

Sygn. akt KIO/UZP 1100/09

**WYROK**  
**z dnia 9 września 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Sylwester Kuchnio

**Członkowie:** Izabela Kuciak  
Emil Kuriata

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DCD HABITAT Sp. z o.o., ul. Mosińska 9, 62-060 Stęszew** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Łódzki, ul. Narutowicza 65, 90-131 Łódź** protestu z dnia 09.07.2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża DCD HABITAT Sp. z o.o., ul. Mosińska 9, 62-060 Stęszew i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **DCD HABITAT Sp. z o.o., ul. Mosińska 9, 62-060 Stęszew,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **DCD HABITAT Sp. z o.o., ul. Mosińska 9, 62-060 Stęszew.**

## **Uzasadnienie**

### **Stan faktyczny**

#### **POSTĘPOWANIE**

Zamawiający, Uniwersytet Łódzki z siedzibą w Łodzi, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę dygestoriów i mebli laboratoryjnych do budynku Wydziału Chemii Uniwersytetu Łódzkiego przy ul. Tamka 12 (nr sprawy: 08/BG/2009).

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Jedynym kryterium wyboru ofert w postępowaniu była najniższa cena.

W postępowaniu złożono oferty:

DCD Habitat Sp. z o.o. z siedzibą w Stęszewie – cena 3 536 296 zł 88 gr

Konsorcjum MATRIX Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz VINITEX LABORATORIUMINRICHEMGEN BV z Holandii – cena 3 999 593 zł 10 gr

W dniu 30.06.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. Konsorcjum MATRIX Sp. z o.o. i VINITEX LABORATORIUMINRICHEMGEN BV oraz odrzuceniu oferty DCD Habitat Sp. z o.o..

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty DCD Habitat Sp. z o.o. wskazano art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z faktem, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konkretnie opisany w art. 3 oraz art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

(tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „u.z.n.k.”. W uzasadnieniu faktycznym podniesiono, iż wykonawca przedstawił w złożonej ofercie atesty i świadectwa dotyczące blatów w stołach i dygestoriach, także zlewów i zlewników ceramicznych o nazwie Fridurit, produkowanych przez niemiecką firmą FRIATEC AG, które to dokumenty miały potwierdzić spełnianie przez oferowane wyroby wymagań siwz. Niestety, zaoferowane przez wykonawcę w przedstawionym modelu wzorcowym wyroby nie były wyrobami deklarowanego wyżej producenta, co zostało potwierdzone oświadczeniem przedstawiciela firmy FRIATEC, który stwierdził, iż czyn DCD Habitat jest oczywistym oszustwem i stanowi pogwałcenie prawa producenta do używania znaków firmowych i towarowych.

Zamawiający stwierdził również, że działania DCD Habitat noszą znamiona czynu nieuczciwej konkurencji ale zostały również podjęte z pełną premedytacją i zamiarem oszustwa, co mają potwierdzać wyjaśnienia wykonawcy z dnia 01.06.2009 r. co do wyrobów firmy FRIATEC.

## PROTEST

W dniu 09.07.2009 r. DCD Habitat Sp. z o.o. wniosła protest wobec ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie:

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy tj. dokonanie wyboru oferty Konsorcjum MATRIX Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Nowopogońska 1 oraz VINITEX LABORATORIUM IN RICHTEMGEN BV, Industrieweg 21-23, 5492 NG Sint-Oedenrode Nederland, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej;

art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy poprzez bezprawne odrzucenie oferty protestującego, albowiem nieprawdą jest, że złożenie przez niego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezprawne nie odrzucenie (zaniechanie odrzucenia) oferty wykonawcy opisanego w pkt 2, albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

w konsekwencji na zasadzie związku przyczynowo -skutkowego spowodowałoby to naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy poprzez usiłowanie dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem prawa;

naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.),

naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

Takowe działanie Zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Protestujący wniósł o:

unieważnienie rozstrzygnięcia przetargu;

unieważnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty protestującego i przywrócenie jej do postępowania;

odrzućcenie oferty Konsorcjum MATRIX Sp. z o.o. oraz VINITEX LABORATORIUMINRICHTEMGEN BV;

dokonanie oceny oferty protestującego;

wybór oferty DCD Habitat Sp. z o.o. i udzielenie jej zamówienia;

na podstawie art, 181 ust. 3 powiadomienia pozostałych uczestników postępowania o wniesionym proteście;

ewentualnie o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]”

I. Odnosnie zarzutu odrzucenia oferty protestującego:

Zamawiający oparł swoją decyzję o odrzuceniu oferty protestującego w oparciu o zarzut, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 10 ust. 1 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.), który stanowi, że "czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich" .

W całej rozciągłości kwestionujemy takie twierdzenie i uważamy, że Zamawiający nie ma prawa go ponosić albowiem:

Po pierwsze zaofertowany w modelu wzorcowym blat jest produkcji firmy FIATEC AG. O fakcie tym zapewnił nas nasz dostawca, od którego niniejszy blat został zakupiony. Wg naszej najlepszej wiedzy nie mamy powodu podnosić, ani też podzielać jakichkolwiek wątpliwości, że stan ten jest niezgodny z rzeczywistością. Na powyższa okoliczność posiadamy dowody w postaci faktury zakupu ze szczegółowo opisanym przedmiotem (w/w blat) od podmiotu zagranicznego, który nam go dostarczył.

Po drugie w dokumentacji postępowania, nie ma jakiegokolwiek dowodu (a przecież zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy postępowania prowadzi się wyłącznie z zachowaniem zasady pisemności), że przedstawiciel firmy FRIATEC AG miał wgląd do dokumentacji postępowania, tj. złożonych ofert oraz próbek przedłożonych przez wykonawców (modeli wzorcowych). Zatem jeżeli nie miał on fizycznego wglądu (a takowy musiałby zostać udokumentowany, bowiem jak dowodzi doświadczenie protestującego, Zamawiający aż do przesady "celebrował" formalistyczne podejście do wglądu w dokumenty, tj. wnioski, specjalne terminy, pokwitowania, wyciągi etc, etc, etc!), twierdzenia Zamawiającego są fałszywe i nie dowodzą podniesionych przez niego zarzutów.

Po trzecie przedstawiciel firmy FRIATEC AG nie może dokonywać czynności postępowania, a jeżeli zostały dokonane i tak są nieważne (i nie mogą stanowić podstawy dalszych decyzji Zamawiającego) albowiem, firma ta jest osobiście i majątkowo zainteresowana w odrzuceniu oferty protestującego (tańszej) i udzieleniu zamówienia Konsorcjum! Zamawiający dysponuje bowiem wiedzą, że wyłącznym przedstawicielem firmy FRIATEC AG w Polsce jest firma LABRO, której właścicielem jest Paweł Chrząszcz. Przedsiębiorca ten posiada jednocześnie udziały w firmie MATRIX której oferta uznana została za najkorzystniejszą.

