

WYROK
z dnia 12 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **24 grudnia 2015 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Remondis Szczecin Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno-Handlowo-Gastro-nomiczny Jumar J. M., EKO-FIUK Sp. z o.o., ul. Janiny Smoleńskiej ps. „Jachna”, 35, 71-005 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie, ul. Narciarska 57, 74-500 Chojna,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK Spółka komandytowa, Spółka Związku Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie, Chojnica 2, 78-650 Mirosławie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Remondis Szczecin Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno-Handlowo-Gastronomiczny Jumar J. M., EKO-FIUK Sp. z o.o., ul. Janiny Smoleńskiej ps. „Jachna”, 35, 71-005 Szczecin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Remondis Szczecin Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno-Handlowo-Gastronomiczny Jumar J. M., EKO-FIUK Sp. z o.o., ul. Janiny Smoleńskiej ps. „Jachna”, 35, 71-005 Szczecin**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Remondis Szczecin Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno-Handlowo-Gastronomiczny Jumar J. M., EKO-FIUK Sp. z o.o., ul. Janiny Smoleńskiej ps. „Jachna”, 35, 71-005 Szczecin** na rzecz zamawiającego **Związek Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie, ul. Narciarska 57, 74-500 Chojna** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Zamawiający Związek Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie, ul. Narciarska 57, 74-500 Chojna wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gmin położonych na terenie Związku Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie« (dalej: „Przetarg”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **09.09.2016 r.** pod nrem **2015/S199-361711** i **10.11.2015 r.** pod nrem **2015/S 217-396015**. Numer ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: **2015/S 240-435878**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **16.12.2015 r.** o wyborze we wszystkich 12 częściach zamówienia najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: (1) Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego EKO-FIUK Spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy i (2) Spółki Gmin Dolnej Odry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chojnie (dalej jako „Konsorcjum”).

Wykonawca SA, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **24.12.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** przez wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum, bo jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3

-
- 3) **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** przez nieunieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie **zamawiającemu** unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie Przetargu, a także
- 2) zasądzenia od **zamawiającego** kosztów postępowania odwoławczego.

Argumentacja **odwołującego**

12.10.2015 r., a więc w trakcie postępowania, **zamawiający** działając wspólnie z **preferowanym wykonawcą** (Spółką Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o.) zorganizował w swojej siedzibie spotkanie dotyczące postępowania, na które to spotkanie zaprosił pismem **06.10.2015 r.** (załącznik nr 1) tylko wybranych przez siebie **wykonawców**. Na spotkanie nie został natomiast zaproszony żaden z przedstawicieli **odwołującego**, mimo tego, że **odwołujący** aktualnie wykonuje podobne zamówienie na rzecz **zamawiającego**. Wbrew twierdzeniom **zamawiającego**, zawartym w piśmie z **11.12.2015 r.** (załącznik nr 3), **zamawiający** faktycznie zainicjował i zorganizował spotkanie dotyczące **Przetargu**, a przybranie do tych czynności także **Prezesa Spółki Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o.** (dalej jako „Spółki”) miało jedynie na celu odwrócenie uwagi od faktycznej roli **zamawiającego**. Wynika to z następujących faktów:

- zaproszenie na spotkanie (załącznik nr 1) podpisał A. F., jako „Przewodniczący Zarządu”, a więc jako osoba uprawniona do reprezentowania **zamawiającego**,
- w treści zaproszenia wskazano jednoznacznie, że tematem spotkania będzie przetarg ogłoszony przez **zamawiającego**,
- w treści zaproszenia przywołano fakty istotne dla **zamawiającego** (powołanie Spółki i podział na 4-sektory), które w intencji **zamawiającego** mają służyć „wzmoczeniu

konkurencyjności”,

- w spotkaniu uczestniczyli przedstawiciele **zamawiającego**, tzn. dwóch członków zarządu Związku: A. F. i Z. T., oraz kierownik biura Związku: D. M.,
- zaproszenie było rozesłane pocztą elektroniczną e-mail przez biuro **zamawiającego** (załącznik nr 2),
- **wykonawca** (Spółka) zamierzając spotkać się z innymi **wykonawcami** by np. nawiązać współpracę w celu wspólnego wykonania zamówienia, nie musi zapraszać **zamawiającego** na takie spotkanie,
- **wykonawca** biorący udział w **postępowaniu** (a takim jest Spółka), chcąc wygrać przetarg nie jest zainteresowany „wzmocnieniem konkurencyjności”, które może mu tylko utrudnić

4

wygranie przetargu, nie będzie się więc na taki argument powoływał, zapraszając na spotkanie innych uczestników rynku.

