

Sygn. akt KIO 1794/10

WYROK
z dnia 2 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 sierpnia 2010 r. przez **Wojas S.A., ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa,**

przy udziale wykonawców:

- **„CALLIDA” Sp. z o.o., ul. Lenartowicza 6/8, 42-208 Częstochowa,**
- **Marek Dewódzki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” Marek Dewódzki, ul. Kościelna 26, 42-244 Mstów,**
- **Leszek Rozpondek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.H. „R-BUT” Leszek Rozpondek, ul. Nowa 91, 42-242 Rędziny,**
- **PROTEKTOR S.A., ul. Kunickiego 20-24, 20-417 Lublin**
- **P.P.U.H. ARM-ex Andrzej Mruk Sp. j., Broniszew 71, 05-610 Goszczyn**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Wojas S.A., ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ i nakazuje:**

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Wojas S.A., ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ** tytułem wpisu od odwołania

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego w 2010 r. – 13 części zamówienia (koszulo-bluzy polowe, mundury polowe, trzewiki letnie, trzewiki zimowe, walizki)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 134-206021 w dniu 14 lipca 2010r. Zamawiający dokonał zmiany pierwotnej treści ogłoszenia, która została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 157-241922 w dniu 14 sierpnia 2010 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 10 sierpnia 2010 r.

Odwołujący, firma Wojas S.A. z siedzibą w Nowym Targu, wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w zakresie terminu wykonania zamówienia, który został wprowadzony w wyniku zmiany treści ogłoszenia i siwz w dniu 14 sierpnia 2010 r. Zamawiający dokonał zmiany, określonego pierwotnie w ogłoszeniu i siwz, terminu realizacji zamówienia z 30 listopada 2010 r. na termin 10 grudnia 2010 r. Jednocześnie zamawiający zmienił zakres (wielkość) zamówienia. Według oceny odwołującego, zakres zamówienia został zwiększony o 486% w odniesieniu do obuwia letniego (wzór 926/MON). Odwołanie dotyczy 6 części zamówienia (części nr 8-13) obejmujących dostawy trzewików letnich 926/MON – łącznie 82 475 par oraz dostawy trzewików zimowych 933/MON – łącznie 49 300 par, z terminem realizacji – 10 grudnia 2010r.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż biorąc pod uwagę ustalony w siwz i ogłoszeniu termin realizacji zamówienia oraz zamawiane ilości trzewików, zamówienie może być zrealizowane tylko przez jedną firmę w Polsce, dla której została specjalnie przygotowana niniejsza specyfikacja, tak aby uniemożliwić ubieganie się o zamówienie innym producentom obuwia. Jest to firma „Demar”, która już rozpoczęła faktyczną realizację zadania, nie czekając na zawarcie umowy.

Odwołujący wskazał, że ograniczenie liczby wykonawców prowadzi do możliwości zaoferowania przez ww. firmę bardzo wysokiej ceny, która w przypadku złożenia tylko jednej oferty, musi być przyjęta przez zamawiającego. Powyższe naraża Skarb Państwa na niewspółmierne koszty w stosunku do rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w taki sposób określił poziom referencji, aby wymusić na potencjalnych wykonawcach złożenie jedynie ofert częściowych lub tworzenie struktur złożonych z kilku wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w wyniku powyższego przepisów: art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp, art. 7 ustawy Pzp w związku z art. 6 i 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331) oraz ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), art. 32 Konstytucji RP, art. 415 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany terminu realizacji zamówienia uwzględniającego co najmniej 6 miesięczny okres wykonania zamówienia lub nakazanie unieważnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu wykonawca wyjaśnił, iż proces przygotowania produkcji może rozpocząć się po zakończeniu procedur związanych z postępowaniem przetargowym oraz po zawarciu umowy o zamówienie publiczne. W ramach przygotowania produkcji wykonawca musi sprowadzić skóry, o wymaganych przez zamawiającego parametrach. Proces garbarski trwa co najmniej 30 dni. Zgodnie z wymogiem zawartym w § 7 pkt 12 ppkt 7 siwz skóry podlegają badaniu w odpowiednim laboratorium, co trwa około 7-14 dni. Komplet badań w akredytowanym laboratorium dla obuwia letniego wynosi około 7-14 dni i około 5 tygodni dla obuwia zimowego. Odwołujący wskazał, że obecnie w Polsce jest jedno takie laboratorium, w którym czas oczekiwania na badanie wynosi najkrócej 3 miesiące. Ponadto, trzewiki wymagają wyprodukowania podeszew. W przypadku metody wtryskowej czas wykonania form wynosi min. 45 dni dla danego rodzaju obuwia.