Po czwarte z ostrożności, nie ma w dokumentach jakichkolwiek dowodów na jakiej podstawie ww. osoba stwierdziła domniemane oszustwo protestującego. Czy była to metoda "szkiełko i oko" czy może badania składu chemicznego, blatu jego właściwości mechanicznych etc?

Po piąte producenci wszystkich blatów jakie spełniają wymogi SIWZ, posiadają wymagane treścią SIWZ certyfikaty, zaświadczenia, dopuszczenia, atesty itp., zatem nie sposób stwierdzić w jakim celu i po co protestujący miały kogokolwiek oszukiwać?! Ergo złożone wraz z ofertą dokumenty dotyczą zaofertowanego blatu i czynność dokonana przez Zamawiającego w postaci odrzucenia naszej oferty jest wadliwa.

Po szóste jak można domniemywać Zamawiający dał się wprowadzić w błąd przez wykonawcę, którego de facto oferta została uznana za najkorzystniejszą - działającego w porozumieniu z "domniemanym, istniejącym lub nie -ekspertem". Zrozumieć bowiem

należy, że firma FRIATEC AG nie sprzedaje swoich blatów żadnym innym podmiotom, niż te które mają złożyć ofertę do przetargu w Polsce, a które to podmioty "ona naznacza" jako wybrane. Tym samym zmuszeni byliśmy dokonać zamówienia przez podmiot trzeci "zagraniczny" celem złamania tego porozumienia ograniczającego uczciwą konkurencję. Wynika to jak zawsze z prowadzonej polityki cen zaporowych (monopolistycznych) przez FIATEC AG na różnych rynkach. Zatem w momencie gdy w/w podmioty dostrzegły złamanie tego monopolu doprowadziły do odrzucenia naszej oferty "rękoma" Zamawiającego w oparciu o zakwestionowane przez protestującego niby argumenty.

Ergo na podstawie wyżej opisanych stwierdzeń kwestionujemy tę czynność jako nie mającą swojego oparcia w stanie faktycznym i prawnym sprawy. Natomiast pomówienia o działanie w stanie premedytacji i zamiarze oszustwa traktujemy jako przesadne, zbyt obrazowe formułowanie swoich wadliwie udowodnionych wyobrażeń.

II. Odnośnie zarzutu nieodrzczenia (zaniechania odrzucenia) oferty Konsorcjum MATRIX Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Nowopogońska 1 oraz VINITEX LABORATORIUMINRICHTEMGEN BV, Industrieweg 21-23, 5492 NG SintOedenrode Nederland

Chyląc czoła przed skrupulatnością i dociekliwością Zamawiającego w analizowaniu ofert pod kątem wszelkich zagadnień zarówno merytorycznych jak i aspektów prawnych wyrażamy jednocześnie zdziwienie faktem nie dostrzegania uchybień i poważnych naruszeń postanowień specyfikacji w przypadku oferty konsorcjum firm MATRIX i Vinitex. Mamy tu na myśli w szczególności fakt, że nie wzbudził podejrzeń Zamawiającego certyfikat złożony przez wspomniane konsorcjum dotyczący zaoferowanych dygestoriów. Prosimy zwrócić uwagę, że wskazany certyfikat powstał na bazie częściowego badania na zgodność z normą EN 14175 i nie obejmował między innymi badania czujnika przepływu, które to badanie stanowi integralną część omawianej normy i jest ważnym punktem SIWZ. Brak czujnika w poddanych testom dygestoriach powoduje, że dokument załączony do ofert staje się bezprzedmiotowy albowiem został wydany dla urządzenia które nie stanowi przedmiotu dostawy (zapisy SIWZ stanowią, że dygestorium musi być wyposażone w czujnik przepływu). Ponadto takowy brak czujnika, powoduje że dostarczane dygestoria nie będą gwarantowały odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa, które co podkreślane jest w SIWZ stanowi istotny parametr oferowanych mebli, albowiem nie będzie możliwości ciągłego monitorowania parametrów pracy dygestorium. Przypominamy, że pkt. 9.3 SIWZ stanowi: "certyfikat zgodności wydany przez akredytowane, niezależne laboratorium, potwierdzający bezpieczną pracę dygestorium jako kompletnego urządzenia -spełnienie

normy PN-EN 14175". Natomiast treść certyfikatów przedstawionych przez konkurencyjne konsorcjum stanowi wyraźnie, że przebadane dygestoria nie były kompletne albowiem nie były wyposażone w czujniki przepływu. Ponadto brak takiego czujnika powoduje niezgodność z normą, dlatego też w treści załączonych dokumentów wyraźnie wskazuje się w jakim zakresie normy EN 14175 zgodność z tą normą zostaje potwierdzona. Zamawiający nie dopuszczał składania certyfikatów na zgodność z częścią normy, co więcej podkreślał, że chodziło mu o dygestorium kompletne o konkretnych wymiarach i z uwzględnieniem wszelkich rozwiązań niestandardowych (obniżony blat). Tak więc mając powyższe na względzie należałoby uznać, że załączone do oferty dokumenty są niezgodne z wymaganiami SIWZ i Zamawiający ma obowiązek wezwania Wykonawcy do ich uzupełnienia.

Podobne wątpliwości budzi fakt nie załączenia przez firmę Vinitex certyfikatu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością. W świetle przedstawionej przez konkurencyjne konsorcjum oferty, logicznym wydaje się, że poza certyfikatem ISO firmy Matrix do oferty winien być załączony certyfikat firmy VINITEX jako producenta dygestoriów. Przypominamy, że certyfikat systemu zarządzania miał obejmować swym zakresem między innymi produkcję mebli i dygestoriów, skoro więc zgodnie z oświadczeniami zawartymi w ofercie producentem dygestoriów jest Vinitex do oferty winien być dołączony jego certyfikat ISO.

Kolejnym dokumentem budzącym wątpliwości co do jego przydatności w ocenie oferty jest protokół z badania odporności chemicznej. Miał on potwierdzać, że oferowane blaty ceramiczne są odporne na minimum 25 substancji chemicznych. Tymczasem przedstawiony przez konsorcjum MATRIX i VINITEX protokół, w żaden sposób nie pozwala na zidentyfikowanie próbek które zostały poddane badaniu (nie wiadomo czyjej produkcji była przebadana ceramika), nie wspominając już o fakcie że protokół został wystawiony w 1986 roku w związku z czym zachodzi wątpliwość, czy w tym czasie skład oraz gabaryty oferowanej ceramiki nie uległy zmianie. Wskazujemy nadto, że jednostka która wystawiła protokół jest jednostka z poza Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Zamawiający zaniechał również jak się wydaje analizy prezentacji oferowanych mebli w przypadku firmy MATRIX. Nie zauważył bowiem, że szafki wbrew postanowieniom specyfikacji nie zostały wyposażone w zamki. Ponadto meble są niezgodne z obowiązującymi normami, albowiem instalacja elektryczna i wodna prowadzone są w bezpośrednim sąsiedztwie nie są jak wskazywała na to SIWZ w odizolowanych sekcjach. Dodatkowo wskazujemy, że każdy słup nadstawki zgodnie z SIWZ winien być wyposażony

w otwór rewizyjny czego nie potwierdza przedstawiona prezentacja mebli dostarczona przez konkurencyjne konsorcjum.

