

Sygn. akt: KIO 1094/12

Sygn. akt: KIO 1101/12

WYROK

z dnia 12 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Paweł Trojan
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 28 maja 2012 r. przez:

- A. Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 80, 80-557 Gdańsk (sygn. akt KIO 1094/12)
- B. Zakłady Wielobranżowe „Renoma” Sp. z o.o., ul. 3-maja 67, 81-850 Sopot (sygn. akt KIO 1101/12)

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 350 A, 81-002 Gdynia

orzeka:

- 1. Oddala oba odwołania;**

2. Kosztami postępowania obciąża Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 80, 80-557 Gdańsk oraz Zakłady Wielobranżowe „Renoma” Sp. z o.o., ul. 3-maja 67, 81-850 Sopot i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 80, 80-557 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakłady Wielobranżowe „Renoma” Sp. z o.o., ul. 3-maja 67, 81-850 Sopot tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od Odwołujących się kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 350 A, 81-002 Gdynia stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:

A) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 350 A, 81-002 Gdynia stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

B) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 350 A, 81-002 Gdynia stanowiącą 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 119, 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1094/12

Sygn. akt: KIO 1101/12

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 350A , 81-002 Gdynia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Sprzedaż biletów dla PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 8 kwietnia 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2012 r. pod numerem 2012/S 70-116813.

Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 80, 80-557 Gdańsk oraz Zakłady Wielobranżowe „Renoma” sp. z o.o., ul. 3-go Maja 67, 81-850 Sopot (zwani dalej: „*Odwołującymi*” bądź odpowiednio „*Odwołującym KZU*” czy też „*Odwołującym Renoma*”) w dniu 28 maja 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołania na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty (w zakresie zadań od 4 do 12) – oferty wykonawcy Doroty Nerc prowadzącej działalność gospodarczą pod nawą Firma Handlowo Usługowa „DoWo”, ul. Kołłątaja 42/2, 81-33 Gdynia.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu w obu odwołaniach naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Doroty Nerc, mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle art. 3 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.; „*ustawa ZNK*”),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Doroty Nerc, mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle art. 3 ust. 2 ustawy ZNK,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Doroty Nerc, mimo, że Dorota Nerc wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania, co spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

5) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Doroty Nerc z udziału w postępowaniu, pomimo złożenia nieprawdziwego oświadczenia o dysponowaniu przez nią osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wnieśli o:

- 1) uwzględnienie obu odwołań,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty Doroty Nerc oraz dokonania wyboru oferty Odwołujących jako najkorzystniejszej odpowiednio w poszczególnych zadaniach.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniach, wskazali m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący przywołali treść art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle ustawy o Zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwana dalej: „*Ustawą ZNK*”). Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji, lecz odsyła do przepisów ustawy ZNK. Z kolei, w ocenie Odwołujących w ustawie ZNK katalog czynów zakwalifikowanych jako czyny nieuczciwej konkurencji zdefiniowano w art. 3-15 ustawy ZNK. Jako pierwszy czyn nieuczciwej konkurencji wskazano „*działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*” (art. 3 ust. 1 ustawy ZNK). Uznanie określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga łącznego (kumulatywnego) spełnienia przesłanek wskazanych w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, tj.:

1. działania podjętego w związku z działalnością gospodarczą (co wynika z art. 1 ustawy ZNK),
2. sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
3. zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący odnosząc się do pierwszej przesłanki wskazali, iż zgodnie z art. 2 ustawy ZNK przedsiębiorcami, w rozumieniu ustawy ZNK, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej. W ocenie Odwołujących nie budzi wątpliwości fakt, iż działania dotyczące zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji Doroty Nerc są związane z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą a także działalnością gospodarczą Odwołujących i Zamawiającego. W związku z czym, pierwsza przesłanka pozwalająca uznać, iż Dorota Nerc składając ofertę w postępowaniu naruszyła zasadę uczciwej konkurencji została spełniona.

