

Sygn. akt KIO 1406/13

WYROK
z dnia 5 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2013 r. przez R..... W..... prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo Usługowe „Euro-Dach” R..... W..... w Śremie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Kórnik

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany M..... M..... w Lesznie, K..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PK-BUD Przedsiębiorstwo Budowlane K..... P..... w Lesznie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Kórnik unieważnienie czynności odrzucenia oferty R..... W..... prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo Usługowe „Euro-Dach” R..... W..... w Śremie oraz powtórnie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża R..... W..... prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo Usługowe „Euro-Dach” R..... W..... w Śremie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez R..... W..... prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo Usługowe „Euro-Dach” R..... W..... w Śremie Millenium Leasing Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Miasta Kórnik na rzecz R..... W..... prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo Usługowe „Euro-Dach” R..... W..... w Śremie

kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kórnik - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest .rozbudowa budynku OSP w Radzewie.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 kwietnia 2013 r., pod pozycją 173106.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

7 czerwca 2013 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania i o odrzuceniu oferty Pana R..... W..... prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo Usługowe „Euro-Dach” R..... W..... w Śremie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

12 czerwca 2013 r. Pan R..... W..... wniósł odwołanie z zachowaniem obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego w związku z błędną oceną, iż złożenie przez niego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zwrotu odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że odrzucenie złożonej przez niego oferty było niezasadne, ponieważ na gruncie obowiązujących przepisów oraz stanu faktycznego zamawiający nie miał podstaw, aby ofertę odrzucić. Podniósł, że oferta ta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz z przepisami prawa i nie zachodzą żadne

przesłanki, pozwalające uznać, że złożenie przez odwołującego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wywiódł, że art. 89 Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty przez zamawiającego, zatem żadne inne przesłanki, poza wskazanymi w ustawie nie mogą wywołać skutku w postaci odrzucenia oferty, gdyż katalogu tego nie można interpretować rozszerzająco.

Odwołujący podniósł, że już z treści pisma z 7 czerwca 2013 r. wynika jednoznacznie, że przyczyną odrzucenia oferty nie było złożenie przez niego oferty w sposób naruszający uczciwą konkurencję, gdyż zamawiający wprost wskazał, że przyczyną odrzucenia oferty odwołującego są informacje, jakie zamawiający powziął od innych zamawiających i które dotyczyły innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez tychże zamawiających.

Zarzucił, że zamawiający nie sprecyzował dlaczego złożenie przez odwołującego oferty w tym postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności w jaki sposób zagrożone są interesy innych wykonawców. Odwołujący argumentował, że nawet gdyby uznać, że dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w innych postępowaniach (czemu jednak odwołujący zaprzecza), to i tak okoliczność taka nie mogłaby stanowić podstawy odrzucenia oferty w postępowaniu, w którym wykonawca nie dopuścił się żadnego zachowania wypełniającego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący wskazał, że w treści pisma z dnia 7 czerwca 2013 . nie podano uchybień w złożonej przez odwołującego ofercie, co *de facto* uniemożliwia ocenę, czy decyzja zamawiającego była słuszna.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany M..... M..... w Lesznie, K..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PK-BUD Przedsiębiorstwo Budowlane K..... P..... w Lesznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko a zamawiający wniósł o oddalenie odwołania powołując art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ogólne zasady kodeksu cywilnego.

Izba ustaliła, co następuje:

W informacji o wynikach postępowania zamawiający podał, że odrzuca ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt Pzp, gdyż w toku prowadzonego postępowania wpłynęły do niego pisma Starostwa Powiatowego w Śremie oraz Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Śremie, z których wynika, że odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje w oparciu o dokumenty wystawione przez zamawiającego. Dokumenty zostały podrobione w ten sposób, że bezprawnie dokonano przekształcenia w autentycznym dokumencie tj. usunięto jego fragment, z którego wynika, że dokument ten nie stanowi referencji. Zamawiający uznał, że w wyniku takiego działania odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji przez próbę utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom, którzy złożyli oferty. Wobec powyższego zamawiający w imię zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, nie może przemilczeć ww. okoliczności w prowadzonym postępowaniu, tym bardziej, że wykonawca dokonał przerobienia dokumentu wystawionego przez zamawiającego. W związku z powyższym zamawiający zobowiązany był do złożenia stosownego zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa (dowód: pismo z 7 czerwca 2013 r. - kopia w aktach sprawy).