Zamawiającemu nie pozostaje zatem nic innego jak zgodnie z opisana podstawą prawną odrzucić niniejszą ofertę w/w Konsorcjum, albowiem jest to jego obowiązek! Art. 89 mówi bowiem "Zamawiający odrzuca ofertę..." jeżeli zachodzą opisane tam okoliczności, tzn. nie pozostawia to jego arbitralnej ocenie, ale wprowadza jak pisano, prawny obowiązek dokonania tej czynności. W przeciwnym wypadku Zamawiający dopuściłby się kumulatywnie naruszenia cytowanego art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych(Dz.U. z 2005r., Nr14, poz. 114 z późn. zm.) który stanowi, że każde naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania stanowi czyn naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Interes prawny firmy: Działania Zamawiającego polegające na wybraniu oferty wykonawcy, którego oferta winna być odrzucona i która nie wypełnia znamion ustawowej definicji "oferty najkorzystniejszej" ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Nadto walor bezprawności nosi decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty protestującego, której złożenie absolutnie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji i winna być ona przywrócona do postępowania. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia protestującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany. Zwrócić należy Zamawiającemu uwagę, iż posiadamy interes prawny w kwestionowaniu oferty Konsorcjum (którego oferta została uznana za najkorzystniejszą) pomimo faktu, że była to oferta droższa niż oferta protestującego, albowiem po pierwsze każde naruszenie przepisów prawa (przepisów ius cogens) przez Zamawiającego narusza interes prawny uczestnika postępowania, a po drugie zgłosiliśmy z najdalej idącej ostrożności procesowej alternatywne żądanie unieważnienia postępowania, a tym samym podążając za orzecznictwem sądów okręgowych, stwierdzić należy, że każdy uczestnik postępowania posiada interes prawny w stosowaniu środków ochrony prawnej zmierzających do unieważnienia postępowania, albowiem daje mu to ekspektatywę uzyskania niniejszego zamówienia w przyszłości. Ergo alternatywne żądanie unieważnienia postępowania absolutnie nie przekreśla żądania przywrócenia naszej oferty do postępowania i żądania udzielenia nam niniejszego zamówienia publicznego.

[...]"



## ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 20.07.2009 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazano m.in.:

„[...]”

Zamawiający nie uznaje przedstawionych zarzutów w całej rozciągłości, ponieważ są one bezpodstawne i nie mają pokrycia w faktach. Ponieważ nie wszystkie zarzuty zostały w treści protestu rozwinięte, Zamawiający odniesie się jedynie do tych, które znalazły się w uzasadnieniu protestu.

I tak, w kolejności ustalonej przez Protestującego:

1. Odnosząc się do czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1. pkt 3. Protestujący nie przyjmuje do wiadomości faktów i bardzo poważny zarzut nieuczciwej konkurencji poprzez fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia oferowanych przez siebie wyrobów, mające na celu wprowadzenie klientów w błąd, kwituje stwierdzeniem, że żadnego fałszerstwa nie ma, a jeżeli nawet jest, to wina leży po stronie zagranicznego dostawcy, od którego nabył towar. Protestujący podtrzymuje, iż zaoferowane w ofercie blaty i zlewy niemieckiej firmy FRIATEC, stanowiące ponad 70% wartości oferty, są nimi w rzeczywistości, a Zamawiający nie miał prawa odrzucać jego oferty. Tymczasem już pobieżne oględziny przedstawionego modelu wzorcowego pozwalają stwierdzić, że widnieją na nim znamiona innego producenta - włoskiej firmy KERAPLAN. Tłumaczenie Protestującego kompromituje go i podważa deklarowane w złożonym oświadczeniu posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia jako warunku udziału w postępowaniu. Protestujący zdaje się nie zauważać, że przedstawione wyroby firmy KERAPLAN mają gorsze parametry jakościowe od wymaganych przez Zamawiającego, a załączenie oryginalnych certyfikatów producenta obnażyłoby ten fakt i spowodowało odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ. Z tego też względu Protestujący posłużył się certyfikatami innego wyrobu usiłując wprowadzić w błąd Zamawiającego jak i drugiego wykonawcę. Próbę oszustwa potwierdził przedstawiciel firmy FRIATEC, dr Reinhard G., który poprzez polskiego dystrybutora z firmy LABRO poprosił o umożliwienie wglądu w dokumentację postępowania i model wzorcowy. O odbyło się to oficjalnie, zgodnie z przepisami art. 8 prawa zamówień publicznych i w formie pisemnej, o czym Protestujący z pewnością wie, gdyż dwukrotnie skorzystał z prawa wglądu do dokumentacji przetargowej. Podniesiony zarzut, że przedstawiciel niemieckiego producenta nie miał prawa dokonywać czynności w postępowaniu jest chybiony, gdyż w myśl ww. art. 8 postępowanie jest jawne,

a Protestujący nie utajnił żadnego elementu swej oferty. Dr G. potwierdził tylko to, co Zamawiający sam bez trudu zauważył, że zaoferowane blaty i zlewy rzekomej produkcji jego firmy mają oznaczenie KERAPLAN, zamiast charakterystycznych napisów FRIDURIT, które są zawsze umieszczane na widocznych krawędziach tego typu blatów produkcji firmy FRIATEC. Aby to odkryć nie trzeba badać składu chemicznego ani stosować metody "szkiełka i oka" jak ironizuje Protestujący. Ponadto przedstawiciel niemieckiego producenta stwierdził, że przedstawiony w ofercie Protestującego jako autentyczny certyfikat Werkstoffzentrum Reinbach jest ważny i użyteczny jedynie z podpisami osób go wystawiających, a Protestujący załączył jedynie ogólny wzór takiego dokumentu, bez podpisów, dostępny na stronie internetowej i nie posiadający mocy prawnej. Na zgłoszone pisemnie przez Zamawiającego wcześniejsze wezwanie w tej sprawie Protestujący potwierdził jego autentyczność, poświadczając nieprawdę.

2. Odnosząc się do sugestii Protestującego, że Zamawiający został wprowadzony w błąd przez drugiego wykonawcę, działającego rzekomo w monopolistycznej zмовie z "domniemanym, istniejącym lub nie -ekspertem", to brak w proteście jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego ten zarzut, w związku z czym Zamawiający traktuje to jako zwykłą insynuację. Z kolei zarzut posiadania przez Pana Pawła Chrzęszcza z firmy LABRO udziałów w firmie MATRIX nie znajduje potwierdzenia w świetle polskiego prawa, które nie zabrania posiadania własności prywatnej, w tym również akcji i udziałów podmiotów gospodarczych. Poza tym firma LABRO nie jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania, broni jedynie swego interesu i interesu firmy, której jest przedstawicielem na polskim rynku, wskazując na czyn nieuczciwej konkurencji jakiego dopuścił się Protestujący w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

3. Protestujący jako argument na swoją obronę podaje, iż producenci "wszystkich blatów jakie spełniają wymogi SIWZ, posiadają wymagane treścią SIWZ certyfikaty, zaświadczenia, dopuszczenia, atesty itp." zatem nie miał powodów oszukiwania kogokolwiek. Należy więc zapytać, dlaczego nie zaoferował uczciwie w przetargu takich właśnie blatów, wraz z oryginalnymi dokumentami?

