

Sygn. akt: KIO 1924/11

**WYROK**  
**z dnia 20 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2011 r. przez wykonawcę **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego, ul. Sikorskiego 32, 86-300 Grudziądz** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa, montaż i rozmieszczenie fabrycznie nowych mebli medycznych z podziałem na zadania (1-3)”

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oferty złożonej w ramach zadania nr 1 przez wykonawcę PROMED S.A. , jak również nakazuje dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**

**2. kosztami postępowania w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) obciąża Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego, ul. Sikorskiego 32, 86-300 Grudziądz i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) przez **Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego, ul. Sikorskiego 32, 86-300 Grudziądz** na rzecz wykonawcy **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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

**Przewodniczący:**

.....

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

### **do wyroku z dnia 20 września 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1924/11**

Zamawiający – Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego, ul. Sikorskiego 32, 86-300 Grudziądz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa, montaż i rozmieszczenie fabrycznie nowych mebli medycznych z podziałem na zadania (1-3)”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **28.07.2011 r.** Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 z 2011 r. pod pozycją 205349.

W dniu 01.09.2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp;

Na czynność odrzucenia oferty i w konsekwencji unieważnienia postępowania odwołanie w dniu 06.09.2011 r. złożył wykonawca PROMED S.A. wskazując na niezgodność z ustawą czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i wadliwego zastosowania art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 i art. 15 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu 1;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zadaniu 1;
- 3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu 1.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 1 września 2011 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o odrzuceniu wszystkich ofert złożonych w zadaniu 1, a w konsekwencji o unieważnieniu postępowania.

W stosunku do oferty Promed S.A. Zamawiający zarzucił, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający rzekomo na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Zamawiający wywiódł to z oświadczenia jakie otrzymał od firmy OMNES INTERNATIONAL - innego uczestnika postępowania. Zdaniem Odwołującego analizując uzasadnienie odrzucenia oferty Promed S.A. stwierdzić należy, że nastąpiło ono bezpodstawnie, a motywy jakie podnosi Zamawiający są niewystarczające aby pozbawić wykonawcę zamówienia publicznego.

Wskazał, że ze znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego dokumentów wynika niezbicie, że OMNES INTERNATIONAL nie miał możliwości złożenia oferty, a w razie jej przyjęcia - wykonania zamówienia. Wspomniany wykonawca nie jest producentem wózkówoszy, które zaoferował i aby je sprzedać Zamawiającemu najpierw sam musi je nabyć od przedstawiciela producenta w Polsce tj. firmy Stryker Polska Sp. z o.o. Zamawiający został o tym poinformowany przez Odwołującego już w dniu 8 sierpnia 2011 r., kiedy to otrzymał notatkę służbową Promed S.A. wskazującą na powyższą okoliczność. Znamienne jest również, że firma OMNES INTERNATIONAL nie załączyła wymaganych dokumentów stwierdzających dopuszczenie oferowanego przedmiotu zamówienia do obrotu i używania w Polsce (wszak zasadą jest, że wymagane dokumenty należy posiadać w dniu składania ofert, jeśli od tego warunkowany jest udział w postępowaniu), a zamiast nich złożyła nie podpisane przez nikogo oświadczenie firmy Stryker - nie wiadomo jakiego postępowania dotyczące, ani do jakiego sprzętu się odnoszące (za brak wspomnianych dokumentów oraz ich nieuzupełnienie oferta OMNES INTERNATIONAL została, jak wskazał Odwołujący, słusznie odrzucona). Ponadto, z treści oświadczenia firmy Stryker z dnia 08.08.2011 r., przekazanego Zamawiającemu wynika, że Stryker Polska nie podpisywał oświadczenia które znalazło się w ofercie OMNES INTERNATIONAL, a wyłącznym dystrybutorem sprzętu Stryker jest Promed S.A.