Dowód:

- zaproszenie z **06.10.2015 r.** na spotkanie **12.10.2015 r.** (załącznik nr 1),
- wydruk e-maila z **07.10.2015 r.** (załącznik nr 2),
- pismo **zamawiającego** z **11.12.2015 r.** (załącznik nr 3),
- pismo z **15.12.2015 r.** wraz z potwierdzeniem przesłania **zamawiającemu** (załącznik nr 4).

Skoro zatem **zamawiający** organizował (a co najmniej współorganizował) spotkanie dotyczące prowadzonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zobowiązany był umożliwić uczestnictwo w takim postępowaniu wszystkim zainteresowanym **wykonawcom**. Informacja o przedmiotowym spotkaniu nie została jednak upubliczniona, w związku z tym nie wszyscy **wykonawcy** mogli w nim uczestniczyć. Takie zaś postępowanie **zamawiającego** niewątpliwie godzi w podstawowe zasady zamówień publicznych, jakimi są zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania **wykonawców**. Zasady te wynikają również z przepisów prawa UE i są na gruncie tego prawa przedmiotem szczególnej ochrony. W związku z powyższym **zamawiający** dopuścił się w **przetargu** nie tylko naruszenia przepisów prawa krajowego, ale także przepisów prawa UE.

Ponadto **zamawiający** naruszył **art. 7 ust. 1 Pzp** przez podejmowanie zbędnych działań w **Przetargu** wyłącznie w celu umożliwienia złożenia oferty przez **Spółkę**. Jak wynika z treści e-maila z **13.10.2015 r.** (załącznik nr 5), wójtowie i burmistrzowie gmin wchodzących w skład **Związku Gmin Dolnej Odry** mieli rozważyć możliwość [cyt.] „(...) przesunięcia terminu rozstrzygnięcia przetargu o około 15 dni, tak by utworzona w tym celu Spółka mogła zostać konsekwentnie zabezpieczona przez Właściciela w niezbędne (ww.) zabezpieczenia umożliwiające udział Spółki w przetargu. Przesunięcie terminu nie jest konieczne, jednakże da możliwość dla Zgromadzenia podjęcia decyzji jak wyżej”. W korespondencji tej mowa jest oczywiście o **Spółce**, której udziałowcem jest Związek Gmin Dolnej Odry, a więc **zamawiający**.

W przedmiotowym postępowaniu **zamawiający** dokonywał więc zbędnych czynności, takich jak wydłużenie terminu składania ofert, tylko i wyłącznie w interesie **spółki**, której jest udziałowcem. Co prawda zgodnie z **art. 6e ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach** (Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.) dopuszcza się możliwość udziału spółek z udziałem gminy w postępowaniach organizowanych przez gminy-udziałowców, jednak w takich przypadkach **zamawiający** muszą szczególnie zwracać uwagę na to, aby ich działania nie naruszały obowiązku

5

prowadzenia postępowania w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania **wykonawców**. W tym zaś przypadku działania **Zamawianego** wyraźnie i jednoznacznie uprzywilejowywały **Spółkę**, co rażąco narusza zasady wynikające z **art. 7 Pzp**.

Dowód: – e-mail **zamawiającego** do członków Związku Gmin z **13.10.2015 r.** (załącznik nr 5).

Działania **zamawiającego**, a także **Spółki** w przedmiotowym postępowaniu wyczerpują

również znamiona porozumienia ograniczającego konkurencję przewidzianego w **art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów** (Dz. U. z 2015 r. poz. 184 ze zm. – dalej „UoKK”). Zgodnie z **art. 6 ust. 1 UoKK**, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na wskazanych w pkt 1-7 sytuacjach. W **art. 6 ust. 1 pkt 7 UoKK** wskazano natomiast, że zakazane są porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Niewątpliwie w **przetargu zamawiający** wraz ze **Spółką** dokonywał uzgadniania warunków prowadzenia **przetargu**, w taki sposób, aby umożliwić **Spółce** wzięcie udziału w postępowaniu. Zgromadzone przez **odwołującego** dowody wskazują, że uzgodnienia miały niewątpliwie miejsce w odniesieniu do nieuzasadnionej zmiany terminu składania ofert, jak również w odniesieniu do zorganizowanego przez **zamawiającego** spotkania, w którym uczestniczyły wybrane podmioty, w tym także **Spółka**.

Ceny oczekiwane przez **zamawiającego** były przy tym jednym z tematów dyskusji w czasie spotkania. Nie ulega natomiast wątpliwości, że działania te miały na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Skoro zaś **Spółka** złożyła wspólnie z innym **wykonawcą** ofertę w takich okolicznościach, to bez wątpienia złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z **art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** (Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm. – dalej „UoZNK”) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W **art. 3 ust. 2 UoZNK** wskazano natomiast wyłącznie przykładowy katalog zachowań stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji. Zatem każde zachowanie, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zachowanie **Spółki** działającej wspólnie z

6

zamawiającym naruszające przepis **art. 6 ust. 1 UoKK**, narusza również interesy innych przedsiębiorców, tj. **odwołującego**. Jako takie stanowi ono zatem czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów **UoZNK**. Złożenie zatem oferty przez **Spółkę**, nawet jeżeli nastąpiło wspólnie z innym podmiotem, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Taka zaś oferta podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**. **Vy** dokonał jednak wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty **Konsorcjum**, którego członkiem była **Spółka** preferowana przez **zamawiającego**.

Dokonując jednak w ogóle wyboru oferty najkorzystniejszej **zamawiający** dopuścił się zaniechania dokonania czynności, do której dokonania zobowiązany był na podstawie przepisów Pzp.

Zgodnie z **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp**, **zamawiający** ma obowiązek unieważnić postępowanie w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ze względu na powyższe nieprawidłowości ze strony **zamawiającego** przy **Przetargu**, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych będzie miał uzasadnione podstawy, aby wystąpić do **sądu** o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez **zamawiającego** czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nieprawidłowości te nie dadzą się usunąć w tym **Przetargu**, a więc wybór jakiegokolwiek oferty w tym postępowaniu doprowadzi do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu. Stąd też **postępowanie** to powinno zostać zakończone jego unieważnieniem, czego **zamawiający** nie uczynił, pomimo wskazania na taki obowiązek przez **odwołującego**.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu** **23.12.2015 r.** (art. **180 ust. 5** i **art. 182 ust. 1-4 Pzp**).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **28.12.2015 r.** (art. **185 ust. 1 in initio Pzp**).

29.12.2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO-FIUK Sp.k. [pełnomocnik] i [2] Spółka Związku Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwoływającego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

7

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwoływającego** w wyniku naruszenia przez **zamawiającego** przepisów ustawy. **Odwołujący** nie wyartykułował tego wprost w samym odwołaniu, jednak na posiedzeniu wskazał, że cyt. »Odwołujący mógł ponieść szkodę i ma interes w tym, żeby wybór został dokonany zgodnie z przepisami i równym traktowaniem **wykonawców**«. W związku z tym **Izba** jest obowiązana widzieć w żądaniach **odwoływającego** nie tylko unieważnienia postępowania, ale przede wszystkim nakazanie **zamawiającemu** unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy, czyli po odrzuceniu oferty **przystępującego**. Złożenie oferty przez **przystępującego** stanowi – zdaniem **odwoływającego** – czyn nieuczciwej konkurencji, czyli powinna zostać odrzucona przez **zamawiającego** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **Izba** wzięła od uwagę odpowiedź **zamawiającego** na odwołanie, złożoną podczas rozprawy oraz dowód nr 1 złożony przez **przystępującego** list intencyjny z 9.10.2015 r., który to list intencyjny wskazuje na rozpoczęcie działań zmierzających do ustanowienia konsorcjum w celu złożenia wspólnej oferty w rozpoznawanym postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby** zarzut **pierwszy** – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania **wykonawców** – nie zasługuje na uwzględnienie.

8

Odwołujący zarzuca **zamawiającemu** (Związek Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie), że co najmniej był współorganizatorem spotkania 12.10.2015 r., na które to spotkanie **organizator** spotkania nie zaprosił wszystkich **wykonawców** biorących udział w rozpoznawanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowaniem tym **zamawiający** uchybił przepisowi art. 7 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

Izba ustaliła, że **zamawiający** wszczął nie tylko rozpoznawane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale jest jednocześnie jedynym współnikiem (100% udziałów) wykonawcy **Spółka Związku Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie** (dalej **Spółka ZGDO**), której oferta – złożona wspólnie z innym **wykonawcą** – została

wybrana jako najkorzystniejsza w rozpoznawanym postępowaniu przetargowym.

Zamawiający i Spółka ZGDO prowadzą swoją działalność pod tym samym adresem w jednym biurze. Jednak to nie **zamawiający** był organizatorem spotkania **12.10.2015 r.**, ale sama **Spółka ZGDO**. Ponadto cyt. »Tematem spotkania było pozyskanie partnera-kooperanta dla **Spółki ZGDO** w celu złożenia wspólnej oferty w przetargu«. Cytat pochodzi z notatki ze spotkania, której kopia została na rozprawie złożona przez **zamawiającego Izbie** oraz **odwołującemu i przystępującemu**.

Jak wynika z notatki na spotkaniu były poruszane tematy [1] wyposażenia **Spółki ZGDO** w niezbędny majątek finansowy, [2] skrytykowano podział na sektory w rozpoznawanym przetargu, który to podział promuje dużych wykonawców jak **wykonawca Remondis**, ale ze względu na już toczące się postępowanie ten podział nie zostanie zmieniony, [3] problemy sprawnego zarządzania Związkiem i na koniec [4] zaapelowano o wzięcie udziału w rozpoznawanym przetargu szczególnie we współudziale ze **Spółką ZGDO**.

Odwołujący nie przedstawił żadnych innych dowodów i tym samym nie wykazał, że na spotkaniu były omawiane kwestie istotne dla prowadzonego postępowania, które wpływałyby na naruszenie przez **zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp**, a także innych unormowań **ustawy** z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.), a zwłaszcza **ustawy** z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Jednocześnie **Izba** stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał, że omawiane spotkanie organizował **zamawiający** i to organizował w celu omówienia kwestii przetargu, o których mowa w **art. 38 ust. 3 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie

9

internetowej, informację o terminie zebrania zamieszcza także na tej stronie; w takim przypadku sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania doręcza się niezwłocznie wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie«. Dlatego słusznie adnotacje o tym zebraniu [spotkaniu] nie zostały odnotowane przez **zamawiającego w protokole ZP** i nie podlegały regulacji **art. 8 ust. 1 Pzp**, a także **art. 96 ust. 1 i ust. 3 zdanie pierwsze Pzp**. Przepis **art. 8 ust. 1 Pzp** brzmi »Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne«. Przepis **art. 96 ust. 1 Pzp** brzmi »W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zwany dalej „protokołem”, zawierający co najmniej: 1) opis przedmiotu zamówienia; 2) informację o trybie udzielenia zamówienia; 3) informacje o wykonawcach; 4) cenę i inne istotne elementy ofert; 5) wskazanie wybranej oferty lub ofert«. Przepis **art. 96 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp** brzmi »Protokół wraz z załącznikami jest jawny«. Ponadto tym działaniem nie został naruszony, wcześniej przywołany, **art. 38 ust. 3 Pzp**.

Izba stwierdza, że rzucanie podejrzeń na **zamawiających**, którzy posiadają udziały **wykonawców**, że ich działania mogą naruszać **art. 7 ust. 1 Pzp**, może sparaliżować działalność tych **zamawiających** i związanych z nimi **wykonawców**. W działaniach tych ze względu na różnorakie powiązania personalne między takimi **zamawiającymi** i **wykonawcami** zwykle nie będzie do uniknięcia występowanie przedstawicieli tych instytucji raz w roli przedstawiciela **zamawiającego**, a drugi raz w roli przedstawiciela **wykonawcy**. Dlatego ustawodawca wprowadził elementy relatywizowania do przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp**, który to przepis brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, **chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji**; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2« [pogrubienie **Izby**]. Przepis nakazujący wykluczenie **wykonawcy** nie jest bezwzględny i umożliwia odstępianie od wykluczenia **wykonawcy**, jeżeli udział takiego **wykonawcy** w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. O utrudnieniu możliwości

wystąpienia uczciwej konkurencji każdorazowo decyduje sam **zamawiający**, a jest to oczywiście możliwe do zweryfikowania przez innych **wykonawców**, a nawet przez inne podmioty ze względu m.in. na możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. A w

10

rozpoznawanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego **odwołujący** nie wskazał, że działania **zamawiającego** lub wybranego **wykonawcy** miało jakikolwiek wpływ na uczciwą konkurencję, podobnie **Izba** tego nie stwierdziła. Zresztą **odwołujący** nie postawił nawet zarzutu naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp**. Tym samym **odwołujący** w zasadzie nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania, gdyby nie interpretacja, która została przedstawiona przez **Izbę** odnośnie **art. 179 ust. 1 Pzp**.

Izba wzięła pod uwagę fakt, że **zamawiający** w terminie po omawianym spotkaniu dokonał zmiany **specyfikacji** usuwając rozbieżności w określeniu warunków postawionych w dwóch miejscach specyfikacji. Ta zmiana **specyfikacji** była niezbędną czynnością **zamawiającego**, gdyż inaczej **zamawiający** mógłby być zmuszony do unieważnienia postępowania zgodnie z **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego«, gdyż różni **wykonawcy** mogliby powoływać się na spełnienie odmiennie brzmiących warunków udziału w postępowaniu lub na niemożność spełnienia któregoś z różnie brzmiących warunków. Konsekwencją tej koniecznej czynności zmiany specyfikacji i ogłoszenia było przesunięcie terminu składania ofert. Na konieczność przesunięcia terminu składania ofert nie miało żadnego znaczenia, że zmiana liberalizowała warunek udziału w postępowaniu. Nie naruszało to żadnego przepisu, a zwłaszcza **art. 38 ust. 4 Pzp**, który to przepis brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie«. Również działanie to nie uchybiło przepisowi **art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp**, a wprost było wypełnieniem wskazań zawartych w tym przepisie, gdzie jest unormowany minimalny okres przedłużenia terminu składania ofert. Przepis **art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp** brzmi »Jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania [...] ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – w trybie przetargu nieograniczonego«. **Odwołujący** nie wykazał, że zmiana specyfikacji, ogłoszenia lub

11

przesunięcie terminu składania ofert spowodowała utrudnienie w złożeniu oferty jakimkolwiek **wykonawcy**, a zwłaszcza **odwołującemu**.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez **odwołującego** zaproszenie z **06.10.2015 r.** na spotkanie **12.10.2015 r.** i wydruk e-maila z **07.10.2015 r.**, z których wynika, że spotkanie nie było organizowane przez **zamawiającego** na podstawie **art. 38 ust. 3 Pzp**, a jedynie **zamawiający** pomagał w zorganizowaniu tego spotkania. Tym niemniej najistotniejszą w sprawie była tematyka spotkania, która jednak nie obligowała do potraktowania tego spotkania jako zebrania zorganizowanego na podstawie **art. 38 ust. 3 Pzp**. Wynika to również w szczególności z notatki ze spotkania z **12.10.2015 r.**, a także pozostałych dowodów przedstawionych z odpowiedzią **zamawiającego** na odwołanie. W związku z tym **Izba** nie widzi żadnych niewłaściwości w treści odpowiedzi udzielonej **odwołującemu** w piśmie **zamawiającego** z **11.12.2015 r.**, gdzie **zamawiający** tłumaczy, że nie on był organizatorem spotkania i nie było ono objęte dyspozycją **art. 8 ust. 1 Pzp**. A pismo **odwołującego** z **15.12.2015 r.** również nie wniosło nowych elementów do rozpoznania sprawy, gdyż miało w zasadzie identyczną treść do rozpoznawanego odwołania. Także

pismo dotyczące przedłużenia terminu składania ofert (e-mail **zamawiającego** do członków Związku Gmin z **13.10.2015 r.**) nie może być uznane jako naruszające zasady prowadzenia postępowania zamówieniowego, gdyż powodem przesunięcia terminu składania ofert w rozpoznawanym postępowaniu były zmiany w specyfikacji i ogłoszeniu.

Z wyżej wykazanych powodów **Izba** nie mogła uwzględnić zarzutu **pierwszego** naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp**.

W ocenie **Izby** zarzut **drugi** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** przez wybór oferty **przystępującego**, jako oferty najkorzystniejszej, bo złożenie oferty przez **przystępującego** stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał, iż złożenie oferty przez **przystępującego** stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i oferta ta powinna zostać odrzucona zgodnie z **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«. **Odwołujący** nie wykazał, że zorganizowanie spotkania [zebrania] przez **wykonawcę**, nawet przy pomocy pracowników **zamawiającego** miało jakikolwiek wpływ na przeprowadzenie postępowania zamówieniowego zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych, a także że złożenie omawianej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

12

W związku z tym **Izba** nie mogła przychylić się do stanowiska **odwołującego** i uwzględnić zarzutu drugiego naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie **Izby** zarzut **trzeci** naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** przez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a żadne z zarzucanych przez **odwołującego** uchybień w postępowaniu nie zostało dowiedzione, o czym wyżej. Wobec tego **Izba** nie może także przychylić się do zarzutu trzeciego naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp**.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący:

13