4. Odnosząc się do zarzutu nieodrżucenia oferty konsorcjum reprezentowanego przez firmę MATRIX Sp. z o.o. Zamawiający stwierdza, że przytoczone argumenty nie znajdują potwierdzenia w faktach.

a. Certyfikat dotyczący dygestoriów załączony przez konsorcjum jest, wbrew sugestiom Protestującego, zgodny z wymogami SIWZ. Podobnie jak zaoferowane dygestoria, które są wyposażone w czujnik powietrza, co można sprawdzić w dostarczonym modelu wzorcowym. Norma EN 14175 w opisie zawartym w cz. 3. rozdz. 10. uznaje fakultatywność czujnika w procesie badawczym. Zgodnie z tym zapisem czujnik stanowi część wyposażenia, jednak nie musi podlegać badaniom w procesie certyfikacji.

b. Załączenie certyfikatu ISO potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością tylko przez lidera konsorcjum nie jest sprzeczne z prawem zamówień publicznych i SIWZ. Zgodnie z pkt 7. SIWZ w wypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oświadczenie o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 prawa zamówień publicznych (m.in. posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) podpisuje pełnomocnik. W związku z tym dokumentami potwierdzającymi spełnianie tych warunków, w tym przypadku wzmiankowanym certyfikatem, może legitymować się tylko jeden ze współników. W ofercie złożył je MATRIX jako lider konsorcjum. Nie ma potrzeby, aby drugi współnik także posiadał czy załączał certyfikat.

c. Protokół z badania odporności chemicznej nie musiał pochodzić z konkretnej jednostki badawczej, czy też z konkretnego obszaru gospodarczego. Załączony przez konsorcjum dokument dotyczy wyrobów firmy FRIATEC i potwierdza odporność ceramiki na 25 substancji. Identyczny dokument, z tą samą datą i tymi samymi podpisami, załącza Protestujący, nie dostrzegając jednak w nim wad.

d. Brak zamków w szatkach modelu wzorcowego dostarczonego przez konsorcjum nie może być uznany jako wada. Z opisu wymogów jakie winien spełniać model wzorcowy i załączonych rysunków zawartych w Załączniku nr 6 do SIWZ jednoznacznie wynika, że nie musiał być w nie zaopatrzone. Wymóg ten dotyczy jedynie wyrobu finalnego.

e. Instalacje elektryczna i wodna w stole wyspowym zostały w modelu konsorcjum wykonane zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w Załączniku nr 6 do SIWZ. Ich wspólny przebieg wynika z warunków prowadzenia instalacji w udostępnionym pomieszczeniu Zamawiającego. Pomimo tego obie instalacje, choć prowadzone we wspólnym kanale nadstawki, zostały dodatkowo rozdzielone. Poza tym Zamawiający nie wymagał podłączenia instalacji w dostarczonym modelu i nie podlegało to badaniu.

f. Jeśli chodzi o otwory rewizyjne w nadstawkach stołów wyspowych, to z opisu zawartego we wspomnianym wyżej załączniku Protestujący błędnie wywnioskował, że każdy słup nadstawki winien być wyposażony w otwór rewizyjny. W opisie jest zawarty warunek, co łatwo można sprawdzić, że model wzorcowy powinien być wyposażony w "zamykany otwór rewizyjny w kolumnie każdej nadstawki".

Jak wynika z powyższego żaden z zarzutów Protestującego nie znajduje potwierdzenia w faktach. Zamawiający wykazał, że odrzucenie oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust. 1. pkt 3. było zasadne, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dowodem na to jest złożony model wzorcowy wraz z dokumentacją zawartą w ofercie Protestującego oraz pisemne oświadczenia firmy FRIATEC, która ponadto poinformowała Zamawiającego, że

nie jest to pierwsza próba oszustwa przez Protestującego z wykorzystaniem jej znaku firmowego, w związku z czym występuje przeciwko firmie DCD HABITAT na drogę sądową. Zamawiający nie widzi podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum reprezentowanego przez firmę MATRIX, gdyż żaden z przytoczonych zarzutów nie odpowiada prawdzie. W związku z powyższym Zamawiający oddała protest w całości, jak na wstępie, i podtrzymuje swą wcześniejszą decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty.

## ODWOŁANIE

W dniu 30.07.2009 DCD Habitat Sp. z o.o. wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący w całości podtrzymał zarzuty i wnioski protestu oraz powtórzył argumentację tam zawartą.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in.:

„[...]”

I. Odnośnie zarzutu odrzucenia oferty protestującego:

Zamawiający oparł swoją decyzję o odrzuceniu oferty protestującego w oparciu o zarzut, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 10 ust. 1 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.), który stanowi, że "czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich".

W całej rozciągłości kwestionujemy takie twierdzenie i uważamy, że Zamawiający nie ma prawa go ponosić albowiem:

Po pierwsze zaoferowany w modelu wzorcowym blat jest produkcji firmy FIATEC AG. O fakcie tym zapewnił nas nasz dostawca, od którego niniejszy blat został zakupiony. Wg naszej najlepszej wiedzy nie mamy powodu podnosić, ani też podzielać jakichkolwiek wątpliwości, że stan ten jest niezgodny z rzeczywistością. Na powyższą okoliczność

posiadamy dowody w postaci faktury zakupu ze szczegółowo opisanym przedmiotem (w/w blat) od podmiotu zagranicznego, który nam go dostarczył.

Po drugie w dokumentacji postępowania, nie ma jakiegokolwiek dowodu (a przecież zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy postępowania prowadzi się wyłącznie z zachowaniem zasady pisemności), że przedstawiciel firmy FRIATEC AG miał wgląd do dokumentacji postępowania, tj. złożonych ofert oraz próbek przedłożonych przez wykonawców (modeli wzorcowych). Zatem jeżeli nie miał on fizycznego wglądu (a takowy musiałby zostać udokumentowany, bowiem jak dowodzi doświadczenie protestującego, Zamawiający aż do przesady "celebrował" formalistyczne podejście do wglądu w dokumenty, tj. wnioski, specjalne terminy, pokwitowania, wyciągi etc, etc, etc!), twierdzenia Zamawiającego są fałszywe i nie dowodzą podniesionych przez niego zarzutów.

