Sygn. akt: KIO 1553/17 KIO 1555/17

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 27 lipca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Zakład Usług Budowlanych „BUDMEL" Z., K. Spółka Jawna** z siedzibą w Strykowie, Tymianka 64, 95-010 Stryków, **M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Drogowych „KAN-WO-BUD" M.W.** w Pabianicach przy ul. 20 Stycznia 82a, 95-200 Pabianice (sygn. akt KIO 1553/17);

B) w dniu 27 lipca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **E.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZINSBUD" Inżynieria Bezwykopowa E.Z.** w Pabianicach przy ul. Gruntowej 21, 95-200 Pabianice, **A.HAK Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Łodzi przy ul. Franciszka Plocka 7, 94-106 Łódź, **Przedsiębiorstwo Inżynierii** Środowiska **i Melioracji „EKOMEL" Spółka Akcyjna** z siedzibą w Poddębicach przy ul. Targowej 16/18, 99-200 Poddębice (sygn. akt KIO 1555/17);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Łodzi przy ul. Piotrkowskiej 190, 90-368 Łódź

orzeka:

1

A. Uwzględnia odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Zakład Usług Budowlanych „BUDMEL" Z., K. Spółka Jawna z siedzibą w Strykowie, M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Drogowych „KAN-WO-BUD" M.W. w Pabianicach i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność odrzucenia oferty tych wykonawców z dnia 17.07.2017 r. (sygn. akt KIO 1553/17);

B. Uwzględnia odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: E.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZINSBUD" Inżynieria Bezwykopowa E.Z. w Pabianicach, A.HAK Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska **i Melioracji „EKOMEL" S.A. z siedzibą w Poddębicach i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność odrzucenia oferty tych wykonawców z dnia 17.07.2017 r. (sygn. akt KIO 1555/17);**

2. Kosztami w sprawach postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego połączonych o sygn. akt KIO 1553/17 oraz sygn. akt KIO 1555/17 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40.000 zł 00 gr.** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Zakład Usług Budowlanych „BUDMEL" Z., K. Spółka Jawna z siedzibą w Strykowie, M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Drogowych „KAN-WO-BUD" M.W. w Pabianicach (sygn. akt KIO 1553/17), E.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZINSBUD" Inżynieria Bezwykopowa E.Z. w Pabianicach, A.HAK Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „EKOMEL" S.A. z siedzibą w Poddębicach (sygn. akt KIO 1555/17), tytułem

wpisów od odwołań;

2.2 zasądza od Zamawiającego – Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi na rzecz Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Zakład Usług Budowlanych „BUDMEL" Z., K. Spółka Jawna z siedzibą w Strykowie, M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Drogowych „KAN-WO-BUD" M.W. w Pabianicach (sygn. akt KIO 1553/17), E.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZINSBUD" Inżynieria Bezwykopowa E.Z. w Pabianicach, A.HAK Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „EKOMEL" S.A. z siedzibą w Poddębicach (sygn. akt KIO 1555/17) kwotę **47.200 zł 00 gr.** (słownie: czterdzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów stron poniesionych w związku z wpisami od odwołań oraz wynagrodzeniem pełnomocników, w tym:

2.2.1 na rzecz Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Zakład Usług Budowlanych „BUDMEL" Z., K. Spółka Jawna z siedzibą w Strykowie, M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Drogowych „KAN-WO-BUD" M.W. w Pabianicach (sygn. akt KIO 1553/17) kwotę **23.600 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

2.2.2 na rzecz Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: E.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ZINSBUD" Inżynieria Bezwykopowa E.Z. w Pabianicach, A.HAK Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „EKOMEL" S.A. z siedzibą w Poddębicach i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność odrzucenia oferty tych wykonawców z dnia 17.07.2017 r. (sygn. akt KIO 1555/17) kwotę **23.600 zł. 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi.**

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 1553/17 KIO 1555/17

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę kanału sanitarnego w zlewni kolektora V – etap I* (nr postępowania: BZU.AW.2291-8/17), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2017/S 089-175145 w dniu 10 maja 2017 r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zostały wniesione w dniu 27 lipca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Zakład Usług Budowlanych „BUDMEL" Z., K. Sp. j. z/s w Strykowie, Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Drogowych „KAN-WO-BUD" M.W. (sygn. akt KIO 1553/17), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - „ZINSBUD" Inżynieria Bezwykopowa E.Z., „A.HAK" Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z/s w Łodzi, Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „EKOMEL" S.A. z/s w Poddębicach (sygn. akt KIO 1555/17).