Odwołujący obliczył, że czas niezbędny do wykonania zamówienia na trzewiki zimowe wynosi 118 dni roboczych. Przyjmując jako realny termin rozpoczęcia procesu produkcyjnego - 20 października 2010 r. oraz 6-dniowy tydzień pracy, wykonanie zamówienia może nastąpić dopiero w dniu 12 stycznia 2011 r.

W przypadku trzewików letnich czas na wykonanie zamówienia wynosi 146 dni roboczych. Przy rozpoczęciu produkcji w dniu 20 października 2010 r. zamówienie zostanie wykonane w dniu 28 lutego 2011 r.

Odwołujący podkreślił, że firma „Demar” nie czekając na zawarcie umowy o zamówienie prowadzi czynności zmierzające do wykonania zadania, ujawniając w ten sposób pewność zawarcia umowy. Wskazał, że ustanowienie w siwz tak krótkiego czasu wykonania zamówienia stanowi ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu i naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zauważył, iż udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego powinno umożliwiać udział w postępowaniu wszystkim zainteresowanym wykonawcom.

Ponadto, odwołujący zaznaczył, że przepis art. 6 i 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku i nadużywanie pozycji dominującej na rynku przez jednego lub kilku przedsiębiorców. W konsekwencji niedopuszczalne jest przygotowanie oferty z nadużyciem pozycji dominującej w celu wyeliminowania innych uczestników z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło 5 wykonawców: P.P.U.H. ARM-ex Andrzej Mruk sp. j.z siedzibą w Goszczynie, Protektor S.A. z siedzibą w Lublinie, P.P.H. R-BUT Leszek Rozpondek z siedzibą w Rędzinach, P.W. „Demar” Marek Dewódzki z siedzibą w Mstowie, „CALLIDA” Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie.

Wykonawca „CALLIDA” Sp. z o.o. stwierdził, iż na rynku polskim istnieje kilkanaście firm w kraju, łącznie z przystępującym, posiadających możliwości wykonania zamówienia, a należy brać pod uwagę także przedsiębiorców zagranicznych. Zdaniem przystępującego, odwołujący nie posiada zdolności techniczno-technologicznych umożliwiających samodzielne ubieganie się o zamówienie, dlatego potrzebuje więcej czasu, aby przygotować się do udziału w postępowaniu.

Wykonawca P.W. „DEMAR” Marek Dewódzki wskazał, że istnieje szereg podmiotów w kraju i za granicą, posiadających możliwości wykonania zamówienia w terminie określonym w siwz. Podkreślił, że wyliczenia przedstawione przez odwołującego dotyczą tylko firmy Wojas S.A. i nie mogą stanowić ogólnego wyznacznika. Ponadto, są to wyliczenia czysto hipotetyczne. Wykonawca wskazał, że istnieją laboratoria, które wymagane w siwz badania wzoru trzewika zimowego 933/MON oraz trzewika letniego 926/MON mogą wykonać w ciągu 7 dni, a nie w 5 tygodni, jak twierdzi odwołujący. Przystępujący zauważył, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W jego ocenie, zarzut, że firma „Demar” prowadzi czynności zmierzające do wykonania zamówienia nie czekając na wynik przetargu jest jedynie gołosłownym pomówieniem.

Wykonawca PPH „R-BUT” Leszek Rozpondek także potwierdził, że jest wielu wykonawców, którzy są zainteresowani tym zamówieniem (w tym przystępujący). Wskazał, że czas realizacji zamówienia zależy od zdolności technicznych i technologicznych wykonawcy. Według wiedzy przystępującego, firma Wojas S.A. posiada zatwierdzony przez WOBW SM wzór trzewika letniego 926/MON wraz z wymaganymi badaniami. Podobnie, zatwierdzone wzory posiada 6 wykonawców - producentów obuwia. Stwierdził, że nie ma konieczności tworzenia konsorcjum, gdyż są wykonawcy, którzy samodzielnie mogą ubiegać się o zamówienie. Przystępujący podniósł, że odwołujący aktualnie realizuje duże

zamówienie i nie posiada większych mocy przerobowych, dlatego wnosi o przedłużenie terminu wykonania zamówienia.