Po trzecie przedstawiciel firmy FRIATEC AG nie może dokonywać czynności postępowania, a jeżeli zostały dokonane i tak są nieważne (i nie mogą stanowić podstawy dalszych decyzji Zamawiającego) albowiem, firma ta jest osobiście i majątkowo zainteresowana w odrzuceniu oferty protestującego (tańszej) i udzieleniu zamówienia Konsorcjum! Zamawiający dysponuje bowiem wiedzą, że wyłącznym przedstawicielem firmy FRIATEC AG w Polsce jest firma LABRO, której właścicielem jest Paweł Chrzęszcz. Przedsiębiorca ten posiada jednocześnie udziały w firmie MATRIX której oferta uznana została za najkorzystniejszą.

Po czwarte z ostrożności, nie ma w dokumentach jakichkolwiek dowodów na jakiej podstawie w/w osoba stwierdziła domniemane oszustwo protestującego. Czy była to metoda "szkiełko i oko" czy może badania składu chemicznego, blatu jego właściwości mechanicznych etc?

Po piąte producenci wszystkich blatów jakie spełniają wymogi SIWZ, posiadają wymagane treścią SIWZ certyfikaty, zaświadczenia, dopuszczenia, atesty itp., zatem nie sposób stwierdzić w jakim celu i po co protestujący miałby kogokolwiek oszukiwać?! Ergo złożone wraz z ofertą dokumenty dotyczą zaoferowanego blatu i czynność dokonana przez Zamawiającego w postaci odrzucenia naszej oferty jest wadliwa.

Po szóste jak można domniemywać Zamawiający dał się wprowadzić w błąd przez wykonawcę, którego de facto oferta została uznana za najkorzystniejszą -działającego w porozumieniu z "domniemanym, istniejącym lub nie - ekspertem". Zrozumieć bowiem należy, że firma FRIATEC AG nie sprzedaje swoich blatów żadnym innym podmiotom, niż

te które mają złożyć ofertę do przetargu w Polsce, a które to podmioty "ona nazacza" jako wybrane. Tym samym zmuszeni byliśmy dokonać zamówienia przez podmiot trzeci "zagraniczny" celem złamania tego porozumienia ograniczającego nieuczciwą konkurencję. Wynika to jak zawsze z prowadzonej polityki cen zaporowych (monopolistycznych) przez FIATEC AG na różnych rynkach. Zatem w momencie gdy w/w podmioty dostrzegły złamanie tego monopolu doprowadziły do odrzucenia naszej oferty "rękoma" Zamawiającego w oparciu o zakwestionowane przez protestującego niby argumenty.

Ergo na podstawie wyżej opisanych stwierdzeń kwestionujemy tę czynność jako niemająca swojego oparcia w stanie faktycznym i prawnym sprawy. Natomiast pomówienia o działanie w stanie premedytacji i zamiarze oszustwa traktujemy jako przesadne, zbyt obrazowe formułowanie swoich wadliwie udowodnionych wyobrażeń.

II. Odnośnie zarzutu nieodrzczenia (zaniechania odrzucenia) oferty Konsorcjum MATRIX Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Nowopogońska 1 oraz VINITEX LABORATORIUMINRICHEMGEN BV, Industrieweg 21-23,5492 NG Sint-Oedenrode Nederland

Chyląc czoła przed skrupulatnością i dociekliwością Zamawiającego w analizowaniu ofert pod kątem wszelkich zagadnień zarówno merytorycznych jak i aspektów prawnych wyrażamy jednocześnie zdziwienie faktem nie dostrzegania uchybień i poważnych naruszeń postanowień specyfikacji w przypadku oferty konsorcjum firm MATRIX i Vinitex. Mamy tu na myśli w szczególności fakt, że nie wzbudził podejrzeń Zamawiającego certyfikat złożony przez wspomniane konsorcjum dotyczący zaoferowanych dygestoriów. Prosimy zwrócić uwagę, że wskazany certyfikat powstał na bazie częściowego badania na zgodność z normą EN 14175 i nie obejmował między innymi badania czujnika przepływu, które to badanie stanowi integralną część omawianej normy i jest ważnym punktem SIWZ. Brak czujnika w poddanych testom dygestoriach powoduje, że dokument załączony do ofert staje się bezprzedmiotowy albowiem został wydany dla urządzenia które nie stanowi przedmiotu dostawy (zapisy SIWZ stanowią, że dygestorium musi być wyposażone w czujnik przepływu). Ponadto takowy brak czujnika, powoduje że dostarczane dygestoria nie będą gwarantowały odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa, które co podkreślane jest w SIWZ stanowi istotny parametr oferowanych mebli, albowiem nie będzie możliwości ciągłego monitorowania parametrów pracy dygestorium.

Przypominamy, że pkt. 9.3 SIWZ stanowi: "certyfikat zgodności wydany przez akredytowane, niezależne laboratorium, potwierdzający bezpieczną pracę dygestorium jako

kompletnego urządzenia -spełnienie normy PN-EN 14175". Natomiast treść certyfikatów przedstawionych przez konkurencyjne konsorcjum stanowi wyraźnie, że przebadane dygestoria nie były kompletne albowiem nie były wyposażone w czujniki przepływu. Ponadto brak takiego czujnika powoduje niezgodność z normą, dlatego też w treści załączonych dokumentów wyraźnie wskazuje się w jakim zakresie normy EN 14175 zgodność z tą normą zostaje potwierdzona. Zamawiający nie dopuszczał składania certyfikatów na zgodność z częścią normy, co więcej podkreślał, że chodziło mu o dygestorium kompletne o konkretnych wymiarach i z uwzględnieniem wszelkich rozwiązań niestandardowych (obniżony blat). Tak więc mając powyższe na względzie należałoby uznać, że załączone do oferty dokumenty I są niezgodne z wymaganiami SIWZ i Zamawiający ma obowiązek wezwania Wykonawcy do ich uzupełnienia.

Podobne wątpliwości budzi fakt nie załączenia przez firmę Vinitex certyfikatu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością. W świetle przedstawionej przez konkurencyjne konsorcjum oferty, logicznym wydaje się, że poza certyfikatem ISO firmy Matrix do oferty winien być załączony certyfikat firmy VINITEX jako producenta dygestoriów. Przypominamy, że certyfikat systemu zaradzania miał obejmować swym zakresem między innymi produkcję mebli i dygestoriów, skoro więc zgodnie z oświadczeniami zawartymi w ofercie producentem dygestoriów jest Vinitex do oferty winien być dołączony jego certyfikat ISO.

Kolejnym dokumentem budzącym wątpliwości co do jego przydatności w ocenie oferty jest protokół z badania odporności chemicznej. Miał on potwierdzać, że oferowane blaty ceramiczne są odporne na minimum 25 substancji chemicznych. Tymczasem przedstawiony przez konsorcjum MATRIX i VINITEX protokół, w żaden sposób nie pozwala na zidentyfikowanie próbek które zostały poddane badaniu (nie wiadomo czyjej produkcji była przebadana ceramika), nie wspominając już o fakcie że protokół został wystawiony w 1986 roku w związku z czym zachodzi wątpliwość, czy w tym czasie skład oraz gabaryty oferowanej ceramiki nie uległy zmianie. Wskazujemy nadto, że jednostka która wystawiła protokół jest jednostka z poza Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Zamawiający zaniechał również jak się wydaje analizy prezentacji oferowanych mebli w przypadku firmy MATRIX. Nie zauważył bowiem, że szafki wbrew postanowieniom specyfikacji nie zostały wyposażone w zamki. Ponadto meble są niezgodne z obowiązującymi normami, albowiem instalacja elektryczna i wodna prowadzone są w bezpośrednim sąsiedztwie nie są jak wskazywała na to SIWZ w odizolowanych sekcjach. Dodatkowo wskazujemy, że każdy słup nadstawki zgodnie z SIWZ winien być wyposażony

w otwór rewizyjny czego nie potwierdza przedstawiona prezentacja mebli dostarczona przez konkurencyjne konsorcjum.