Co do drugiej przesłanki (sprzeczność z dobrymi obyczajami) Odwołujący wskazali, że:

1. Dorota Nerc nie naruszyła prawa lecz dobre obyczaje;
2. zaś termin "*dobre obyczaje*" jest pojęciem niedookreślonym. Nie jest to tym samym pojęciem, które posiada jasno określone ustawowe znaczenie prawne. Ocena zgodności działań konkurencyjnych z dobrymi obyczajami może być zmienna i zachowuje w tym zakresie mniejszą lub większą dynamikę. Ponadto, klauzula dobrych obyczajów jest wystarczającą przesłanką do zakwalifikowania działania przedsiębiorcy Jako czynu nieuczciwej konkurencji, dlatego też, termin "*dobre obyczaje*" wymaga ustalenia kryteriów, jakimi powinien kierować się Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert i oceny czy doszło do naruszenia dobrych obyczajów;
3. przez pojęcie „*dobre obyczaje*” rozumie się szczególną umiejętność, staranność zawodową, uczciwość działania oraz dobrą wiarę. Dobre obyczaje to swego rodzaju wskazówki postępowania, które obiektywnie istnieją w przekonaniu etycznym społeczeństwa, a "*za miarę tych wymagań etycznych bierze się przeciętny poziom moralny właściwy godziwemu życiu zarobkowemu i gospodarczemu*" (vide: A. Krauss, F. Zoli, Polska ustawa..., s. 171). Dobre obyczaje to swoistego rodzaju normy moralne i zwyczajowe mające zastosowanie m.in. w działalności gospodarczej, do których prawo odsyła, a które przez to nie mieszczą się w ramach systemu prawa. Przez staranność zawodową (profesjonalność) rozumie się staranność i fachowość, jakiej oczekuje się od porządnego kupca, która znajduje swoje źródło nie tylko w regulacjach prawnych, lecz również w zwyczajach handlowych oraz kodeksach postępowania. Jako kryterium staranności zawodowej przyjmuje się uczciwość obrotu a staranność zawodową należy niewątpliwie wiązać z działalnością gospodarczą wykonywaną przez przedsiębiorcę. Działalność gospodarcza jest przecież działalnością, którą powinien charakteryzować profesjonalizm w zakresie podejmowanych czynności, zawodowość, fachowość, a także uczciwość w sferze jej wykonywania. Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Przedsiębiorca, czyli podmiot wykonujący działalność gospodarczą, jako zobowiązany do profesjonalnych zachowań jest także zobowiązany do przestrzegania reguł uczciwego obrotu. W ocenie Odwoływających nie ulega wątpliwości, iż w niniejszej sprawie doszło do naruszenie uczciwości obrotu oraz uczciwości w sferze wykonywania działalności gospodarczej przez Dorotę Nerc. Bycie pracownikiem Zamawiającego i pełnienie funkcji koordynatora sprzedaży w kasach biletowych, a następnie złożenie oferty na wykonywanie sprzedaży w tych samym kasach stoi w sprzeczności z wyżej wskazanymi zasadami, tym bardziej rażący jest fakt, iż Dorota Nerc posiadała pełną wiedzę na temat ilości sprzedawanych biletów. Według Odwoływających Dorota Nerc posiadała pełną wiedzę na temat wysokości prowizji jaką stosowali inni wykonawcy, poprzednio realizujący zamówienie. W niniejszym postępowaniu zaoferowała zbliżoną prowizję, do prowizji którą od lata stosował Odwoływający KZU (tj. Dorota Nerc