Protector S.A. zauważył, że twierdzenia odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami. Przetarg został podzielony na części, wobec czego firmy mogą samodzielnie lub w konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Wykonawca P.P.U.H. ARM-ex Andrzej Mruk Sp. j. także potwierdził w przystąpieniu, że na rynku polskim istnieje wiele firm zdolnych do wykonania tego zamówienia.

Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2010 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o nieuwzględnienie zarzutów i oddalenie odwołania.

Zamawiający zaprzeczył twierdzeniu jakoby był w zмовie z jednym z wykonawców. Podniósł, iż odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Są to twierdzenia nieprawdziwe i nieuzasadnione oraz godzą w bezstronność prowadzonego postępowania. Zgłoszone przystąpienia wykonawców po stronie zamawiającego świadczy, w ocenie zamawiającego, iż przedstawiciele branży obuwniczej (poza firmą Wojas S.A.) są przekonani o zgodności z prawem czynności zamawiającego, w tym postanowień siwz. Potwierdzają one także możliwość realizacji zamówienia w terminie określonym w specyfikacji. Zamawiający wyjaśnił, że wzory obuwia opisane Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną nr 933/MON i nr 926/MON powstały w wyniku konkursu przeprowadzonego wśród producentów obuwia (w tym odwołującego) na zlecenie Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej, w którym wybrano wzór opracowany przez P.W. „Demar” Marek Dewódzki. Podkreślił, że wzór nr 926/MON został zatwierdzony w dniu 25 stycznia 2007 r., a odwołujący posiada potwierdzoną przez WOBW SM dokumentację zakładową i wzór przedmiotu od 19 maja 2009 r. Wzór nr 933/MON został zatwierdzony w dniu 30 lipca 2009 r. Według informacji uzyskanych z WOBW SM trwa proces potwierdzania tego wzoru przez producentów obuwia (w tym przez odwołującego). Zamawiający stwierdził ponadto, że obliczony przez odwołującego czas potrzebny do przeprowadzenia postępowania i wykonania zamówienia jest niezgodny ze stanem faktycznym i prawnym. Obowiązująca procedura odwoławcza nie przewiduje protestu. Obliczenia niezbędnego czasu na wykonanie zamówienia mają charakter subiektywny, odnoszą się do możliwości produkcyjnych odwołującego i nie stanowią żadnego obiektywnego wyznacznika w tym względzie.

Zamawiający wyjaśnił, iż mając świadomość znacznego zakresu ilościowego zamówienia, dokonał jego podziału na części, w celu umożliwienia uczestnictwa w postępowaniu jak największej liczbie wykonawców o zróżnicowanym potencjale dostawczym (wytwórczym). Termin wykonania zamówienia został określony w taki sposób,

aby zamawiający nie naruszając przepisów ustawy o finansach publicznych zdołał dokonać zapłaty za zrealizowane dostawy do 31 grudnia 2010 r.

Zamawiający wskazał, że uprawnieniem zamawiającego jest określenie przedmiotu zamówienia oraz ustalenie warunków udziału w postępowaniu w sposób zapewniający sprawne przeprowadzenie postępowania i uzyskanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego wymogom zamawiającego w terminie przez niego pożądanym.