Zamawiającemu nie pozostaje zatem nic innego jak zgodnie z opisana podstawą prawną odrzucić niniejszą ofertę w/w Konsorcjum, albowiem jest to jego obowiązek! Art. 89 mówi bowiem "Zamawiający odrzuca ofertę ..." jeżeli zachodzą opisane tam okoliczności, tzn. nie pozostawia to jego arbitralnej ocenie, ale wprowadza jak pisano, prawny obowiązek dokonania tej czynności. W przeciwnym wypadku Zamawiający dopuściłby się kumulatywnie naruszenia cytowanego art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) który stanowi, że każde naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania stanowi czyn naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

[...]

Jednocześnie w złożonym proteście odwołujący wykazał naruszenie swojego interesu prawnego firmy: Działania Zamawiającego polegające na wybraniu oferty wykonawcy, którego oferta winna być odrzucona i która nie wypełnia znamion ustawowej definicji "oferty najkorzystniejszej" ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Nadto walor bezprawności nosi decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty protestującego, której złożenie absolutnie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji i winna być ona przywrócona do postępowania. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia protestującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany. Zwrócić należy Zamawiającemu uwagę, iż posiadamy interes prawny w kwestionowaniu oferty Konsorcjum (którego oferta została uznana za najkorzystniejszą) pomimo faktu, że była to oferta droższa niż oferta protestującego, albowiem po pierwsze każde naruszenie przepisów prawa (przepisów *ius cogens*) przez Zamawiającego narusza interes prawny uczestnika postępowania, a po drugie zgłosiliśmy z najdalej idącej ostrożności procesowej alternatywne żądanie unieważnienia postępowania, a tym samym podążając za orzecznictwem sądów okręgowych, stwierdzić należy, że każdy uczestnik postępowania posiada interes prawny w stosowaniu środków ochrony prawnej zmierzających do unieważnienia postępowania, albowiem daje mu to ekspektatywę uzyskania niniejszego zamówienia w przyszłości. Ergo alternatywne żądanie unieważnienia postępowania absolutnie nie przekreśla żądania przywrócenia naszej oferty do postępowania i żądania udzielenia nam niniejszego zamówienia publicznego.



W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i tym samym niemożliwym, jest inna reakcja jak poszukiwanie ochrony prawnej poprzez odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie UZP.

Na marginesie zważyć należy, że Zamawiający poprzez agresywny ton rozstrzygnięcia protestu, argumenty merytoryczne stara się substytuować twierdzeniem o oszukańczym działaniu odwołującego, niemniej nie podaje on żadnych dowodów na w/w okoliczność oprócz powołania się na opinię tajemniczego dr Reinharda G., który stał się dla niego wyrocznią i pod dyktando którego dokonał on odrzucenia oferty odwołującego. Na marginesie można tylko zadać pytanie, jakie jest umocowanie w/w osoby, czy jest on biegłym działającym w imieniu Zamawiającego, będąc de facto "materialnie" zainteresowanym w takim a nie innym rozstrzygnięciu postępowania? Tym samym dowód ten należy uznać za niewiarygodny i tendencyjny, a odwołujący potwierdza, raz jeszcze to co napisał w proteście, tj. że wg jego najlepszej wiedzy nie ma żadnego czynu nieuczciwej konkurencji! Tak samo odwołujący przedstawił wszystkie wymagane prawem i specyfikacją dokumenty dotyczące wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, bez względu na fakt, jakie zdanie ma o nich dr G.

Powszechnie przyjętą praktyką bowiem jest to, że u producenta mieści się tzw. bank certyfikatów, a do ofert zamieszczane są ich kopie. Oczywistym bowiem jest, że nikt nie "pozbawi się takiego certyfikatu", aby masowo wydawać go każdemu z podmiotów, który składa ofertę na taki asortyment. Tym samym twierdzenie Zamawiającego jest sprzeczne z doświadczeniem życiowym i wymaganiami prawa zamówień publicznych. Co więcej mamy dowody na to, że generalny dystrybutor firmy Friatec firma Labro rozpowszechnia kwestionowane certyfikaty właśnie w takiej formie jaka znajduje się w naszej ofercie.

Zamawiający zapomniał, że odrzucenie oferty nie oparte było o w/w zarzut, tym samym rozszerzenie podstawy odrzucenia oferty o nowe "przepisy" prawne na skutek rozstrzygnięcia protestu jest niedopuszczalne i ukazuje tylko tendencyjne postępowanie Zamawiającego, który chce pozbyć się odwołującego z niniejszego postępowania za "każdą cenę" .

Na zasadzie kontrapozycji, Zamawiający bagatelizuje i staje się "advokatem wykonawcy, którego ofertę winien odrzucić!

Podtrzymujemy w całości nasze wcześniejsze twierdzenia i dodatkowo wskazujemy na okoliczność, że stwierdzenie zawarte w odrzuceniu protestu potwierdzające zgodność przedstawionego certyfikatu na zgodność z normą EN 14175 z wymaganiami SIWZ jest co

najmniej niezrozumiałe. Z treści załączonego przez konkurencyjne konsorcjum dokumentu wynika wyraźnie, że jest to dokument potwierdzający CZĘŚCIOWE SPEŁNIANIE NORMY, co samo w sobie stanowi zaprzeczenie stwierdzeniom Zamawiającego.

Odrzucenie wątpliwości dotyczących certyfikatu ISO mogłoby zostać uznane za zasadne gdyby nie fakt, że certyfikat ten dotyczyć ma (zgodnie z zapisami SIWZ) przedmiotu zamówienia! Tak więc przedstawienie certyfikatu jakości przez podmiot, który nie jest producentem dygestoriów jest ewidentnym naruszeniem zapisów SIWZ.

Zupełnie zagadkową sprawą jest pewność Zamawiającego co do dokumentu potwierdzającego, że oferowana ceramika spełnia wymogi dotyczące odporności chemicznej. Wielokrotna analiza załączonego przez konkurencję dokumentu nie pozwoliła na jednoznaczne stwierdzenie kto był producentem badanych próbek. Jedynym potencjalnym potwierdzeniem faktu iż próbka poddana badaniom była próbką produkcji FRIATEC jest numer faksu z którego nadany został dokument. Przypominamy, że każdy dokument powinien umożliwić łatwą identyfikację. Być może wystarczającym dla Zamawiającego było oświadczenie Pana G., jednakże niezaprzeczalnym jest, że treść przedłożonego certyfikatu nie wskazuje na producenta ceramiki, co w sposób oczywisty dyskwalifikuje ten dokument jako nie potwierdzający warunków zawartych w SIWZ.