zaoferowała prowizję 7%, a Odwołujący KZU zaoferował prowizję 7,5%). Ponadto Pani Dorota Nerc nadzorowała Odwołującego KZU, posiadała wiedzę m.in. na temat jego prowizji, czy też znała jego obroty. Odwołujący podkreślali, że wpływ na naruszenie uczciwej konkurencji miało również naganne zachowanie Doroty Nerc poprzez naśladownictwo w prowadzonej działalności gospodarczej (w zakresie sprzedaży biletów). Dorota Nerc miała bowiem przez okres ponad 5 lat posiadała możliwość zapoznania się z tym systemem pracy (tj. pracą zmianową, koniecznym nakładem pracy, wykształceniem i doświadczeniem osób zajmujących stanowisko sprzedawców, prowizjami, obrotami itd.). Ponadto, będąc pracownikiem Zamawiającego - a zwłaszcza, że pełnienie funkcji bezpośredniego kontrolera - spowodowało dostęp do wielu informacji również tych dotyczących sposobu realizacji poprzednich zamówień Zamawiającego. W ocenie odwołujących taka postawa Doroty Nerc bezsprzecznie posiadała znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż Dorota Nerc składając ofertę w postępowaniu dokonała działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. W zakresie przesłanki trzeciej Odwołujący zaznaczali, że dla postawienia zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczające staje się już samo zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym fakt, iż oferta Doroty Nerc została wybrana jako oferta najkorzystniejsza spowodowało zagrożenie naruszenia interesów innych wykonawców, którzy utracili szansę realizacji zamówienia. Z uwagi na fakt, iż Dorota Nerc składając ofertę w postępowaniu dokonała działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które jeżeli zagroziło - a w konsekwencji może naruszyć - interes Odwołujących lub innych przedsiębiorców, a także z uwagi na fakt, iż art. 89 ust. 1 ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że zaistnienie chociażby jednej z wymienionych w przepisie przesłanek musi skutkować, w ocenie Odwołujących odrzuceniem oferty – zatem Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę Doroty Nerc.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 2 ustawy ZNK Odwołujący odnieśli się do art. 3 ust. 2 ustawy ZNK, z którego wynika, że *„Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym”*. Zatem Pani Dorota Nerc dokonując od ponad 5 lat kontroli Odwołującego KZU dokładnie zapoznała się z systemem funkcjonowania jego przedsiębiorstwa. Mogła zatem, bez angażowania większego nakładu zorganizować

przedsiębiorstwo działające na podobnych zasadach. Co w konsekwencji spowodowało naruszenie uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Odwołujący powołali się na treść ww. przepisu, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następuje w przypadku:

1. wykonywania (przez wykonawcę) bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub
2. posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Argumentacja Odwołujących odnosiła się do przesłanki określonej w pkt 1.

Zatem w ocenie Odwołujących, bezpośrednio wykonywanie czynności dotyczy do sytuacji, gdy rezultat prac przygotowawczych będzie bezpośrednio wykorzystany w tym postępowaniu oraz charakter czynności będzie mógł mieć wpływ na wynik postępowania (np. sporządzenie lub pomoc przy sporządzaniu dokumentacji projektowej oraz kosztorysu inwestorskiego będzie niewątpliwie faworyzował jego wykonawcę, bowiem inni wykonawcy nie będą posiadali wiedzy o np. ustalonej wartości zamówienia, co ma wpływ na wynik postępowania. Ponadto wykluczeniu podlegają tylko wykonawcy (lub też osoby, którymi posługiwali się w celu sporządzenia oferty), którzy brali udział w przygotowaniu postępowania. Przez „przygotowanie postępowania” rozumie czynności wymienione w Rozdziale II *"Przygotowanie postępowania"*, art. 29 - 38 ustawy Pzp. Zaliczyć do nich należy:

- opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych - sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno-użytkowego,
- oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego,
- przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zaznaczyli, że przez *"przygotowanie postępowania"* należy rozumieć czynności podejmowane przez zamawiającego - jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania. Wykonawcy którzy brali udział we wskazanych wyżej czynnościach powinni zostać wykluczenie z postępowania. Ziszczenie się trzeciej przesłanki pozytywnej jest związane z powstaniem bezpośredniego związku pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku niniejszego postępowania rezultatem była zarówno dokumentacja tego postępowania jak i wybór oferty Doroty Nerc jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazano również, że do ziszczenia się przesłanki negatywnej dochodzi, gdy udział wykonawcy w przygotowywaniu postępowania nie utrudnił uczciwej konkurencji. Udział Doroty Nerc w czynnościach przygotowawczych spowodował, iż jest ona w pozycji uprzywilejowanej względem konkurentów (pozostałych wykonawców). Dorota Nerc posiadała szeroką wiedzę o zamówieniu, o jego realizacji, a zatem nie można również wykluczyć, że posiadała wiedzę o zdolnościach Zamawiającego do wydatkowania środków.