Zamawiający podkreślił, iż wykonawca nie musi być producentem, może być to każda osoba prawna lub jednostka organizacyjna, która wykona dostawy. Wykonawca nie musi posiadać odpowiedniego i pełnego parku maszynowego. Zamówienie jest skierowane zarówno do wykonawców krajowych jak i zagranicznych. Specyfikacja nie narzuca wykonawcom formy organizacyjnej w związku z ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła w pierwszej kolejności, że odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 39 ustawy Pzp, który stanowi, iż przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Brzmienie ww. przepisu nie uprawnia do twierdzenia, że warunki zamówienia, realizowanego w trybie przetargu nieograniczonego powinny umożliwiać samodzielne ubieganie się o zamówienie każdemu (jakimukolwiek) wykonawcy, który chciałby wziąć udział w postępowaniu. Przepis wskazuje natomiast, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego może brać udział nieograniczona liczba niezindywidualizowanych wykonawców. Złożenia ofert nie poprzedza wcześniejsza procedura kwalifikacyjna. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie, także w tym trybie, muszą jednak spełniać zarówno warunki udziału w postępowaniu, które określa zamawiający w sposób adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia, jak również muszą sprostać pozostałym wymogom zamówienia, które są określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym zakresie następuje więc pewne uzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców.

Podkreślić należy, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ustala istotne warunki zamówienia odpowiednio do własnych, obiektywnych i uzasadnionych potrzeb i celu prowadzonego postępowania. Jednym z istotnych warunków zamówienia jest termin jego wykonania. Jak wyjaśnił zamawiający, ogłaszając zamówienie miał on na uwadze rozliczenie jego realizacji w ramach budżetu za 2010 r., gdyż wykorzystanie posiadanych środków w roku następnym nie jest możliwe. Powyższe zostało potwierdzone w piśmie Ministra Finansów z dnia 17 sierpnia 2010 r., w którym zamawiający został poinformowany, że „nie przewiduje się wydania rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wydatków budżetu państwa, które nie wygasają z upływem roku budżetowego 2010.”

Zauważyć należy, że zamawiający prowadząc postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego nie ma obowiązku dostosowywania warunków zamówienia, w tym terminu realizacji świadczenia, do zdolności produkcyjnych każdego z przedsiębiorców, którzy produkują obuwie i chcieliby wziąć udział w postępowaniu. Nie można przecież wykluczyć sytuacji, że wskazany przez odwołującego czas 6 miesięcy na wykonanie zamówienia, odpowiadający odwołującemu, byłby jednak za krótki dla wielu innych producentów lub dostawców obuwia, którzy nie posiadają wystarczających zdolności produkcyjnych lub realizują w tym okresie inne zamówienia.

Na okoliczność zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia odwołujący przedstawił wywody o charakterze subiektywnym, odnoszące się do możliwości produkcyjnych własnej firmy. Nie przedstawił żadnych obiektywnych okoliczności, które potwierdzałyby, że w określonym przez zamawiającego czasie świadczenie w ogóle nie jest możliwe do wykonania. Jak wynika z wyjaśnień przystępujących wykonawców, czas produkcji jest przede wszystkim wypadkową potencjału technicznego i technologicznego firmy oraz umów zawartych z kooperantami. Korespondencja z dnia 23 sierpnia 2010 r. z Instytutu Badań i Certyfikacji s.a. w Zlin (Czechy) potwierdza, iż wymagane w siwz badania obuwia i materiałów oraz półproduktów mogą być wykonane w czasie znacznie krótszym niż wskazywał odwołujący. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego potwierdzili, iż posiadają odpowiednie możliwości do wykonania zamówienia i zamierzają ubiegać się o udzielenie zamówienia, co świadczy o tym, że przedmiot zamówienia może być zrealizowany w oznaczonym terminie. Sam fakt, że wszyscy wykonawcy z danej branży nie mogą ubiegać się o zamówienie we wszystkich częściach obejmujących dostawy trzewików letnich i zimowych nie przesądza o naruszeniu w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazać należy, że zamawiający podzielił zamówienie w zakresie obejmującym dostawę obuwia na 6 części, umożliwiając tym samym udział w postępowaniu większej liczbie wykonawców o różnym potencjale produkcyjnym. Warunki zamówienia, w tym termin

realizacji, dotyczy w takim samym stopniu wszystkich potencjalnych wykonawców. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawcy mogą brać udział w postępowaniu samodzielnie lub ubiegać się wspólnie o zamówienie - w ramach konsorcjum. Tworzenie konsorcjum jest prawem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Prawo do tworzenia konsorcjum i wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia ma właśnie na celu umożliwienie sprostania wymaganiom siwz i ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy nie posiadają odpowiedniego potencjału do samodzielnego złożenia oferty.