O czynnościach Zamawiającego Wykonawcy zostali poinformowani w dniu 17 lipca 2017 r. w informacji o odrzuceniu ofert, jako stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji.

I. Sygn. akt KIO 1553/17

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1553/17 Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Zakład Usług Budowlanych „BUDMEL" Z., K. Sp. j. z siedzibą w Strykowie, Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Drogowych „KAN-WO-BUD" M.W. (dalej jako Odwołujący/Konsorcjum) zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów Ustawy czynności:

1) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji
2) uniemożliwienia udziału w kolejnym etapie postępowania – aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że złożona przez Konsorcjum oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dopuszczenie jego oferty do drugiego etapu postępowania – aukcji elektronicznej.

Odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp Zamawiający uznał, iż doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2017 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w oparciu o domniemania, jakie oparł na dwóch przesłankach:
- oferty nr 1 i 2 opiewają na tę samą kwotę całkowitą, jak również zawierają identyczne ceny za poszczególne zadania
- formularze cenowe w ofertach (sporządzone według wzoru przygotowanego przez Zamawiającego) wydają się być wydrukowane na tym samym urządzeniu, na co wskazywać mogą pogrubienia tekstu znajdujące się w tych samych miejscach".
Ponieważ uzasadnienie prawne nie zawiera żadnych konkretnych zarzutów i argumentów, odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Co prawda, z powołanych przez Zamawiającego wyroków KIO wynika możliwość powzięcia podejrzenia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, jednak nie dotyczą one postępowań wieloetapowych. Podkreślić należy, że powyższe postępowanie nie kończy się złożeniem ostatecznych ofert lecz przewiduje aukcję elektroniczną, która kształtuje ostatecznie cenę oferty. Nawet, jeśli przygotowane oferty są cenowo tożsame, co może wynikać ze znajomości przedmiotu zamówienia, zbliżonych kosztów realizacji czy wreszcie znajomości taktyki składania ofert w takim postępowaniu przez konkurentów, to i tak nie prowadzi to do zachwiania konkurencji, gdyż mamy do czynienia z dogrywką w postaci aukcji elektronicznej, w której wygra oferta najniższa cenowo. Firmy składające oferty w przedmiotowym postępowaniu wielokrotnie składały oferty dla Zamawiającego samodzielnie lub jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w różnych składach w konsorcjów. Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy tylko dlatego, że zmienił się skład konsorcjum firm składających ofertę w innym postępowaniu i jest on niezgodny z przewidywaniami Zamawiającego. Często kontynuowanie współpracy jest niemożliwe i niepożądane przez strony.
Wyciąganie tak daleko idących wniosków prowadzących do odrzucenia ofert Wykonawców przed aukcją elektroniczną narusza te zasady.
Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał stanowisko wyrażone w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy.

II. Sygn. akt KIO 1555/17

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1553/17 Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: „ZINSBUD" Inżynieria Bezwykopowa E.Z., „A.HAK" Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Inżynierii