W ocenie Odwołujących Pani Dorota Nerc była w posiadaniu wiedzy niedostępnej dla pozostałych uczestników postępowania - głównie z uwagi na fakt koordynacji poprzednich projektów. Znała ona dokładne specyfikę zamówienia, zakres obowiązków jak również brała udział w szacowaniu wartości zamówienia. Ponadto, Odwołujący wskazali na uzasadnione wątpliwości dotyczące brania udziału Doroty Nerc w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołujących w celu dokładnego sprecyzowania potrzeb Zamawiającego, jak również w celu usprawnienia dotychczasowej współpracy w wybranym wykonawcą konieczne były konsultacje z Dorotą Nerc, która bezpośrednio nadzorowała i kontrolowała poprzedniego wykonawcę. Zatem wobec powyższego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest w pełni uzasadniony a Zamawiający nie wykluczając Doroty Nerc z postępowania dokonał naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W dniu 18 maja 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Doroty Nerc prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa „DoWo”, ul. Kołłątaja 42/2, 81-33 Gdynia (w zakresie zadania od 4 do 12).

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołań, wniesionych przez wykonawców: Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 80, 80-557 Gdańsk oraz Zakłady Wielobranżowe „Renoma” sp. z o.o., ul. 3-go Maja 67, 81-850 Sopot.

Ponadto wykonawca Zakłady Wielobranżowe „Renoma” sp. z o.o., ul. 3-go Maja 67, 81-850 Sopot pismem z dnia 29 maja 2012 r. sprostował odwołanie (sygn. akt KIO 1101/12), wskazując iż dotyczy ono wyłącznie części/zadań od 7 do 11.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: Dorota Nerc prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa „DoWo”, ul. Kołłątaja 42/2, 81-33 Gdynia.

Ponadto Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołujących (w zakresie zadań od 4 do 12) zgłosili przystąpienie wykonawcy: P.H. U. „VIP” s.c., ul. Wojewódzka 8, 81-437 Gdynia oraz wykonawca P.H. U. „GEM” s.c. ul. Wojewódzka 8, 81-437 Gdynia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy - Doroty Nerc prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa „DoWo”, ul. Kołłątaja 42/2, 81-33 Gdynia - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – wykonawca Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 80, 80-557 Gdańsk w części 12, zaś wykonawca Zakłady Wielobranżowe „Renoma” sp. z o.o., ul. 3-go Maja 67, 81-850 Sopot w częściach od 7 do 11.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce odpowiednio w dniu (w przypadku pani Doroty Nerc 30 maja 2012 r., zaś w przypadku wykonawców P.H. U. „VIP” s.c. oraz P.H. U. „GEM” s.c. 29 maja 2012 r.).

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 4 czerwca 2012 r. zgłosił przystąpienie wykonawca: Dorota Nerc prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa „DoWo”, ul. Kołłątaja 42/2, 81-33 Gdynia.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienie wykonawcy - Doroty Nerc prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa „DoWo”, ul. Kołłątaja 42/2, 81-33 Gdynia - po stronie Zamawiającego jest nieskuteczne, gdyż zgłosił on przystąpienie w dniu 4 czerwca 2012 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby), tj. w 5- dniu od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, co miało miejsce w dniu 30 maja 2012 r.

Zatem, wobec powyższego Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Doroty Nerc

prowadzącej działalność gospodarczą pod nawą Firma Handlowo Usługowa „DoWo”, ul. Kołłątaja 42/2, 81-33 Gdynia.