Podobne świadectwo nierównego traktowania stanowi potraktowanie zarzutów dotyczących prezentacji mebli konkurencji. Zamawiający lakonicznie unika odpowiedzi na zarzuty zawarte w proteście stwierdzając, że akurat te parametry nie były istotne w procesie analizowania ofert, bądź też że wymogi zawarte w SIWZ dotyczą jedynie wyrobów finalnych nie zaś prezentacji. Co więcej zaproponowane przez konkurencyjne konsorcjum rozwiązania (prowadzenie wody i połączeń elektrycznych w bezpośrednim sąsiedztwie) stanowi jawne naruszenie norm dotyczących konstrukcji mebli laboratoryjnych. Powstaje więc pytanie, czy omawiana wystawka nie miała za zadanie jedynie utrudnienie konkurencji nie zaś rzeczową ocenę ofert. Potwierdzeniem jest tu fakt, że ściślejszej analizie poddano jedynie naszą ofertę i prezentację jakoby z góry zakładając poprawność oferty i prezentacji konkurencji.

[...]"

**Uwzględniając dokumentację postępowania, a także stanowisko i oświadczenia odwołującego oraz zeznania świadków złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie ochrony własnego udziału w postępowaniu i obrony własnej oferty. Nie dysponuje natomiast takim interesem w odniesieniu do możliwości kwestionowania prawidłowości działań zamawiającego w stosunku do ofert mniej korzystnych od jego oferty – pozostanie takich ofert w postępowaniu w niczym nie wpływa na naruszenie lub możliwość doznania uszczerbku w interesie prawnym związanym z uzyskaniem zamówienia, o którym mowa w ww. przepisie. Jedynie nieprawidłowe wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie jego oferty, a także niezgodne z przepisami ustawy pozostawienie w postępowaniu ofert korzystniejszych od oferty protestującego uprawnia do korzystania ze środków ochrony prawnej w stosunku do tego typu działań czy zaniechań zamawiającego.

Wskazany art. 179 ust. 1 stanowi o uprawnieniu do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie w przypadku gdy ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku bezprawnych działań zamawiającego. Z redakcji ww. przepisu wyraźnie wynika, iż ustawodawca ograniczył zakres pojęcia interesu, do jego sfery prawnej dodatkowo odnoszącej ją jedynie do zabezpieczenia uzyskania zamówienia.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21.04.2006 r. sygn. akt III Ca 299/06: „...interes prawny należy traktować jako potrzebę prawną, wynikającą z sytuacji prawnej, w jakiej się znajduje odwołujący. Interes prawny należy rozumieć jako obiektywną okoliczność w świetle obowiązujących przepisów prawnych, tj. wywołaną rzeczywistym naruszeniem albo zagrożeniem określonej sfery prawnej. Bezwzględnie, w ocenie Sądu Okręgowego, aby uznać, że strona wykazała interes prawny w uzyskaniu zamówienia, jej działanie musi umożliwiać osiągnięcie określonego skutku prawnego. Inaczej można by mówić tylko o interesie faktycznym, czy ogólnym.”

Tym samym, w opinii Izby, zagrożenie określonej sfery prawnej oraz określony skutek prawny działania strony, tak jak wskazał powyżej Sąd Okręgowy, zostało przez ustawodawcę w art. 179 ust. 1 Pzp wyraźnie ograniczone do ochrony uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę.

Ponadto możliwość i zakres korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie ze względu na ich wyjątkowy charakter sprowadzający się m.in. do przełamania zasady dwuinstancyjnego, sądowego rozstrzygnięcia sporów (KIO jest organem pozasądowym), a także ze względu na cel ich powołania zgodnie z którym mają umożliwić szybkie i sprawne zapadanie rozstrzygnięć w postępowaniach, powinna być interpretowana ściśle, bez rozszerzania tego typu ochrony na sytuacje, którym ustawa specjalnej ochrony nie przyznaje. Z założenia środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie służą, zgodnie z

literalnie interpretowanym brzmieniem art. 179 ust. 1 Pzp, jedynie ochronę interesu prawnego wykonawców w uzyskaniu zamówienia, nie służą do stwierdzania i weryfikowania wszystkich naruszeń przepisów popełnianych przez zamawiającego czy ogólnej oceny prawidłowości prowadzonego przezeń postępowania.

Interes prawny wskazany w ww. przepisie stanowi generalną, materialną przesłankę ograniczającą zakres możliwych do wnoszenia i popierania odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej, której ustanowienie zmierza wyraźnie do zawężenia i określenia sytuacji w których naruszenie przepisów ustawy może zostać poddane weryfikacji w tym specjalnym trybie z powodów opisanym powyżej.

Reasumując, wskazać należy, iż kwestionowanie przez odwołującego pozostawania w postępowaniu wykonawcy, który złożył ofertę mniej korzystną, w żaden sposób nie służy ochronie możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego, tzn. dla zapewnienia tego typu ochrony jest zupełnie zbędne i w związku z powyższym nie mieści się w dyspozycji art. 179 ust. 1 Pzp – odwołujący nie jest uprawniony do wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej, które w przedmiotowym postępowaniu dotyczą zaniechania odrzucenie oferty Konsorcjum MATRIX Sp. z o.o. oraz VINITEX LABORATORIUMINRICHEMGEN BV.

Również żądanie przez odwołującego unieważnienia postępowania, tj. kwestia posiadania interesu prawnego do wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej dotyczących zaniechania unieważnienia postępowania ze względu na ekspektatywę uzyskania zamówienia w ewentualnych przyszłych postępowaniach wszczętych przez zamawiającego w tym przedmiocie nie znajduje odzwierciedlenia w dyspozycji art. 179 ust. 1 Pzp i nie może zostać uznana za wykazanie interesu prawnego w rozumieniu tego przepisu. W wyroku Sądu Okręgowego w Krośnie z dnia 25.04.2006 r. sygn. akt I Ca 134/06 wskazano wyraźnie: „Sąd podzielił pogląd orzekającego w sprawie Zespołu Arbitrów i uznał, iż strona skarżąca nie wykazała w świetle art. 179 prawo zamówień publicznych, że jej interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów w/w ustawy. W świetle prawa polskiego Odwołujący nie może mieć interesu prawnego w unieważnieniu przetargu polegającego na tym, że w ewentualnym nowym przetargu (w przyszłości) mógłby uczestniczyć i go wygrać. Interes prawny powinien dotyczyć tego postępowania przetargowego, do którego zgłoszono środki odwoławcze. Nie można się powoływać na przyszły, ewentualny, hipotetyczny interes prawny.”