Środowiska i Melioracji „EKOMEL" S.A. z/s w Poddębicach (dalej jako Odwołujący/Konsorcjum A.HAK) zarzucił Zamawiającemu dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, które doprowadziły do nieprawidłowego uznania, że oferta złożona przez Konsorcjum A.HAK podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że złożona przez Odwołującego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum A.HAK.
W uzasadnieniu zarzutów stawianych Zamawiającemu Odwołujący wskazał na podstawę decyzji Zamawiającego, w której ten odnosił się do przypuszczenia wynikającego z tego, że *formularze cenowe w ofertach (sporządzone według wzoru przygotowanego przez Zamawiającego) wydają się być wydrukowane na tym samym urządzeniu,* a także z ustalenia, że we wcześniejszym postępowaniu członkowie dwóch konsorcjów, których oferty zostały odrzucone złożyli wspólną ofertę. Według Zamawiającego taki kształt konsorcjów mógł mieć na celu manipulowanie ceną, by nie doszło w przypadku przekroczenia środków jakimi dysponuje do unieważnienia kolejnego postępowania. Powyższe stanowi jedynie przypuszczenia Zamawiającego, nie poparte żadnymi dowodami i nie może być wystarczającym argumentem do postawienia wykonawcy zarzutu o tak daleko idących skutkach. Zamawiający powinien dokładnie przeanalizować i ustalić, na czym polega działanie wykonawcy, a także sprawdzić, czy można jej przypisać, do któregoś z deliktów zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępując do przetargu wykonawca nie wie ile ofert zostanie złożonych ponieważ nie jest monopolistą na rynku. Zamawiający nie może stawiać zarzutu zmowy przetargowej w przypadku, gdy w danym postępowaniu ofertę złoży tylko jeden lub dwóch wykonawców.
Dodatkowo, odrzucenie ofert konkurencyjnych bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej umożliwił wybór oferty bez przeprowadzenia tego etapu postępowania i doprowadził do zachwiania zasady konkurencyjności pomiędzy znanymi Zamawiającemu firmami, które wcześniej samodzielnie lub w innych składach konsorcjum składały oferty.
Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał stanowisko wyrażone w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy.

Stanowisko Izby
Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą".
Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy w kopii poświadczonej za zgodność przez Zamawiającego, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz), protokół wraz z załącznikami, w tym oferty obu Odwołujących.

Izba ustaliła i zważyła.
Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie sektorowe o wartości powyżej kwot wynikających z przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy, w którym przewidział zastosowanie aukcji elektronicznej (rozdział 2 pkt 6 siwz). Postępowanie prowadzone jest pod nazwą *Budowa kanału sanitarnego w zlewni kolektora V – etap I* i obejmuje dziewięć zadań, na które należało złożyć ofertę (Zamawiający nie dopuściła złożenia ofert częściowych). W formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1a do siwz Zamawiający wymagał podania ceny brutto na poszczególne zadania oraz wartość całkowitą brutto, którą należało przenieść do pkt 4 formularza oferty.
W obu odrzuconych ofertach złożone formularze cenowe miały identyczną treść, tj. wycenę prac oraz wygląd graficzny (wydruk), opatrzone zostały datą złożenia ofert, tj. 19.06.2017 r. i podpisane przez umocowanych pełnomocników.
Zamawiający w pismach z dnia 17.07.2017 r. poinformował Odwołujących o odrzuceniu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, których złożenie stanowić ma czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał na podobieństwo obu ofert, które opiewają na taką samą kwotę całkowitą i zawierają identyczne wyceny wszystkich dziewięciu zadań. Ponadto, *formularze cenowe w ofertach (sporządzone według wzoru przygotowanego przez Zamawiającego) wydają się być wydrukowane na tym samym*

urządzeniu, na co wskazywać mogą pogrubienia tekstu znajdujące się dokładnie w tych samych miejscach. Zdaniem Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu doszło do zmowy przetargowej pomiędzy Wykonawcami, którzy złożyli oferty nr 1 i 2 w zakresie ceny oferty, a tym samym naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zamawiający oparł się na domniemaniu faktycznym (art. 231 k.p.c.) i stwierdził naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję – zakazu

porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego ofert, w organizatorem przetargu warunków składanych szczególności zakresu pracy i ceny, określanych mianem „zmowy przetargowej". *W przedmiotowej sprawie złożenie identycznych co do ceny w 9 zadaniach ofert przez wykonawców, którzy występują jako konsorcjum, jest mało prawdopodobne i stanowi w ocenie Zamawiającego podstawę domniemania, iż doszło do porozumienia co do kwot.* Zamawiający odwołał się również do przebiegu innych postępowań, w których Wykonawcy startowali w niemal identycznym składzie jako jedno konsorcjum, gdzie złożona była tylko jedna oferta znacząco przekraczająca środki, co doprowadziło do unieważnienia dwóch postępowań. *Podział 5-podmiotowego konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu na dwa konsorcja mógł mieć na celu umożliwienie manipulowania ceną tak, by nie doszło do unieważnienia postępowania z powodu przekroczenia kwoty jaką dysponuje Zamawiający. Możliwość taka wynika z faktu stosowania przez Zamawiającego aukcji elektronicznej (jako swoistej dogrywki) w sytuacji, gdy w postępowaniu są dwie ważne, niepodlegające odrzuceniu oferty. Firma Dextrol, która wzięła udział w przetargu od dłuższego czasu nie składała ofert, wobec czego startujący w tym postępowaniu, połączeni w konsorcja Wykonawcy mogli liczyć na brak jakiejkolwiek konkurencji podczas aukcji.*
W świetle tych okoliczności Zamawiający powziął decyzję o odrzuceniu obu ofert.
W postępowaniu złożone zostały trzy oferty, Zamawiający odrzucił dwie oferty i nie prowadził aukcji elektronicznej i powstrzymał od dalszych czynności w związku z odwołaniami.
Uwzględniając powyższe Izba zważyła.
Oba odwołania zasługują na uwzględnienie.
Z uwagi na zbieżność stanu faktycznego oraz kwalifikacji prawnej działania obu Odwołujących, jako „zmowy przetargowej" określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy OchrKonKU, które doprowadziły do odrzucenia ofert Odwołujących, stanowisko Izby odnosi się wspólnie do obu uwzględnionych odwołań.
Zarzuty Odwołujących sprowadzają się do podważenia prawidłowości oceny stanu faktycznego, który zasadniczo nie budził sporu oraz jego kwalifikacji, jako zmowy przetargowej. Niesporną była treść formularzy cenowych, które były identyczne. Odwołujący złożyli w trakcie rozprawy wyjaśnienia, w których odnosili się do przyczyn złożenia ofert z identyczną wyceną prac, co było wynikiem pierwotnego założenia złożenia oferty wspólnej, co najmniej w składzie dwóch podmiotów, które ostatecznie założyły odrębne konsorcja, w których pełnią rolę liderów. Wykonawcy przyznali zatem, iż przed złożeniem ofert w

postępowaniu odbyli spotkanie, w trakcie którego przedstawiona została wycena prac przygotowana przez Budmel, którą następnie przyjęto w złożonych ofertach. Ponieważ przedsiębiorcy nie porozumieli się co do roli, jaką mieli pełnić w ramach konsorcjum (lidera) ostatecznie w postępowaniu złożyli odrębne oferty.
Uwzględniając odwołanie Izba miała na uwadze przesłanki ustawowe konieczne do uznania, iż w postępowaniu miało dojść do porozumienia zabronionego przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – art. 6 ust. 1 pkt 7 OchkonKU. Do stwierdzenia dopuszczenia się zabronionego porozumienia koniecznym było dokonanie oceny działania przedsiębiorców z punktu widzenia możliwości wywołania negatywnych skutków dla mechanizmów konkurencyjnych, które mogą wpływać na zachwianie konkurencji na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia. Interes publiczny, którego ochronie służyć ma zakaz zawierania porozumień, o których mowa w ustawie, polegać ma na zapewnieniu właściwych

warunków funkcjonowania rynku zamówień publicznych (wyrok SN. Z 26.4.2004 r., III SK 1/04). W postępowaniach przetargowych porozumienia mogą dotyczyć przede wszystkim tych elementów, które decydować mają o wskazaniu oferty najkorzystniejszej, co najczęściej będzie dotyczyć ceny ofertowej i braku jej ustalenia w warunkach normalnej konkurencji. *Istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez* świadome *wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności, co do przebiegów procesów rynkowych i warunków działania konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła* świadoma *koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji* (wyrok SA w Warszawie z 5.10.2005 r., VI ACa 1146/04). Antykonkurencyjność danego porozumienia nie wynika z samego jego zawarcia, lecz z udowodnienia antykonkurencyjnego celu lub skutku.
Przenosząc powyższe na stan faktyczny, w jakim Zamawiający dokonywał oceny zachowań przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu, Izba uznała, iż samo ustalenie możliwości działania w porozumieniu pomiędzy podmiotami, na które wskazywać ma identyczna wycena ofert, nie było jeszcze wystarczające do stwierdzenia zawiązania niedozwolonego porozumienia, którego skutkiem miło być naruszenie konkurencji na rynku robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia.
Zamawiający wiązał skutek porozumienia z dążeniem podmiotów do tego, aby postępowanie nie zostało unieważnione na tej podstawie, że wysokość ceny przekroczyłaby środki jakimi