Ponadto Izba uwzględniła opozycję Zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawców: P.H. U. „VIP” s.c. oraz P.H. U. „GEM” s.c. Izba uznała, że Zamawiający uprawdopodobnił, że ww. wykonawcy nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili.

Izba przypomina, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje, winien być związany z sytuacją zgłaszającego przystąpienie w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś rozstrzygnięcie na korzyść strony do której wykonawca przystępuje wpływać na pozycję tegoż wykonawcy w postępowaniu. Izba zwróciła uwagę, iż wykonawcy P.H. U. „VIP” s.c. oraz P.H. U. „GEM” s.c. złożyli oferty jedynie w częściach: 2, 3, 4, 5, 6, 15, biorąc jednocześnie pod uwagę okoliczność, że Odwołujący Renoma wycofał się z zarzutów w zakresie zadania od 4 do 6, zatem oba odwołania dotyczyły łącznie części od 7 do 12. Nie ulega również wątpliwości, że zgłaszający przystąpienie na posiedzeniu z udziałem stron w istocie nie wskazali, na czym polega ich interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołujących KZU oraz Renoma poprzestając jedynie na ogólnikowym stwierdzeniu, iż mają interes w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. W żaden sposób nie odwołali się do sytuacji faktycznej niniejszego postępowania, pozycji złożonych przez siebie ofert ani zakresu zaskarżenia obu odwołań. Zatem, w ocenie Izby obaj wykonawcy nie wykazali na czym miałyby polegać ich interes w ubieganiu się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu, skoro w zakresie zadań o nr od 7 do 12 nie złożyli ofert a za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Doroty Nerc prowadzącej działalność gospodarczą pod nawą Firma Handlowo Usługowa „DoWo”, ul. Kołłątaja 42/2, 81-33 Gdynia.

Reasumując, zatem Izba nie potwierdziła również skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących wykonawców: P.H. U. „VIP” s.c. oraz P.H. U. „GEM” s.c. z uwagi na brak interesu w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron jak również zeznania świadka złożone podczas rozprawy, Izba uznała, iż oba odwołania należy uznać jako bezzasadne i nie zasługujące na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 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.) w niniejszym postępowaniu.

Okolicznością bezsporną stanowi, fakt że Pani Dorota Nerc prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa „DoWo”, złożyła ofertę w niniejszym postępowaniu, jak również w dniu składania ofert była pracownikiem Zamawiającego na stanowisku kontrolera sprzedaży biletów z kas fiskalnych.

Obaj Odwołujący (Odwołujący KZU oraz Renoma) próbowali wykazać, iż składając ofertę w niniejszym postępowaniu dopuściła się ona czynu nieuczciwej konkurencji w oparciu o art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższy zarzut nie zasługuje na uznanie.

Zgodnie z art. 3 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.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzenie w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym (ust. 2 art. 3 ww. ustawy).

Zatem, wobec powyższego, w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ustawodawca zawarł ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, zaś ust. 2 ww. przepisu zawiera przykładowe wyliczenia zachowań stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji, których konkretyzację można odnaleźć w dalszych przepisach niniejszej ustawy.

W ocenie składu orzekającego Izby nie zostały wypełnione przesłanki przywołanego powyżej przepisu, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający nie miał dostatecznych

podstaw do odrzucania oferty wykonawcy Firmy Handlowo Usługowej „DoWo” w oparciu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – nie zgadzając się z prezentowanym przez Odwołujących KZU oraz Renoma poglądem wyrażonym w odwołaniach - nie można utożsamiać rywalizacji przedsiębiorców - działających w celu uzyskania lepszej pozycji na rynku – z czynem nieuczciwej konkurencji. W takim wypadku każda próba „wejścia” na rynek i zaproponowania korzystniejszych warunków handlowych byłaby odczytywana jako czyn nieuczciwej konkurencji, co w ocenie Izby jest niedopuszczalne.