Izba uznała, że nie potwierdził się główny zarzut odwołania, dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ustawy Pzp w związku z art. 6 i 9 ustawy o ochronie konkurencji

i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331) oraz ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503), poprzez określenie czasu wykonania zamówienia w ten sposób, że tylko jedna firma w Polsce jest w stanie wykonać zamówienie w tak krótkim czasie oraz, że zamawiający przygotował siwz dla tej jednej firmy, uniemożliwiając jednocześnie udział innych wykonawców w postępowaniu.

W szczególności odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, iż zamawiający zawarł jakiegokolwiek „porozumienie” z wykonawcą P.W. „Demar” Marek Dewódzki w celu udzielenia mu przedmiotowego zamówienia. Izba uznała, że powyższe twierdzenia są gołosłowne.

Odwołujący nie wykazał także, że tylko ta jedna firma jest w stanie wykonać zamówienie w terminie określonym w siwz. Przeczą temu przede wszystkim oświadczenia wykonawców przystępujących do postępowania. Za wiarygodne Izba uznała także wyjaśnienia przystępującego P.W. „Demar” Marek Dewódzki, iż istnieją jeszcze inni wykonawcy zarówno w kraju, jak i za granicą, zdolni do terminowego zrealizowania świadczenia. Izba wzięła przy tym pod uwagę, iż odwołujący nie zaprzeczył powyższym twierdzeniom w toku postępowania. Odwołujący nie zaprzeczył także, iż wykonawcy, wskazani w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 3 sierpnia 2010 r. oraz z dnia 1 kwietnia 2010 r. - w innych postępowaniach prowadzonych przez Agencję Mienia Wojskowego na trzewiki letnie i zimowe według wzoru, określonego w siwz, którzy uzyskali w bieżącym roku wskazane zamówienia, posiadają możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Sam odwołujący przyznał w toku rozprawy wbrew swoim wcześniejszym twierdzeniom, iż takich wykonawców jest „może jeden lub dwóch”. Podkreślić należy, że stosownie do brzmienia art. 6 k.c. ciężar dowodu spoczywa w tym przypadku na odwołującym, jako na stronie, która twierdzi oraz ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne.

Izba zważyła ponadto, że nie jest władna orzekać w kwestii uznania „porozumienia” przedsiębiorców lub czynności będących przejawem nadużywania pozycji dominującej za praktyki ograniczające konkurencję. Stosownie bowiem do brzmienia przepisu art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, wydaje Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ww. ustawy lub art. 81 lub 82 Traktatu WE.

Rozstrzygnięcie natomiast w kwestii sankcji nieważności czynności prawnych będących przejawem nadużywania pozycji dominującej lub porozumień ograniczających konkurencję, zawartej w przepisach art. 6 ust. 2 oraz art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – władny jest wydać sąd cywilny (gospodarczy), rozpoznając sprawę w trybie art. 189 k.p.c. Sąd cywilny rozstrzyga również sprawy z zakresu ochrony konkurencji.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 32 Konstytucji RP, który stanowi w ust. 1, iż „wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne” oraz w ust. 2, że „nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny”, Izba uznała, że odwołujący w żadnym stopniu nie wykazał, że jest dyskryminowany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należy podkreślić, iż konstytucyjna zasada równości wobec prawa znajduje jednoznaczny wyraz w ustawie Prawo zamówień publicznych, w postaci obowiązku przestrzegania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak stwierdzono powyższej, zasada ta nie została naruszona przez zamawiającego w postępowaniu, w zakresie objętym zarzutem odwołującego.

Izba uznała, że bezzasadny jest także zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 415 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Przepis art. 415 k.c. stanowi, iż ten, kto ze swojej winy wyrządził drugiemu szkodę jest zobowiązany do jej naprawienia. Odwołujący nie wykazał w toku postępowania, iż została przez niego poniesiona jakakolwiek szkoda, na skutek działania zamawiającego dokonanego w sposób przez zamawiającego zawiniony. Odwołujący nie przedstawił stanu faktycznego uzasadniającego powyższy zarzut, ani też nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na jego poparcie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty odwołującego i oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz zgodnie z § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....