dysponuje Zamawiający, co miałoby nastąpić poprzez składanie postąpień w aukcji elektronicznej.
W ocenie Izby, już samo stwierdzenie, że podmioty działały w porozumieniu składając identyczne cenowo oferty może budzić wątpliwości, nie tylko w kontekście wyjaśnień złożonych na rozprawie, ale także celowości takiego działania, jako skutecznej metody wpływania na wynik postępowania. Przede wszystkim, możliwość złożenia ofert z taką samą ceną została w Ustawie przewidziana i na ten wypadek, ustawodawca stworzył mechanizm mający doprowadzić do ustalenia nowej ceny w drodze złożenia ofert dodatkowych (art. 91 ust. 5 Ustawy). Tym samym złożenie ofert z taką samą ceną nie stanowi żadnej skutecznej metody wpływania na decyzje Zamawiającego. Przeciwnie, nie znajduje racjonalnego uzasadnienia, gdyż w sposób naturalny może uzasadniać podejrzenie co do braku autonomii wyceny prac przez podmioty składające oferty w przetargu publicznym. Bardziej przekonującym jest to, iż działając w zmowie przetargowej przedsiębiorcy będą stwarzali wrażenie konkurowania o zamówienie, co wymagałoby złożenia niższych cen lub zaoferowania korzystniejszych warunków Zamawiającemu. W mniejszej sprawie Zamawiający zakwalifikował działania wykonawców do porozumień przetargowych, tzw. zmowy przetargowej, co wymagało wykazania, iż działania podmiotów polegające na uzgodnieniu ceny mogły wpływać na mechanizm konkurencyjny, który wymaga ochrony z punktu widzenia ochrony interesu publicznego.
W ocenie Izby, do takie wniosku nie prowadziły okoliczności dotyczące przedmiotowego postępowania. Przede wszystkim samo przyjęcie, iż ceny ofert wstępnych składanych w postępowaniu, w którym przewidziano aukcję elektroniczną miały na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, stanowiło daleko idący wniosek. Przyjmując, iż przedsiębiorcy przygotowując oferty w ramach odrębnych konsorcjów mogli przygotować ze świadomością podobieństwa wyceny (pierwotnie mieli zamiar złożyć ofertę wspólną i odbywali spotkania mające na celu przygotowanie oferty dla Zamawiającego), to samo to ustalenie, nie jest wystarczającym do stwierdzenia, iż takie działanie miało na celu naruszenie konkurencyjności złożonych ofert. Nie można bowiem pomijać tego, że w przypadku co najmniej dwóch ważnych ofert, Zamawiający zobowiązany byłby do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w trakcie której dopiero miałoby dojść do ustalenia ceny. Przypuszczenie Zamawiającego, iż podmioty te mogły zakładać brak konkurencji w postępowaniu weryfikuje negatywnie stan faktyczny, gdyż w postępowaniu ofertę złożył jeszcze jedne podmiot. Również prezentowane zestawienia postępowań, jakie prowadził Zamawiający w tym roku wskazują na zainteresowanie wielu innych podmiotów. Tym samym

nieprawidłowym był wniosek Zamawiającego, iż podmioty mogłyby manipulować wynikami aukcji elektronicznej, skoro udział w niej brałby jeszcze jeden podmiot, który nie działał w porozumieniu. Ponadto, nie można zapominać, że wnioski Zamawiającego dotyczyły

hipotetycznego wpływania na wynik aukcji, która faktycznie się nie odbyła, a zatem nie jest możliwym zweryfikowania podejrzenia Zamawiającego. Skoro Zamawiający nie wykazał, iż złożenie ofert „wstępnych" (w postępowaniu w którym przewidziano aukcję elektroniczną) mogło wpływać na wynik aukcji (która się faktycznie nie odbyła), to wnioskowanie oparte wyłącznie na ustaleniu, iż mogło dojść do porozumienia pomiędzy podmiotami składającymi oferty w postępowaniu, nie było wystarczające do uznania, iż działania tych podmiotów mogły wpływać na konkurencję w postępowaniu.
Sąd Najwyższy w wyroku z 24.7.2003 r. (I CKN 496/01) uznał, że pojęcia „dotknięcie skutkami działań sprzecznych z ustawą antymonopolową, nie można rozumieć w sposób wąski i mechaniczny jako tylko bezpośredniego pokrzywdzenia kontrahenta lub konkurentów przedsiębiorcy dopuszczającego się praktyki ograniczającej konkurencję lub innych uczestników rynku. Trzeba tu oceniać całość negatywnych skutków działań monopolisty na określonym rynku (rynek relewantny), kierują się ogólnymi celami ustawy antymonopolowej".
W ocenie Izby, na podstawie ofert wstępnych nie było możliwe ustalenie, że działania tych podmiotów, gdyby doszło do aukcji elektronicznej byłyby sztuczne dyktowane porozumieniem mającym na celu naruszenie konkurencji na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia. Brak jest jakiegokolwiek związku pomiędzy złożeniem ofert wstępnych, a możliwością złożenia ofert przez innych uczestników rynku, a zatem nie można stwierdzić, aby działania Odwołujących zmierzały do wpływania na wynik postępowania. W ocenie Izby Zamawiający w sposób pochopny dokonał oceny okoliczności faktycznej, wywodząc daleko idące wnioski o zmowie przetargowej mającej skutek antykonkurencyjny. Podejmując decyzję o odrzuceniu ofert Zamawiający musiał liczyć się z ciężarem wykazania spełnienia przesłanek „zmowy przetargowej", a rezygnując z możliwości uzyskania wcześniej wyjaśnień od wykonawców, pozbawił się możliwości poznania szerszego obrazu sytuacji, która doprowadziła do złożenia identycznych wycen.
Izba uznała, iż wyjaśnienia wykonawców zasługują na uwzględnienie i na ich podstawie możliwe było przyjęcie, iż złożenie ofert nie było podyktowane porozumieniem naruszającym zasady uczciwej konkurencji. W momencie podjęcia decyzji o odrzuceniu ofert, nie było możliwym ustalenie, czy Odwołujący uczestniczyliby w aukcji elektronicznej, realnie konkurując o zamówienie. Sam cel aukcji, jakim ma być obniżenie wyceny prezentowanej w ofertach wstępnych, wynika wprost z istoty aukcji i nie może być w sposób automatyczny utożsamiany, z działaniem mającym wpływać na wynik postępowania. Jak wskazano powyżej w postępowaniu ofertę złożył również trzeci podmiot, z udziałem którego miałaby odbyć się aukcja. Co istotne, złożenie ofert przez Odwołujących w kształcie budzącym zastrzeżenia Zamawiającego, w żaden sposób nie można odnieść do decyzji o złożeniu oferty przez inny podmiot, czy też wyników ewentualnej aukcji. Decyzja Zamawiającego, aby odrzucić obie oferty doprowadziła natomiast do tego, że oferta wstępna podmiotu trzeciego

(której wysokość mogła ulec zmianie w trakcie aukcji) pozostała na tym samym poziomie i paradoksalnie w postępowaniu doszło do ograniczenia mechanizmów sprzyjających ukształtowaniu korzystnej dla Zamawiającego ceny w ramach realnej konkurencji pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o zamówienie.
Jakkolwiek, stwierdzenie identyczności ceny mogło uzasadniać podejrzenie działania w porozumieniu, to w okolicznościach towarzyszących składaniu ofert w tym postępowaniu (w tym zastrzeżenia aukcji elektronicznej), stwierdzenie zmowy przetargowej nie było możliwe bez wykazania celu antykonkurencyjnego. Nie można wykluczyć, iż podmioty dopuszczone do aukcji elektronicznej będą rzeczywiście ze sobą konkurowały składając postąpienia prowadzące do obniżenia wstępnych wycen i ustalenia ostatecznej ceny.

W świetle powyższego oba odwołania zasługiwały na uwzględnienie.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 6 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. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, a także koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołujących w obu sprawach w wysokości ustalonej na podstawie rachunków złożonych przez zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……...

……....