Izba przychyliła się natomiast do stanowiska odwołującego, iż kwestia ewentualnych wad certyfikatów potwierdzających, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają warunki żądane i stawiane przez zamawiającego nie może być przedmiotem orzekania w niniejszym

postępowaniu odwoławczym. Żadnych tego typu wad oferty zamawiający w zawiadomieniu o wynikach postępowania nie podniósł. Tym samym protest wykonawcy dotyczył nieuprawnionego zastosowania podstawy jego wykluczenia ze względu na wskazane przez zamawiającego okoliczności – nie mógł formułować zarzutów w stosunku do ustaleń i okoliczności faktycznych, które dodatkowo mogły uzasadniać zastosowanie innych przepisów jako podstawy wykluczenia czy odrzucenia jego oferty, które nie zostały przez zamawiającego w żaden sposób w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, wyrażone.

Zgodnie z art. 190 ust. 3 Izba nie może orzekać, co do zarzutów nie objętych protestem – żadnych okoliczności poza skutkującymi ograniczeniem możliwości z korzystania ze środków ochrony prawnej czy wnoszenia i uwzględniania odwołań – nie bierze pod uwagę „z urzędu”. W związku z faktem, iż to protestujący określa zakres zarzutów protestu, a tym samym niejako warunkuje zakres rozpatrywania sprawy, który w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym przedstawia się tak jak opisano powyżej, Izba pozostawiła poza zakresem rozpoznania dodatkowe okoliczności czy też zarzuty podniesione przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, a dotyczące wad samych certyfikatów złożonych przez odwołującego, a nie tylko ich nieadekwatności do przedstawionego modelu wzorcowego mebli i digestoriów.

W przedmiocie zarzutu protestu i odwołania dotyczącego nieprawidłowej oceny okoliczności i zastosowania podstawy prawnej skutkujących odrzuceniem oferty odwołującego, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, Izba stwierdza, że zarzut taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Oceniając przedstawione na rozprawie dowody oraz dowody znajdujące się w dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, iż odwołujący nie udowodnił, iż przedstawione przez niego wzorcowe modele blatów i zlewów, które zamierza dostarczyć przystępującemu są w rzeczywistości wyrobami FRIATEC AG tak jak to wynika z oferty złożonej przez odwołującego. Tym samym Izba uznała, iż dowody, którymi dysponuje zamawiający są w tym zakresie bardziej wiarygodne.

Izba nie znajduje podstaw do kwestionowania, znajdującego się w dokumentacji zamawiającego, oświadczenia złożonego przez przedstawiciela producenta FRIATEC AG, p. Dr. Reinharda G. (pismo z dnia 04.06.2009 r.), że blaty i zlewy załączonego do oferty odwołującego nie są, wbrew twierdzeniom DCD Habitat, wyrobami firmy FRIATEC. Żadnych dowodów podważających wiarygodność tego typu oświadczenia odwołujący nie przedstawił, natomiast przedstawiciel producenta danych wyrobów może w ocenie Izby zostać w pełni uznany za kompetentnego w kwestii rozpoznania i określenia wyrobów własnej firmy.

Ponadto Izba wskazuje, iż powoływany wyżej dokument-pismo p. G. nie jest żadną czynnością w postępowaniu w rozumieniu przepisów ustawy, ale jedynie oświadczeniem wiedzy osoby postronnej, które zarówno przez zamawiającego jak i przez Izbę mogło i powinno zostać wzięte pod uwagę przy ocenie okoliczności będących podstawą rzeczywistych czynności zamawiającego, tu: uznania, że ww. wyroby nie są produktami FRIATEC AG.

Natomiast sam fakt udostępnienia przez zamawiającego dokumentacji postępowania, w tym oferty odwołującego, w świetle dyspozycji art. 8 ust. 1 ustawy, nie może być kwestionowany.

Ponadto na potwierdzenie ustaleń w przedmiocie pochodzenia przedmiotowych wyrobów wskazuje również okoliczność, iż blaty firmy FRIATEC dostarczone przez drugiego uczestnika postępowania zawierają na krawędziach oznaczenia producenta i modelu, natomiast na blatach dostarczonych przez DCD Habitat takowych oznaczeń brakuje. Ponadto przedstawione przez odwołującego zlewy zawierają oznaczenia (nalepki z kodami kreskowymi) innego producenta, tj. firmy KERAPLAN (vide: zdjęcia w dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego).

Za niewystarczające dowody na potwierdzenie tez przeciwnych, Izba uznała przedstawione przez odwołującego na rozprawie fakturę nr 23/05/009 z dnia 23.05.2009 r. wystawioną przez firmę UAB GERO VERSO PASLAUGOS z Litwy oraz pismo tego sprzedawcy z dnia 06.07.2009 r.

Z ww. faktury wynika jedynie, iż w podanej dacie odwołujący kupował i płacił za wskazane tam produkty firmy FRIATEC. Powyższe nie przesądza jednak, iż w rzeczywistości były to wyroby tej firmy (kupujący mógł np. zostać w tym zakresie wprowadzony w błąd przez sprzedawcę) oraz czy następnie te właśnie produkty zaproponował w swej ofercie zamawiającemu.

Natomiast do oceny treści ww. pisma sprzedawcy i jej znaczenia, konieczne byłoby zapoznanie się z treścią zapytania, które odwołujący do sprzedawcy skierował w tym przedmiocie, na które sprzedawca w przedstawiony sposób odpowiedział. Pisma z zapytaniem odwołujący nie przedstawił. Ponadto w treści tego pisma widnieje niejasne stwierdzenie o „jakiejś” nieuzasadnionej opinii odnośnie wyrobów firmy KERAPLAN.

Reasumując Izba uznała, iż w świetle przedstawionych dowodów nie można przyjąć, że przedstawione przez odwołującego wyroby są w istocie produktami FRIATEC AG.

Niemniej jednak Izba nie przesądza, że powyższe było celowym działaniem czy wręcz oszustwem odwołującego.

W przedmiocie kwalifikacji prawnej powyższych okoliczności, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Następnie ww. ustawa w art. 10 ust. 1 wskazuje, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.

W ocenie Izby działanie odwołującego polegające na przedstawieniu towaru nie będącego wyrobem danej firmy z jednoczesnym powołaniem i twierdzeniem, że jest to jej wyrób wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w ww. przepisach, czyli jest takim oznaczeniem towaru, które wprowadza klienta w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech.

Izba wskazuje jednocześnie, że w związku z faktem, że przedstawione modele wzorcowe miały nie tylko charakter próbek do których referuje art.25 ust. 1 pkt 2 ustawy, ale były również w rzeczywistości częścią oferty, tzn. poprzez ich przedstawienie wykonawcy zobowiązali się do dostarczeni towarów takich jak przedstawione modele wzorcowe, w świetle art. 87 ust. 1 niemożliwe jest uzupełnienie ww. próbek poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp, które odwołujący postuluje, czyli zamianę przedstawionych modeli na inne.

W związku z powyższymi ustaleniami Izba nie stwierdziła w działaniach zamawiającego naruszeń pozostałych przepisów wskazywanych w proteście i odwołaniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....