Jak wskazał Odwołujący mając na uwadze powyższe fakty, odzwierciedlone w treści dokumentów, Zamawiający powinien był raczej powziąć poważną wątpliwość co do poczynąń wykonawcy OMNES INTERNATIONAL, który próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd, co do możliwości wykonania zamówienia, a niżeli dopatrywać się nieprawidłowości po stronie Odwołującego. Zdaniem Odwołującego wykonawca OMNES INTERNATIONAL zapewne wiedział, że oficjalnym dystrybutorem sprzętu Stryker w Polsce jest Promed S.A., ale liczył chyba że Odwołujący nie weźmie udziału w postępowaniu. Dlatego nie mając żadnych zapewnień, że zostaną mu sprzedane wózkówosze aby można je było dalej dostarczyć do Zamawiającego, ani nie mając podstawowych dokumentów dotyczących tych urządzeń i potwierdzających w ogóle możliwość ich oferowania w Polsce, OMNES INTERNATIONAL zaryzykował złożeniem oferty, licząc że może później uda mu się wynegocjować cokolwiek ze Stryker Polska Sp. z o.o.

W zaistniałych okolicznościach, w ocenie Odwołującego, nie może być mowy o nieuczciwej konkurencji po stronie Promed S.A. Odwołujący złożył Zamawiającemu kompletną, rzetelną i rzeczywistą ofertę, która w żaden sposób nie ograniczała ani nie utrudniała żadnemu innemu wykonawcy udziału w postępowaniu. Polityka rynkowa firmy Stryker Polska Spółka z o.o. jest niezależna od Odwołującego, który nie ma na nią żadnego wpływu. Odwołujący nie wymusza na Zamawiającym wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy (siebie), ani nie stworzył (bo nawet nie miał żadnych do tego instrumentów) warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru u określonego przedsiębiorcy. Odwołujący nie jest producentem zaoferowanego sprzętu, sam nabywa je wcześniej (albo uzyskuje ofertę sprzedaży) aby następnie móc zaoferować konkretnym zamawiającym. Odwołujący wskazał, że nie ma więc absolutnie żadnych narzędzi, przy użyciu których mógłby zachwiać konkurencją w niniejszym postępowaniu. Dlatego z odrzuceniem swojej oferty Odwołujący się nie zgadza i kwestionuje tę czynność jako niezgodną z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł jak na wstępie. Następnie wskazał, iż w sytuacji gdyby zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego potwierdził się (a tylko tą czynność można skarżyć ze względu na wartość zamówienia) wówczas unieważnienie postępowania jest bezprzedmiotowe, a tym samym nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania jest naturalną konsekwencją uwzględnienia zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie zadania nr 1 oferty złożonej przez Odwołującego – PROMED S.A. i w konsekwencji unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie zadania nr 1.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez wykonawcę PROMED S.A. oraz wykonawcę OMNES INTERNATIONAL Paweł Panufnik, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, zaś w przypadku uwzględnienia przedmiotowego odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PROMED S.A. złożona przez tego wykonawcę oferta będzie jedyną ofertą nie podlegającą odrzuceniu w zakresie zadania nr 1. Na powyższe ma również wpływ fakt, iż Odwołujący pismem z dnia 01.09.2011 r. na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp przedłużył termin związania ofertą o kolejne 30 dni, tj. do dnia 03.10.2011 r.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawców PROMED S.A. oraz OMNES INTERNATIONAL Paweł Panufnik, treści SIWZ wraz z załącznikami, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Za najistotniejsze Izba uznała dowody z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania w postaci notatki służbowej PROMED S.A. z dnia 08.08.2011 r., wezwania do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów skierowanego do wykonawcy OMNES INTERNATIONAL zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 23.08.2011 r., odpowiedzi wykonawcy OMNES INTERNATIONAL z dnia 24.08.2011 r. oraz pisma Zamawiającego z dnia 01.09.2011 r. zawierającego informację o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego i unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 1.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do powyższego zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest, zgodnie z rozdziałem III SIWZ, dostawa, montaż i rozmieszczenie fabrycznie nowych mebli medycznych z podziałem na zadania (1-3) opisanych w pkt IV SIWZ.