Zasadnym w tym miejscu wydaje się przywołanie wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu, Wydział X Gospodarczy Odwoławczy z dnia 16 lutego 2012 r., zgodnie z którym *„Współzawodnictwo gospodarcze polega przede wszystkim na tym, że przedsiębiorca stara się uzyskać jak największą korzyść gospodarczą, zajmując możliwie największą część rynku oraz zwiększając swoją efektywność w tym obszarze, co odbywa się zawsze kosztem konkurentów i stanowi dla nich właśnie utrudnienie wykonywania działalności na tym rynku”*.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie można – jak twierdzą obaj Odwołujący – poprzez „naśladownictwo” (w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) rozumieć założenia i prowadzenia działalności gospodarczej o tożsamym zakresie działalności, czy też chociażby zaproponowanie przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego korzystniejszych warunków realizacji, w tym np. proponowanych prowizji. Wykonawca, przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, musi jednocześnie liczyć się z mechanizmami rynku, w tym działaniami swojej konkurencji zmierzającej różnymi sposobami do zajęcia części rynku a następnie ugruntowania na nim swojej pozycji, co należy odczytywać jako współzawodnictwo gospodarcze nie zaś jako dopuszczenie się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała za stosowne przywołanie treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 kwietnia 2008 r., (sygn. akt I ACa 1467/07, LEX nr 516511), mającego odpowiednie zastosowanie na gruncie niniejszej sprawy, wedle którego: *„Wykorzystanie własnych pomysłów, a także doświadczeń zawodowych lub kontaktów towarzyskich w celu pozyskania klienteli, nie przesądza ipso iure o łamaniu klauzul generalnych, których powinien przestrzegać uczciwy kupiec. Wykorzystywanie przez pracownika we własnej działalności gospodarczej informacji, co do których pracodawca nie podjął działań niezbędnych w celu*

zachowania ich poufności, należy traktować jako wykorzystywanie wiedzy powszechnej, co do której przedsiębiorca nie ma żadnych ustawowych uprawnień”.

Ponadto - nie ulega wątpliwości, że – informacje dotyczące obrotów i prowizji wykonawcy realizującego tożsame zamówienie w poprzednich latach nie stanowią informacji, co do których Zamawiający podejmował działania niezbędne w celu zachowania ich poufności, zatem powyższe informacje były – w ocenie Izby - informacjami powszechnie dostępnymi, które można było uzyskać poprzez wgląd w dokumentację postępowania i jego późniejszej realizacji, czy chociażby poprzez weryfikację dokumentów dotyczących zdolności finansowej takiego wykonawcy (np. sprawozdań finansowych).

Należy pamiętać, że wykonawca, przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien liczyć się ze wszystkimi jego konsekwencjami, t.j. chociażby, że część z informacji – istotnych dla niego z subiektywnego punktu widzenia – ze względu na zasadę jawności zostanie udostępnionych innym osobom, podmiotom biorącym udział w prowadzeniu postępowania i późniejszej kontroli realizacji takiego zamówienia, co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym, gdyż Pani Dorota Nerc pracując u Zamawiającego zajmowała się kontrolą sprzedaży biletów.

Niewystarczające jest, wobec braku dowodów przeciwnych – subiektywne przekonanie Odwołujących – że powyższych informacji nie można było uzyskać powszechnie dostępną drogą, a zachowanie Pani Doroty Nerc – polegające na złożeniu korzystniejszej oferty z niższą prowizją – można jedynie zakwalifikować jako wykorzystanie zdobytego doświadczenia w celu uzyskania i ugruntowania swojej pozycji na rynku obejmującym swoim zakresem sprzedaż biletów.

Niewystarczającym również dowodem – w ocenie Izby – na poparcie stanowiska, iż w niniejszym postępowaniu dopuszczono się czynu nieuczciwej konkurencji są zestawienia biletów kartkowych, złożone przez Odwołującego KZU, potwierdzające jedynie, że kontrolę biletów u Zamawiającego przeprowadzała Pani Dorota Nerc, co w niniejszej sprawie jest bezsporne.

