Tractebel Engineering S.A. posiada dostateczny potencjał osobowy (dwa zespoły), aby wykonać oba zamówienia, gdyby wygrał oba przetargi, chociaż wiadomo już, że to nie nastąpi. Zresztą nawet w takiej sytuacji interes Zamawiającego byłby dostatecznie zabezpieczony klauzulami o odpowiedzialności odszkodowawczej. Instytucja finansująca również nie stawiała Zamawiającemu warunku, by obie funkcje pełniły różne podmioty. Poza tym Zamawiający musiałby odrzucić obie oferty Tractebel Engineering S.A. w obu postępowaniach.

Podczas rozprawy Zamawiający wskazał też, że sytuacja dotycząca złożenia ofert w obu postępowaniach dotyczy trzech wykonawców.

22 lipca 2010 r. do postępowania zgłosiła przystąpienie Tractebel Engineering S.A. wnosząc o oddalenie odwołania w całości i stwierdzając, że przedstawione zarzuty są bezzasadne, gdyż Zamawiający nie zastrzegł, iż oferty można składać tylko na jedno z dwóch postępowań, zatem wynika z tego, że Zamawiający nie podziela argumentów o grożącym mu konflikcie interesów. Poza tym w ofertach złożonych w obu postępowaniach zaproponowane zostały różne, niezależne od siebie zespoły specjalistów – przy tym Tractebel Engineering S.A. dysponuje specjalistami z różnych dziedzin i pozyskiwanie zamówień dla jednej grupy specjalistów przy równoczesnej rezygnacji z pozyskiwania zamówień dla innej grupy, byłoby działaniem na własną niekorzyść. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, wymagana jest współpraca Pomocy Technicznej z Inżynierem, zatem w przypadku wykonywania obu funkcji przez tego samego wykonawcę, jest to sytuacja korzystna dla Zamawiającego ze względu na łatwiejszą współpracę między tymi zespołami. Poza tym w Tractebel Engineering S.A. mają zastosowanie wysokie standardy etyczne i zarzuty sugerujące zamiar działania na niekorzyść Zamawiającego nie mają żadnego uzasadnienia w rzeczywistości. Zarzuty dotyczące nieuczciwej konkurencji czy naruszenia interesów innych przedsiębiorców również są bezprzedmiotowe, Tractebel Engineering S.A. nie uczestniczy we wszystkich postępowaniach toczących

się w Polsce lub też konkurenci składają oferty korzystniejsze, co jest normalną sytuacją na wolnym rynku.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że żaden z przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 z późn. zm.), tj. art. 3 ust. 2 i art. 5 – 17 d, wyliczający poszczególne sposoby naruszenia uczciwej konkurencji, nie odzwierciedla sytuacji zaistniałej w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący oparł swoją argumentację na definicji czynu nieuczciwej konkurencji zawartej w art. 3 ust. 1 tej ustawy, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przede wszystkim Odwołujący stwierdził i przytoczył szeroką argumentację, w której wykazywał, że pełnienie przez Tractebel Engineering S.A. funkcji Inżyniera i Pomocy Technicznej dla JRP byłoby niekorzystne dla interesów Zamawiającego, zatem działanie Tractebel Engineering S.A. zagraża interesowi Zamawiającego. Jakkolwiek, jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego, nie podziela on tej opinii Odwołującego, Izba stwierdziła, nie negując zasad etycznych stosowanych w Tractebel Engineering S.A., iż rzeczywiście byłoby niewskazane, aby obie funkcje pełnił jeden wykonawca. Jednak jednocześnie w zaistniałej sytuacji nie stwierdziła zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Niezależnie od opinii Zamawiającego w tym zakresie, czyli klienta, na którego dobro Odwołujący się powoływał, Zamawiający, którego w dziedzinie zamówień publicznych należy uznać za podmiot profesjonalny, formułując warunki, na których udzieli zamówienia, mógł i powinien był sam zadbać o swoje interesy korzystając choćby z możliwości, którą daje mu art. 83 ust. 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych, tj. mógł w ramach jednego postępowania przewidzieć składanie ofert częściowych i zastrzec złożenie oferty tylko dla jednej części. Nie stoja temu na przeszkodzie ani postanowienia umowy z Wojewódzkim Funduszem Ochrony Środowiska (Zamawiający jako strona umowy odpowiada za jej warunki) ani zwiększanie konkurencyjności postępowania (warunki przy złożeniu oferty częściowej mogą być takie same jak w odrębnych postępowaniach).

Lecz przede wszystkim znaczenie dla oceny sytuacji przez Izbę ma fakt, że w chwili upływu terminu składania ofert w postępowaniu na świadczenie usługi Pomocy Technicznej dla JRP, Tractebel Engineering S.A. miała wiedzę graniczącą z pewnością, że nie uzyska kontraktu na świadczenie usługi Inżyniera przedmiotowego projektu, gdyż jej oferta jest dopiero siódma w kolejności (według twierdzenia Zamawiającego). Oczywiście, jak wskazał Odwołujący, nie można zupełnie wykluczyć możliwości, iż w przypadku odrzucenia pozostałych ofert lub odmowy przez tych wykonawców podpisania umowy, zamówienie to jednak uzyska, ale doświadczenie wynikające z obserwacji przebiegu procedur o udzielenie zamówień publicznych wskazuje, że prawdopodobieństwo to jest nikłe. Tym samym trudno podejrzewać, że Tractebel Engineering S.A. kalkulowała cenę oferty z uwzględnieniem szczególnych korzyści, które odniesie z zawarcia obu kontraktów – poza tym, zgodnie z zasadą wynikającą z art. 6 kodeksu cywilnego, faktu tego należałoby dowieść.

Przy tym, o ile złożenie oferty jest oświadczeniem woli zawarcia umowy ze strony wykonawcy, to to samo doświadczenie pokazuje, że często owo wyrażenie woli wcale do zawarcia umowy nie prowadzi, a liczba postępowań, w których dany wykonawca składa ofertę i tych, w których jego oferta zostaje uznana za najkorzystniejszą, jest kompletnie różna. Zatem oczywiste jest, że ogół przedsiębiorców składając oferty zdaje sobie sprawę, że tylko ich pewien odsetek może zakończyć się podpisaniem z nimi umowy i starają się złożyć tych ofert jak najwięcej. Zatem takie działanie jest typowe dla rynku w ogólności, a rynku zamówień publicznych w szczególności (nawet we wspomnianych dwóch postępowaniach, jak stwierdził Zamawiający, wystąpiło ono u trzech wykonawców), a tym samym trudno tu mówić

o naruszeniu zasad współzycia społecznego czy uczciwości kupieckiej oraz, w konsekwencji, odnoszących się do nich przywołanych przez Odwołującego przepisów prawa.

Jakkolwiek w niniejszej sytuacji można wyrażać wątpliwości natury etycznej lub dotyczące działań korzystnych lub niekorzystnych dla Zamawiającego, nie zachodzi tu w żadnym wypadku niemożliwość świadczenia w znaczeniu wskazanym w art. 387 § 1 kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3, § 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

.....