Po drugie Izba ustaliła, iż w niniejszym postępowaniu w zakresie zadania nr 1 oferty złożyło 3 wykonawców, w tym OMNES INTERNATIONAL Paweł Panufnik oraz PROMED S.A., którzy to wykonawcy zaoferowali w ramach przedmiotu zamówienia te same wózki Trauma Stretcher producenta Stryker.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Odwołujący w następstwie dokonania wglądu do oferty OMNES INTERNATIONAL przekazał Zamawiającemu notatkę służbową z dnia 08.08.2011 r., w której zostało wskazane na szereg nieprawidłowości w ofercie wykonawcy OMNES INTERNATIONAL Paweł Panufnik. Odwołujący wskazał m.in., iż brak jest w powyższej ofercie aktualnych dokumentów stwierdzających dopuszczenie oferowanego przedmiotu zamówienia do obrotu i do używania w Polsce, brak jest tłumaczeń dołączonych dokumentów, jak również nie sposób ustalić które z nich stanowią tłumaczenie, a które są odrębnymi dokumentami wystawionymi przez wykonawcę. Wskazał również na błędne wypełnienie formularza cenowego oraz na złożenie wraz z ofertą nie podpisanego oświadczenia na papierze firmowym Stryker Polska Spółka z o.o., którego treść, w ocenie Odwołującego, budzi uzasadnione wątpliwości, gdyż wykonawca OMNES INTERNATIONAL nie jest dystrybutorem wyrobów producenta Stryker w Polsce a umowę na wyłączną dystrybucję posiada tylko PROMED S.A.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 23.08.2011 r. wezwał wykonawcę OMNES INTERNATIONAL Paweł Panufnik do uzupełnienia dokumentów w zakresie aktualnych dokumentów stwierdzających dopuszczenie do obrotu i używania w Polsce zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 1 – wózkonosze. Wezwał również do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanych wózkonoszy Trauma Stretcher produkcji Stryker przy uwzględnieniu faktu, iż Stryker Polska Spółka z o.o. złożyła oświadczenie, iż nie składała oświadczenia zamieszczonego na str. 32 oferty OMNES INTERNATIONAL a wyłącznym dystrybutorem asortymentu firmy Stryker jest PROMED S.A. Zamawiający wskazał również, iż na str. 18-19 oferty OMNES INTERNATIONAL znajdują się foldery wózkonoszy Hill-Room.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca OMNES INTERNATIONAL w piśmie z dnia 24.08.2011 r. wskazał, że oferta na wózkonosze Trauma Stretcher produkcji

Stryker została złożona w oparciu o ofertę przesłaną przez firmę Stryker wraz z jej zapewnieniem w postaci oświadczenia, że są w posiadaniu i wyrażają gotowość przedłożenia na każde żądanie zamawiającego do chwili otwarcia ofert i przez okres trwania umowy aktualnych dokumentów dopuszczających do obrotu i używania asortyment objęty zamówieniem. Wykonawca w dalszej części wyjaśnień wskazał, iż przesłany przez Zamawiającego załącznik do pisma z dnia 23.08.2011 r. wskazuje, że firma Stryker nie podpisała oświadczenia, o którym mowa powyżej oraz informacja, że wyłącznym dystrybutorem firmy Stryker i jedyną firmą, która ma możliwość dostarczania wyspecyfikowanego sprzętu w ww. postępowaniu jest PROMED S.A. w świetle złożonych ofert oraz zaproponowanych w nich cen wypełnia, w ocenie OMNES INTERNATIONAL, znamiona czynu przewidzianego w art. 15 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 15 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkować powinno odrzuceniem oferty złożonej przez wykonawcę PROMED S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazał w dalszej części wyjaśnień wykonawca OMNES INTERNATIONAL takie postępowanie położy kres próbie ewentualnej możliwości „wpływania” na wynik przetargu zarówno przez wykonawcę PROMED S.A., jak również przez firmę Stryker, która po powzięciu informacji o fakcie uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu przez firmę PROMED S.A. z wyższą ceną ofertową, odmawia tańszemu wykonawcy, tj. OMNES INTERATIONAL przesłania wymaganych ustawą o wyrobach medycznych dokumentów, wbrew uprzednio złożonemu na piśmie oświadczeniu, dodatkowo wskazując, że w tym przypadku „droższy” wykonawca, jakim jest PROMED S.A. jest jego wyłącznym dystrybutorem i jako jedyny „ma możliwość” dostarczyć wózkonosze w przedmiotowym przetargu. Tym samym wykonawca OMNES INTERNATIONAL stwierdził, iż niemożliwe będzie dostarczenie żądanych przez Zamawiającego dokumentów przedmiotowych. W zakresie folderów znajdujących się na str. 18-19 oferty oświadczył, iż stanowią one jedynie materiał reklamowy i stąd nie powinien on stanowić przedmiotu oceny ze strony Zamawiającego, który może go pominąć na tym etapie postępowania.

Następnie ustalono, iż Zamawiający w zakresie zadania nr 1 odrzucił wszystkie złożone oferty, w tym w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę PROMED S.A. W uzasadnieniu powyższej czynności Zamawiający wskazał, iż w ramach tego zadania zostały złożone m.in. dwie oferty (OMNES INTERNATIONAL Paweł Panufnik oraz PROMED S.A.), w których zostały zaoferowane wózkonosze Trauma Stretcher produkcji Stryker. Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy OMNES INTERNATIONAL Paweł Panufnik wykonawca ten zaoferował ww. wózkonosze w oparciu o ofertę cenową i oświadczenie o gotowości do przedłożenia dokumentów

dopuszczających do obrotu i używania asortymentu objętego zamówieniem, które otrzymał pocztą elektroniczną od producenta Stryker w dniu 03.08.2011 r. Dokumenty te są przechowywane na serwerze pocztowym wykonawcy OMNES INTERNATIONAL, a komplet ich wydruków z poczty elektronicznej jest w dyspozycji Zamawiającego. Wykonawca ów, wezwany do uzupełnienia dokumentów stwierdzających dopuszczenie przedmiotu zamówienia do obrotu i używania w Polsce wyjaśnił, że nie jest w stanie tego uczynić, ponieważ w międzyczasie producent – firma Stryker złożyła oświadczenie, że w przedmiotowym postępowaniu wyłącznym dystrybutorem firmy Stryker i jedynym wykonawcą który ma możliwość dostarczenia wyspecyfikowanego sprzętu jest firma PROMED S.A., pomimo tego, że wcześniej producent złożył ofertę cenową oraz deklarację przedstawienia odpowiednich dokumentów wykonawcy OMNES INTERNATIONAL. Takie zachowanie jest czynem nieuczciwej konkurencji, polegającym na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez działania mające na celu wymuszanie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru u określonego przedsiębiorcy (patrz art. 3 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, iż przesłanką takiego zachowania było złożenie w przedmiotowym postępowaniu oferty nr 3 firmy PROMED S.A., a skutkiem miało być wymuszenie na Zamawiającym decyzji o wyborze tejże oferty z ceną kilkadziesiąt tysięcy złotych wyższą (tj. o 31%) od ceny na ten sam wyrób zaoferowanej w ofercie nr 1, złożonej przez wykonawcę OMNES INTERNATIONAL w tym samym postępowaniu. Zamawiający oświadczył, iż nie zgadza się na współuczestnictwo w tego nieuczciwych praktykach. Ponadto Zamawiający w powyższym piśmie poinformował, że przedmiotowe postępowanie w zakresie zadania nr 1 zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Na czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie w dniu 06.09.2011 r. złożył wykonawca PROMED S.A.

Izba, w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uznała zasadność argumentacji Odwołującego. Izba wydając wyrok uznała za istotne również wyjaśnienia złożone na etapie rozprawy przez Zamawiającego.

Na wstępie należy wskazać, że norma prawna wyrażona w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu bezwzględne odrzucenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi dojść na skutek złożenia przez wykonawcę oferty. Z powyższego wynika, iż to fakt złożenia oferty w postępowaniu musi powodować uzewnętrznienie czynu nieuczciwej konkurencji i z treści oferty musi wynikać przynajmniej domniemanie, iż z takim zamiarem wykonawca złożył w postępowaniu ofertę, tj. z zamiarem dokonania takiego czynu. Tym samym to elementy oświadczenia woli wyrażone w treści oferty muszą zawierać znamiona czynu, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Do takich elementów można zaliczyć w szczególności skład osobowy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i jego ewentualne skorelowanie z podmiotowym zakresem innej oferty złożonej w tym samym postępowaniu, cenę zaoferowaną przez wykonawcę składającego ofertę, wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorcy, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, jak również wprowadzające w błąd oznaczenia oferowanych towarów lub usług, naruszenie tajemnicy innego przedsiębiorcy. Zatem złożenie oferty należy w szczególności odnieść do definicji wskazanej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), jak również przykładowo wskazanych w art. 3 ust. 2 oraz w Rozdziale 2 ww. ustawy czynów, których dokonanie możliwe jest na skutek złożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty.

Dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji wskutek złożenia oferty może potwierdzać późniejsze działanie lub zaniechanie wykonawcy (np. brak złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny), jednakże nie można uznać, iż tylko i wyłącznie same działania mające swoje miejsce po złożeniu ofert i w oderwaniu od tej czynności mogą powodować wyczerpanie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Stałoby to bowiem w sprzeczności z wyrażoną pośrednio w instytucji odrzucenia oferty zasadą, iż sankcja odrzucenia oferty jest ściśle związana z okolicznościami, których ustalenie ma miejsce w wyniku analizy jej treści. Analiza systemowa przepisów odnoszących się do czynów nieuczciwej konkurencji, jak również literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, iż w ramach definicji wyrażonej w powyższym przepisie czynem nieuczciwej konkurencji jest każde działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym norma prawna wyrażona w powyższym przepisie jest bardzo pojemna i może ona obejmować niemalże każdego rodzaju czynności przedsięwzięte przez określone podmioty w dowolnej formie, miejscu i czasie. Norma prawna wyrażona w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ogranicza się jedynie do działania polegającego na złożeniu oferty. Hipoteza powyższej normy nie obejmuje tym samym innych, niż złożenie

oferty, czynności przedsięwziętych w toku postępowania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – nawet wówczas, jeżeli mają one związek z tym postępowaniem lub mogą mieć wpływ na jego przebieg.

Forma i sposób realizacji czynu nieuczciwej konkurencji jest bez znaczenia o ile jego dokonanie jest wynikiem złożenia przez wykonawcę oferty. To skutek czynności złożenia oferty musi dojść do wypełnienia znamion któregośkolwiek z czynów przykładowo wskazanych w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czyn taki może nie odpowiadać żadnemu z przykładowo wskazanych w powyższej ustawie, jednakże jego charakter winien odpowiadać definicji wyrażonej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

A *contrario* za wypełniające hipotezę normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie będzie można uznać działań podejmowanych przez wykonawców przed wszczęciem postępowania oraz po jego zakończeniu. Nie będzie można również uznać działań podejmowanych poza postępowaniem i w oderwaniu od czynności złożenia oferty. Tym samym nie sposób również uznać, iż jeżeli złożenie przez wykonawcę w postępowaniu oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji to dalsze jego działania, nawet pośrednio lub bezpośrednio mające wpływ na przebieg i wynik postępowania, mogą skutkować odrzuceniem oferty złożonej w postępowaniu.

Wynika to z faktu, iż instytucja odrzucenia oferty odnosi się bezpośrednio do niej samej i dotyczy z reguły bezpośrednio jej wad oraz związanych z jej złożeniem okoliczności. Jedynie przesłanka odrzucenia oferty wyrażona w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi tutaj wyjątek od tej reguły, jednakże jest ona wynikiem wykluczenia wykonawcy z postępowania i ma charakter wtórny i następczy do tej czynności. Odnośnie przesłanki wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jej znaczenie i rodzaj należy utożsamiać z przesłanką z art. 89 st. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż obie z tych przesłanek odnoszą się do tej samej instytucji, tj. poprawienia innych omyłek powodujących niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Także przesłanka odrzucenia oferty wyrażona w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się bezpośrednio do elementu oferty jakim jest cena i należy ją utożsamiać z przesłanką odrzucenia uregulowaną w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odmienne ustawodawca przewidział eliminację z udziału w postępowaniu w przypadkach, gdy działania takie nie są powiązane z samym faktem złożenia w postępowaniu oferty. W odniesieniu do niewłaściwych działań samego wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia lub jego właściwości podmiotowych ustawodawca eliminację takiego wykonawcy z postępowania przewidział w postaci wykluczenia z postępowania.

Tym samym regułą jest, iż instytucja odrzucenia oferty jest naturalną konsekwencją okoliczności związanych z jej złożeniem i dotyczy okoliczności ustalanych bezpośrednio w oparciu o jej treść.

Należy również wskazać na marginesie, iż ustawodawca celem eliminacji tzw. „zmów przetargowych” – noszących znamię czynu nieuczciwej konkurencji, przewidział w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp sankcję w postaci utraty wadium.

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dokonania czynu nieuczciwej konkurencji nie wiąże z faktem złożenia przez Odwołującego oferty. Naruszenia zasad, które stanowią przedmiot regulacji wyrażony w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający upatruje w działaniach wykonawcy dokonanych po terminie złożenia oferty i to na skutek powzięcia przez tego wykonawcę informacji o wykonawcach, którzy złożyli oferty i po analizie oferty konkurencyjnej. Wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty okoliczności mają swoje miejsce poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Choć mogą one wskazywać na dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji to jednak nie uprawniają one do odrzucenia oferty wykonawcy, gdyż ich źródłem nie jest złożona w postępowaniu oferta. Nie sposób również uznać, iż takie działanie Zamawiającego, tj. odrzucenie oferty Odwołującego, jest wynikiem nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego lub nieprawidłowego uzasadnienia dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Powyższe jest raczej wynikiem nieprawidłowego zastosowania normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do ustalonego stanu faktycznego.

Otóż jeżeli nawet doszło do dokonania w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to brak jest podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jeżeli dokonanie takiego czynu nie jest wynikiem złożenia przez tegoż wykonawcę oferty.

W przedmiotowym stanie faktycznym, co wynika jednoznacznie z wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku rozprawy, dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji Zamawiający nie wiąże z faktem złożenia przez Odwołującego oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Choć Zamawiający w uzasadnieniu decyzji odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, iż przesłanką czynu nieuczciwej konkurencji było złożenie w przedmiotowym postępowaniu oferty nr 3 firmy PROMED S.A. to jednak brak jest uzasadnienia dla takiego stanowiska Zamawiającego. Wszakże w toku rozprawy Zamawiający doprecyzował, iż: „(...) działania Odwołującego sprawiły, iż oferta wykonawcy OMNES INTERNATIONAL została odrzucona w niniejszym postępowaniu. W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego Zamawiający wskazuje, iż nie jest prawdą, że inni wykonawcy mogą oferować takie urządzenia, gdyż z przekazanej przez Odwołującego notatki wynika, że umowę na wyłączną dystrybucję posiada tylko PROMED S.A. Zamawiający otrzymał powyższą notatkę wówczas, gdy Odwołujący dowiedział się, iż w niniejszym postępowaniu ten sam

wyrób został zaoferowany przez innego wykonawcę. (...) Wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia oferty nie złożył dokumentów dotyczących zaoferowanych wyrobów, gdyż producent urządzeń wycofał się ze swojej oferty w wyniku interwencji Odwoływającego". Przedstawiona przez Zamawiającego korespondencja z wykonawcami PROMED S.A. oraz OMNES INTERNATIONAL zdaje się potwierdzać powyższe okoliczności. Tym samym wskazują one, iż samo złożenie przez Odwoływającego oferty nie było nakierowane na dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż dopiero powzięcie przez Odwoływającego informacji o treści oferty konkurencyjnej było przesłanką do podjęcia przez Odwoływającego określonych działań, które w konsekwencji doprowadzić mogły do odrzucenia oferty wykonawcy OMNES INTERNATIONAL. Należy również wskazać, iż to nie sama treść oferty Odwoływającego umożliwiła mu ewentualne uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ale braki w ofercie konkurencyjnej i ewentualny, jak twierdzi sam Zamawiający, wpływ Odwoływającego na możliwość konwalidacji tychże braków.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy, jak również okoliczności faktyczne wskazane za pomocą dowodów w postaci notatki służbowej PROMED S.A. z dnia 08.08.2011 r., wezwania wykonawcy OMNES INTERNATIONAL do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 23.08.2011 r. oraz odpowiedzi na powyższe zawartej w piśmie z dnia 24.08.2011 r. wskazują, iż do dokonania czynu nieuczciwej konkurencji mogło dojść poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i w oderwaniu od faktu złożenia przez Odwoływającego oferty. Wszakże to działanie, a w zasadzie zaniechanie podmiotu trzeciego (Stryker Polska Spółka z o.o.) doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy OMNES INTERNATIONAL. Tym samym nie sposób zarzucić Odwoływającemu, że już na etapie złożenia oferty miało miejsce dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji i tym samym nie sposób uznać, iż została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uprawniająca Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwoływającego.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Izba stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp brak było podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała również, iż doszło do naruszenia przez Zamawiającego na etapie postępowania art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie.

Izba stwierdziła ponadto, iż Odwoływający nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwoływający nie wykazał na czym polegać miało nierówne traktowanie wykonawców w ramach przedmiotowego postępowania. Nie wykazał również, iż Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie nie zapewnił zachowanie uczciwej

konkurencji. Nieuprawnione zastosowanie przez Zamawiającego wobec Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie przesądza o naruszeniu ww. zasad wyrażonych w powyższym przepisie. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba wskazuje, iż przedstawione przez Zamawiającego okoliczności związane z przedmiotowym postępowaniem mogą wskazywać na wypełnienie hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Mogą również wskazywać na dokonanie przez Odwołującego czynów, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy. Jednakże powyższe działania miały miejsce poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i choć mogły one mieć wpływ na jego przebieg i wynik to jednakże nie były one wynikiem złożenia w postępowaniu przez Odwołującego oferty i tym samym nie uprawniały Zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest podmiotem uprawnionym do kontroli działań przedsiębiorców i zgodności tychże działań z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nawet jeżeli przepisy ustawy Pzp do powyższej ustawy się odnoszą. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zawiera w tym zakresie szczególne uregulowania. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, tj. ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zamawiający winien rozważyć możliwość zawiadomienia powyższego organu o zaistniałych okolicznościach, w szczególności ze względu na fakt, iż wskutek sygnalizowanych w toku rozprawy praktyk został zmuszony do wyboru jako najkorzystniejszej oferty mniej korzystnej ekonomicznie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....