Dodatkowo, na marginesie, Izba zauważa, że Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie zaś w oparciu o ewentualne działania mające miejsce po jej złożeniu – na co również powoływali się obaj Odwołujący.

Skoro Odwołujący wywodzą, że „*przejęcie*” ich pracowników miało miejsce jeszcze

przed składaniem ofert w niniejszym postępowaniu, to powinni powyższe wykazać w toku postępowania odwoławczego. Ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

Izba dopuściła jako dowód w postaci zeznań świadka Pani Ewy Krawczykiewicz na okoliczność sposobu wykonywania czynności przez agentów oraz rodzaju czynności wykonywanych przez kontrolerów kasowych.

Odnosząc się do złożonych zeznań, Izba uznała, że były one jasne i spójne, Izba uznała za wykazane zeznaniami świadka, że Pani Dorota Nerc była kontrolerem kasowym, jak również fakt, że miała ona kontakt służbowy z pracownikami Wydziału Sprzedaży u Zamawiającego. Wykazane również zostało, że Pani Dorota Nerc prowadzi własną działalność gospodarczą oraz że złożyła ofertę w przedmiotowym postępowaniu bez wiedzy Zamawiającego. W ocenie Izby za pomocą tego dowodu Zamawiający wykazał także, iż badał złożoną ofertę w zakresie aspektu etyczności jej złożenia, w sytuacji gdy oferent jest jednocześnie pracownikiem Zamawiającego. Zeznania świadka świadczą o tym, że Zamawiający analizował zaistnienie w przedmiotowej sprawie przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż w świetle definicji przedstawionej przez Odwołujących analizował czy złożenie oferty nie narusza „*dobrych obyczajów*” a ewentualne wątpliwości Zamawiającego czy dopuszczono się w niniejszym postępowaniu naruszenia zasad uczciwej konkurencji, nie mogą przesądzać – będąc wyłączną podstawą – o odrzuceniu oferty wykonawcy Pani Doroty Nerc prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa „DoWo” w oparciu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Należy również pamiętać, że w związku z przyjętą regułą w ustawie Pzp, przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco, a Zamawiający nie może – odrzucając ofertę – opierać się na swoich przypuszczeniach, gdyż to na nim – w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty – spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości zamówienia publicznego. Ponadto ewentualne wątpliwości dotyczące kontroli realizacji przedmiotowego zamówienia nie mogą również przesądzać o popełnieniu w niniejszym postępowaniu przez

wykonawcę – Panią Dorotę Nerc – czynu nieuczciwej konkurencji, tym bardziej że z zeznań świadka wynika, iż w takim wypadku Pani Dorota Nerc realizując przedmiotowe zamówienie nie będzie mogła go później kontrolować.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby, popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji nie zostało udowodnione, a zgodnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawili. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

W zakresie zarzutu Odwołujących, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia Pani Doroty Nerc z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi, iż wykonywała ona bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, Izba uznała iż powyższy zarzut również nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, po drugie – ustalić, czy ten udział utrudnia uczciwą konkurencję.

Jednocześnie przypomnienia wymaga, iż celem ww. przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu

postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba ustaliła, że Pani Dorota Nerc nie wykonywała żadnych czynności bezpośrednio związanych z przygotowaniem niniejszego postępowania (nie sporządzała specyfikacji, czy też innych dokumentów dotyczących przygotowania niniejszego postępowania) a ewentualna jej wiedza dotycząca proponowanych w latach ubiegłych prowizji, nie stawiała jej w lepszej, uprzywilejowanej pozycji, gdyż trudno przewidzieć czy inni wykonawcy (w tym również Odwołujący KZU, realizujący wcześniej tożsame zamówienie) będą w stanie zaproponować korzystniejszą prowizję, a jeśli tak to o ile będzie ona korzystniejsza w stosunku do lat ubiegłych. Należy zauważyć, że również Odwołujący KZU mógł w niniejszym postępowaniu zaproponować korzystniejszą prowizję w porównaniu do lat ubiegłych, gdyż świadczył przedmiotowe zamówienie, a rozumując analogicznie jak Odwołujący – miał wiedzę dotyczącą proponowanych prowizji, - co mogło stawiać go w uprzywilejowanej sytuacji.

Ponadto Izba zauważa, że zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie podnosi się również, że ewentualny fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy, niezbędną przesłanką wykluczenia jest wpływ na konkurencyjność postępowania, co w niniejszym postępowaniu również nie zostało wykazane. W takich sytuacjach Zamawiający zobowiązany jest do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenia wskazanego zamówienia stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji (orzeczenie ETS C-21/03 C-34/03, w sprawie Fabricom S. A. przeciwko Belgii).

Zatem - odnosząc się do niniejszego stanu faktycznego - znajomość zaproponowanej w latach ubiegłych prowizji nie jest okolicznością, która zapewniła Pani Dorocie Nerc przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, w postaci chociażby możliwości szybszego i precyzyjniejszego przygotowania oferty.

Równocześnie Izba podkreśla, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem oraz w oparciu o art. 190 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zatem strony są zobowiązane do przedstawiania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą skutki prawne.

W następnej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Doroty Nerc prowadzącej działalność

gospodarczą pod nawą Firma Handlowo Usługowa „DoWo” z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uznała że powyższy zarzut również nie potwierdził się.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważa, iż katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Wystąpienie którejkolwiek z przesłanek obliguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jedną z przesłanek, mieszczącą się w powyższym katalogu, skutkującą wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące elementy: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie faktu złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, czy te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba przypomina, że złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w innych wypadkach wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie może doprowadzić do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych; t.j. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), wskazujący, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.

Dodatkowo odnosząc się do powyższego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy zauważyć, iż samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Prawo zamówień publicznych – co miało miejsce w odwołaniu złożonym przez Odwołującego Renoma - nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołują się wykonawca w związku z zachowaniem się Zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy

Zarzut powinien zostać zmaterializowany, t.j. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym Odwołujący Renoma powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony (w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania Zamawiającego) w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez Zamawiającego naruszony. Powyższe okoliczności powinny zostać przez Odwołującego w skazane w odwołaniu.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba uznała, iż nie zostało udowodnione naruszenie wskazanych przez Odwołujących przepisów ustawy Pzp., w tym w szczególności przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady bezstronności w niniejszym postępowaniu, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że powyższy zarzut nie został przez Odwołujących postawiony w złożonych w dniu 28 maja 2012 r. odwołaniach w niniejszej sprawie, a dopiero na rozprawie.

Odwołujący - uzasadniając naruszenie braku bezstronności członków komisji przetargowej – powołali się na generalną klauzulę zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odnoszącą się do zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest w ocenie Izby niewystarczające. Jak wskazano powyższej zarzut to określona okoliczność na którą powołuje się wykonawca w związku z zachowaniem się Zamawiającego, co w odwołaniach nie zostało w żaden sposób doprecyzowane. Odwołujący nie powołali się na podstawę prawną zawartą w art. 7 ust. 2 oraz art. 17 ustawy Pzp nie wskazując jednocześnie uzasadnienia faktycznego – poprzez wskazanie, poszczególnych osób, które w ocenie Odwołujących swoim zachowaniem mogły dopuścić się naruszenia zasady bezstronności i obiektywizmu.

Przypomnienia wymaga również, że co do zarzutów sformułowanych przez Odwołujących dopiero na rozprawie, nie mogą być one przedmiotem niniejszego rozpoznania, wobec związania Izby granicami zarzutów odwołań. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznała, że postawiony przez Odwołujących zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest zarzutem chybionym.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołujących nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarówno odwołania o sygn. akt KIO 1094/12 jak również odwołania o sygn. akt KIO 1101/12.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 2 b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....