Na rozprawie zamawiający oświadczył, że właściwa prokuratura wszczęła postępowanie w związku ze złożonym zawiadomieniem. Odwołujący wyjaśniał, że zmiana treści w dokumentach złożonych w postępowaniach prowadzonych przez Starostwo Powiatowe w Śremie oraz Komendę Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Śremie nastąpiła skutkiem błędu przy kopiowaniu, który spowodował pominięcie ostatniego zdania treści referencji.

Odwołujący złożył ofertę z ceną niższą od ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą (dowód: protokół postępowania – kopia w aktach sprawy).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż naruszenia przepisów ustawy uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie,

Zamawiający nie naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu, aby niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Informacja o odrzuceniu oferty odwołującego odpowiada wymienionym wymaganiom, w szczególności zamawiający podał podstawę prawną swego działania oraz wskazał okoliczności faktyczne, na których się oparł. Uczynienie przez zamawiającego zadość ciążącemu na nim obowiązkowi informacyjnemu potwierdza to, że odwołujący podniósł zarzut wobec czynności zamawiającego bazując na okolicznościach faktycznych wymienionych w informacji o odrzuceniu oferty.

Brak wskazania w informacji przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uzasadniającego odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz wskazanie okoliczności faktycznych, zdaniem odwołującego nieadekwatnych do podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty, może zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie doprowadzić do uznania, że czynność odrzucenia oferty narusza prawo. Takie zachowanie zamawiającego nie uzasadnia natomiast naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, który stanowi normę odnoszącą się do powinności informacyjnych.

Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazujący odrzucenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przywołany przepis pozwala na odrzucenie oferty wyłącznie w sytuacji, gdy czyn nieuczciwej konkurencji zaistniał w danym postępowaniu. Tymczasem zamawiający zarówno w informacji o odrzuceniu oferty, jak i na rozprawie odniósł się wyłącznie do okoliczności, które miały miejsce w innych postępowaniach, prowadzonych przez innych zamawiających. Dostrzec trzeba, że przesłanki odrzucenia oferty – inaczej niż przesłanki wykluczenia z postępowania – dotyczą wyłącznie okoliczności faktycznych i prawnych zaistniałych w postępowaniu, w którego dotyczy oferta. Zatem złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji może przynieść konsekwencje dla wykonawcy, wyłącznie w postępowaniu, w którym dopuścił się tego czynu.

Ustawodawca uznał za niedopuszczalne uczestnictwo w rynku zamówień publicznych wykonawców, którzy popełnili przestępstwo związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczenie takich wykonawców. Przepisy te znajdują zastosowanie w każdym postępowaniu, w jakim uczestniczy dany wykonawca, jednak dopiero w sytuacji prawomocnego skazania za przestępstwo.

Tymczasem postępowanie karne wobec odwołującego zostało dopiero wszczęte i ani zamawiający, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie są uprawnieni do prognozowania jego wyniku i wyciągania ze swoich przewidywań skutków prawnych. Decyzja taka miałaby charakter całkowicie arbitralny, co na gruncie przepisów ustawy jest niedopuszczalne.

Przystępujący, trafnie podnosi, że cechą szczególną prawa zamówień publicznych jest to, że reguluje ono działania instytucji publicznych nie w sferze ich aktów władczych, lecz w sferze obrotu gospodarczego.

Z twierdzenia tego nie wynika jednak możliwość eliminacji odwołującego z postępowania. Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp ma charakter sankcyjny i nie powinien być interpretowany rozszerzająco.

Nietrafnie przywołuje zamawiający art. 5 k.c. Utrwalonym i powszechnie respektowanym w orzecznictwie i doktrynie jest stanowisko stwierdzające, że przepis art. 5 k.c. nie może stanowić podstawy zasądzenia roszczeń (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2002 r., sygn. IV CKN 892/00, LEX nr 54380).

Również zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie stanowią uzasadnienia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż odwołujący złożył w danym postępowaniu ofertę, która nie podlega odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty związane z dojazdem pełnomocników zamawiającego na posiedzenie i rozprawę w kwocie 440 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: