Sygn. akt: KIO 1962/11
Sygn. akt: KIO 1963/11

WYROK
z dnia 27 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 12 września 2011 r. przez wykonawcę **SITA Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa;**
B. w dniu 12 września 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SITA Polska Sp. z o.o., Remondis Sp. z o.o., Ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa,**

przy udziale:

A. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SITA Piaseczno sp. z o.o., ul. Techniczna 6, 05-500 Piaseczno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1962/11 po stronie odwołującego;
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **GNOM Sp. z o.o., „EKO-WAR" Jolanta Glinka, ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź** zgłaszających swoje

---

przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1962/11 po stronie zamawiającego;
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: N.R. Sp. z o.o. w Łodzi, Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych FLORA Sp. z o.o.,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1962/11 po stronie zamawiającego;
D. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SITA Piaseczno sp. z o.o. ul. Techniczna 6, 05-500 Piaseczno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1963/11 po stronie odwołującego;
E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **GNOM Sp. z o.o., „EKO-WAR" Jolanta Glinka, ul.Techniczna 20, 92-518 Łódź** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1963/11 po stronie zamawiającego;
F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: N.R. Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych FLORA Sp. z o.o.,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1963/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu:

A.
1) unieważnienie czynności wyboru, w zakresie części XII, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GNOM Sp. z o.o., „EKO-WAR" Jolanta Glinka, ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź,
2) unieważnienie czynności wyboru, w zakresie części XIII i XV, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: N.R. Sp. z o.o. w Łodzi, Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych FLORA Sp. z o.o.,

3) unieważnienie przeprowadzonych aukcji elektronicznych w części XII, XIII i XV,
4) odrzucenie ofert złożonych w częściach XII, XIII i XV przez wykonawców wskazanych w pkt 1) i 2) jako stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

---

B.
Powtórzenie w części XIV zamówienia czynności badania oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: N.R. Sp. z o.o. w Łodzi, Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych FLORA Sp. z o.o. w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającym na dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym opisanym w części III pkt 1.3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SITA Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SITA Polska Sp. z o.o., Remondis Sp. z o.o., Ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa**
tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Zarządu Oczyszczania Miasta** w Warszawie kwotę **37 200 zł** 00 **gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz **SITA Polska Sp. z o.o. w Warszawie** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SITA Polska Sp. z o.o., Remondis Sp. z o.o., Ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: …….

……..

……..

Sygn. akt KIO 1962/11

Sygn. akt KIO 1962/11

Uzasadnienie

Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zakończeniem postępowania aukcją elektroniczną, na usługi kompleksowego mechanicznego oczyszczania jezdni ulic m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2011 – 2014, Etap – 2. W Etapie 2 zamówienie podzielone jest na 7 części: IX – Dzielnica Śródmieście – część północna, X – Dzielnica Śródmieście – część południowa, XI – Dzielnica Ursus, XII – Dzielnice Włochy, Ochota, XIII – Dzielnica Mokotów – część zachodnia, XIV – Dzielnice Wilanów Mokotów – część wschodnia, XV – Dzielnica Ursynów. Dnia 1 września 2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Sygn. akt KIO 1962/11

SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł dnia 12 września 2011 r. odwołanie od czynności Zamawiającego w zakresie części XII, XIII i XV zamówienia, w postaci:

1) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej, w części XII, oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Jolanta Glinka prowadząca działalność gospodarczą pod firmą EKO - WAR Jolanta Glinka z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum GNOM),

2) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej, w części XIII i XV, oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: N.R Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych Flora Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum NR),

3) zaproszenia do udziału i przeprowadzenia w części XII, XIII i XV aukcji elektronicznych z udziałem Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM, pomimo że oferty tych wykonawców podlegały odrzuceniu,

4) zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum NR oraz Konsorcjum GNOM (w zakresie części XII, XIII i XV) pomimo, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

5) zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NR oraz Konsorcjum GNOM (w zakresie części XII, XIII i XV) z postępowania pomimo że wykonawcy ci nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

6) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum NR w zakresie części XIII jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

---

10) zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum GNOM pomimo iż zostały one złożone przez osobę (p. Angelikę D.), która nie była uprawniona do działania w imieniu tego konsorcjum.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez jego niezastosowanie do oferty Konsorcjum NR i oferty Konsorcjum GNOM,

3) art. 91b ust. 1 PZP poprzez zaproszenie Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM do udziału w aukcjach elektronicznych, pomimo że złożyły one oferty podlegające odrzuceniu,

4) art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu,

5) art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM pomimo że wykonawcy ci złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego Postępowania,

6) art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie zastosowania w odniesieniu do ofert Konsorcjum GNOM w toku aukcji elektronicznych w zakresie części XII, XIII i XV mimo że składane przez osobę, która nie umocowaną do działania w imieniu Konsorcjum GNOM, a w odniesieniu do części XIII dodatkowo:

7) art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w odniesieniu do oferty Konsorcjum NR w toku aukcji elektronicznej w zakresie części XIII, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący żąda:

1) unieważnienia czynności wyboru, w zakresie części XII, oferty Konsorcjum GNOM,

2) unieważnienia czynności wyboru, w zakresie cz. XIII i XV, oferty Konsorcjum NR,

3) unieważnienia przeprowadzonych aukcji elektronicznych w części XII, XIII i XV,

4) unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcjach elektronicznych przeprowadzonych w części XII, XIII i XV,

5) unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w części XII, XIII i XV,

6) dokonania ponownego badania i oceny ofert w części XII, XIII i XV, **i uznania, że:**

a) złożenie oferty przez Konsorcjum GNOM w części XII, XIII i XV stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji, że oferta ta podlega odrzuceniu,

b) oferta Konsorcjum GNOM w części XII, XIII i XV jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, a w konsekwencji podlega odrzuceniu,

c) Konsorcjum GNOM podlega wykluczeniu z postępowania w części XII, XIII i XV z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych

informacji mających wpływ na wynik postępowania,

---

d) złożenie oferty przez Konsorcjum NR w części XII, XIII i XV stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji, że oferta ta podlega odrzuceniu,
e) oferta Konsorcjum NR w części XIII zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji podlega odrzuceniu,
f) Konsorcjum NR podlega wykluczeniu z postępowania w części XII, XIII i XV z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
7) dokonania ponownego zaproszenia wykonawców (już bez Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM) do udziału w aukcjach elektronicznych w części XII, XIII i XV i przeprowadzenia ponownych aukcji elektronicznych w tych częściach i automatycznej oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał następujące okoliczności;

[zarzut naruszenia art. 7, 89 ust. 1 pkt 3 i 91 b ust. 1 PZP]

W ocenie Odwołującego dwóch powiązanych wykonawców tj. N.R. Sp. z o.o. wchodząca w skład Konsorcjum NR oraz spółka GNOM Sp. z o.o. wchodząca w skład Konsorcjum GNOM dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zmowie przetargowej.
Wskazał, że zgodnie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności 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. Stwierdził, że powyższe działanie (tzw. "zmowa przetargowa") w świetle dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz zagraża interesom innych przedsiębiorców, a w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
W ocenie Odwołującego dwóch oferentów tj. Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM zawarło porozumienie, polegające na uzgodnieniu przez nich warunków składanych ofert, którego celem było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym.
Na potwierdzenie powyższego stwierdzenia wskazał:
1) Wspólnikami Spółki GNOM Sp. z o.o. są p. Krzysztof Tadeusz N. i p. Jarosław Marek R. W skład Zarządu spółki GNOM Sp. z o.o. wchodzą: p. Jarosław Marek R., p. Krzysztof Tadeusz N. i p. Józef Ryszard Z. Spółka N.R. Sp. z o.o. została założona przez spółkę GNOM Sp. z o.o., która pierwotnie była jej jedynym udziałowcem, a obecnie wspólnikami spółki N.R. Sp. z o.o. są: Jarosław Marek R., p. Krzysztof Tadeusz N. i spółka GNOM Sp. z o.o. W skład Zarządu spółki N.R. Sp. z o.o. wchodzą p. Jarosław Marek R. i p. Krzysztof Tadeusz N. Przedstawił odpisy KRS dot. spółek.

Każda z ofert została podpisana przez tę samą osobę tj. przez p. Jarosława Marka R., Prezesa Zarządu N.R. Sp. z o.o. oraz Prezesa Zarządu GNOM Sp. z o.o. Osoba ta musiała więc nie tylko wiedzieć, że każda ze spółek bierze udział w Postępowaniu, ale przede wszystkim, z racji sprawowanej funkcji w organie zarządczym każdego z wykonawców, decydować o wysokości oferowanych cen jednostkowych, a w ten sposób wpływać na dalszy bieg Postępowania. Jest również wskazany w każdej z ofert jako osoba upoważniona do składania ofert w trakcie aukcji elektronicznej. To ma dowodzić ścisłego powiązania spółek, przede wszystkim przez osoby, które są ich właścicielami oraz nimi zarządzają.
2) treść i forma obu ofert dowodzi, że były one wspólnie przygotowane i uzgadniane przez konsorcja i (ich liderów).
3) Cena łączna obu ofert oraz ceny jednostkowe zostały uzgodnione i odpowiednio skalkulowane. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że w postępowaniu (w każdej z części) mogła zaistnieć sytuacja, że aukcja elektroniczna w ogóle nie zostałaby przeprowadzona (gdyby w danej części nie złożono co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu). Gdyby aukcje nie zostały przeprowadzone, to wówczas pozostający w zmowie wykonawcy mogliby w jeszcze łatwiejszy sposób wpłynąć na wynik postępowania i poprzez swoje działania i zaniechania doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej tej oferty spośród złożonych przez te konsorcja, która opiewała na wyższą cenę.
Odwołujący wskazuje, iż łączne ceny zaoferowane przez Konsorcjum NR za wykonanie tych części zamówienia, w których ofertę złożyło również Konsorcjum GNOM, są w każdym

przypadku o 19 % wyższe od cen zaoferowanych przez Konsorcjum GNOM przedstawiając porównanie cen:

Rejon	Oferta Konsorcjum GNOM	Oferta Konsorcjum NR	Różnica w cenie
XII	21.539.102,19 zł	19%	18.221.061,24 zł
XIII	19.349.594,10 zł	19%	16.328.234,16 zł
XV	19.872.291,99 zł	19%	16.689.879,03 zł

Również ceny jednostkowe za wykonywanie poszczególnych czynności „skalkulowane" zostały według określonego schematu, Np., w przypadku rejonu XII, ceny za 1 km pasa posypywania zostały określone w następujący sposób:

Czynność	Oferta Konsorcjum GNOM	Oferta Konsorcjum NR	Różnica w cenie
1 km posypywania pasa chlorkiem sodu dawką 10 g/m 2	804,63 Zł	898,15 zł	12%

---

1 km posypywania pasa chlorkiem sodu dawką 20 g/m 2	820,37 zł	916,67 zł	12 %
1 km posypywania pasa chlorkiem sodu dawką 30 g/m 2	838,89 zł	937,04 zł	12%
1 km posypywania pasa mieszkanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia dawką 20 g/m 2	890,74 zł	996,30 zł	12 %

Zarówno Konsorcjum GNOM, jak i Konsorcjum NR, zaproponowały za wykonywanie poszczególnych czynności w rejonach XII, XIII i XV, ceny jednostkowe, takie same dla poszczególnych rejonów, a w konsekwencji pozostają względem siebie w takim samym stosunku, a w przypadku jednej z czynności są identyczne (ostatnia pozycja poniższej tabeli).

Rejon XII		Rejon XIII		Rejon XV		Różnica w cenie
GNOM	NR	GNOM	NR	GNOM	NR	
804,63	898,15	804,63	898,15	804,63	898,15	12%
820,37	916,67	820,37	916,67	820,37	916,67	12%
838,89	937,04	838,89	937,04	838,89	937,04	12%
890,74	996,30	890,74	996,30	890,74	996,30	12%
909,26	1040,74	909,26	1040,74	909,26	1040,74	15%
303,33	601,85	303,33	601,85	303,33	601,85	99%
272,22	498,15	272,22	498,15	272,22	498,15	83%
564,44	1000,93	564,44	1000,93	564,44	1000,93	78%
710,00	816,50	710,00	816,50	710,00	816,50	15%
263,89	263,89	0,00	0,00	0,00	0,00	0%

Również stosunek cen z upustami, zaproponowanych przez Konsorcjum NR w poszczególnych rejonach, do cen z upustami zaproponowanych dla tych rejonów przez Konsorcjum GNOM, jest identyczny. Przedstawił tabelę - porównanie treści ofert Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM, wykaz cen jednostkowych przedstawionych przez Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM dostosowujących ceny jednostkowe do wyników aukcji.
Biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego stwierdził, że nie jest w ogóle możliwe dokonanie tak precyzyjnej wyceny obu ofert, aby w każdej pozycji różnice w cenach jednostkowych za wykonanie danej czynności, i to zarówno w cenach jednostkowych bez

---

upustu, jak i w cenach jednostkowych z upustami, wyrażały się takim samym procentem w każdym z trzech „wspólnych" rejonów. Z powyższego odwołujący wywodzi, że ceny łączne, jak i jednostkowe musiały zostać określone wspólnie przez oba konsorcja, nie jest to zależność przypadkowa i oznacza zmowę przetargową.
4) Również porównanie formy obu ofert wskazuje, że były one przygotowywane przez te same osoby. Oferty mają identyczny wygląd i formę, tj.: napisane są identyczną czcionką i nie jest to czcionka użyta we wzorze oferty (formularza oferty), w obu ofertach użyte zostały te same dodatkowe wyrazy, które nie były zawarte we wzorze oferty - np. „Konsorcjum firm", „Lider konsorcjum", „Uczestnik konsorcjum", treść punktu 5, w obu ofertach nastąpił podział

części formularza przeznaczonej do wpisania danych wykonawcy na dwa punkty - punkt 1 zawierający dane lidera konsorcjum i punkt 2 zawierający dane uczestnika konsorcjum, każda z ofert zawiera identyczny spis treści, w każdej z ofert występują takie same błędy – np. w jednym i drugim przypadku w nazwie zamówienia, zamiast „m. st." wpisano „m. sł", w punkcie 6 spisu treści każdej z ofert wpisano „prowadzenia" zamiast „prowadzenie", w punkcie 7 spisu treści wpisano „prowadzeni" zamiast „prowadzenie", w każdej z ofert w identyczny sposób wyrażono daty (punkt 5 ofert i ostatni wiersz).
W ocenie Odwołującego, powyższe okoliczności wskazują, że wykonawcy, tj. Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM, działali w zmowie i w sposób niedozwolony zamierzali wpływać na wynik Postępowania w poszczególnych częściach zamówienia. Odwołujący zauważa, że dla stwierdzenia porozumienia (zmowy przetargowej) nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to, co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć. Celem zawartego porozumienia było zmniejszenie szans na uzyskanie zamówienia przez pozostałych wykonawców (którzy składali oferty samodzielnie i samodzielnie brali udział w aukcjach elektronicznych, a więc nie mieli tak „dogodnej" pozycji jak Konsorcjum GNOM i Konsorcjum NR i nie mogli uzgadniać poszczególnych cen, upustów i postąpień w aukcjach elektronicznych), a w konsekwencji doprowadzenie do wyboru przez Zamawiającego w poszczególnych częściach zamówienia oferty któregoś z powiązanych konsorcjów.
Oznacza to, że Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM zawarli porozumienie, stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, będące podstawą do odrzucenia złożonych przez nich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP.
[zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP] przy ocenie
Konsorcjum NR, które nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Odwołujący wskazał, że Zamawiający w cz. III pkt 1.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ) wymagał posiadania przez wykonawców:
a) aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności określonej w art. 28 ustawy o odpadach tj. na transport odpadów z czyszczenia ulic i placów (minimum kod 20 03 03),

---

b) aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności określonej w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. na odbiór od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 03).
Z dokumentacji Postępowania wynika, że - na dzień składania ofert, tj. na dzień 29.07. 2011, Konsorcjum NR nie spełniało warunku udziału w Postępowaniu w postaci posiadania aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (kod 20 03 03).
Konsorcjum to, a właściwie jeden z jego uczestników, tj. Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych Flora Sp. z o.o. w Warszawie, jest wprawdzie adresatem decyzji nr 714/OS/2011 wydanej przez Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy, dotyczącej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jednakże w dniu składania ofert decyzja ta nie była decyzją ostateczną i nie uprawniała do wykonywania działalności w niej określonej. Jak wynika bowiem z treści decyzji i adnotacji na niej, przedmiotowa decyzja została wydana w dniu 29 lipca 2011 roku i w tym dniu doręczona adresatowi. Oznacza to więc, że w dniu składania ofert decyzja ta nie była decyzją ostateczną (stała się nią w dniu 12 sierpnia 2011 roku) oraz nie uprawniała do prowadzenia działalności w niej określonej. (decyzja nr 714/OŚ/2011 z dnia 29 lipca 2011 roku wraz z kartą postępowania).
Zgodnie zaś z treścią pierwotnej decyzji wydanej dla Przedsiębiorstwa Usług Ogrodniczych Flora Sp. z o.o. (decyzja nr 164/OŚ/2004) wykonawca ten nie posiadał zezwolenia na odbiór odpadów o kodzie 20 03 03, a jedynie na odbiór odpadów komunalnych (kod 20 03 01).
Odwołujący zauważa przy tym, została wszczęta procedura cofnięcia tej decyzji ze względu na postępowanie niezgodne z wydaną decyzją (utylizacja odpadów zielonych w innej instalacji niż wskazano w zezwoleniu, a były to jedyne odpady jakie PUO Flora Sp. z o.o. skierowało w 2010 roku do utylizacji, oraz składanie nieprawdziwych sprawozdań, których mimo wezwania nie poprawiono). Co więcej dopiero w dniu 29.07.2011 r. Prezydent m.st. Warszawy Decyzją nr 713/OŚ/2011 z dnia 29.07.2011 r. umorzył postępowanie cofnięcia zezwolenia dla firmy PUO Flora Sp. z o.o. (Dowody: decyzja nr 164/OŚ/2004 z dnia 4 marca 2004 roku, decyzja nr 1162/OŚ/2007, pismo Prezydenta m.st. Warszawy z dnia 17 maja 2011 roku o wszczęciu procedury cofnięcia zezwolenia, wniosek PUO Flora Sp. z o.o. z 25 lipca 2011 roku o zmianę decyzji nr 164/OŚ/2004 polegającą na rozszerzeniu zezwolenia o

kody 20 01 38, 20 02 01, 20 03 01 i 20 03 03, decyzja nr 713/OŚ/2011 z 29.07.2011 roku, pismo Zamawiającego z 12 sierpnia 2011 roku (wezwanie do przedłożenia aktualnego zezwolenia).
Skoro więc decyzja nr 714/OŚ/2011 zmieniała decyzję nr 164/OŚ/2004 wprowadzając nowe rodzaje działalności, a nie zmieniała wyrażonej w tej pierwotnej decyzji zasady, że działalność objętą danym zezwoleniem można wykonywać dopiero po uprawomocnieniu się

---

decyzji zezwalającej na jej prowadzenie, to działalność w zakresie odbierania od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych (kod 20 03 03) mogła być prowadzona przez PUO Flora Sp. z o.o. dopiero po uprawomocnieniu się decyzji nr 714/OŚ/2011, tj. po dniu 12 sierpnia 2011 roku. Oznacza to więc, że na dzień składania ofert Konsorcjum NR nie było uprawnione do prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (kod 20 03 03), a więc nie spełniło warunku udziału w Postępowaniu. Na dzień składania ofert Konsorcjum NR (wchodzące w jego skład PUO Flora Sp. z o.o.) posiadało ważne zezwolenie jedynie na odbiór odpadów o kodach 20 02 01 i 20 03 01, a nie o kodzie 20 03 03. Skoro tak, to wykonawca ten podlegał wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP. (dowód: decyzja nr 164/O5/2004 z dnia 4.03.2004 roku, decyzja nr 1162/OŚ/2007,wniosek PUO Flora Sp. z o.o. z dnia 25.07.2011 o zmianę decyzji nr 164/O5/2004 poprzez rozszerzenie zezwolenia o kody 20 01 38, 20 02 01, 20 03 01 i 20 03 03, decyzja nr 714/05/2011 z 29.07.2011 r., pismo Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2011 roku (wezwanie do przedłożenia aktualnego zezwolenia).
Ponadto, w cz. III pkt 1.3) SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują określoną ilością posypywarek, pługów i pługoposypywarek. Dla części XII zamówienia przewidziano obowiązek posiadania 11 posypywarek, 18 pługów i 1 pługoposypywarki, dla części XIII 9 posypywarek, 16 pługów i 1 pługoposypywarki, a dla części XV 8 posypywarek, 16 pługów i 1 pługoposypywarki. Wymienione jednostki sprzętowe nie mogą powtarzać się w poszczególnych częściach zamówienia, na które składana jest oferta.
Porównanie ofert Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM wskazuje, że te same jednostki sprzętowe przewidziane są do wykorzystania w rejonach odnośnie których zamówienie ma uzyskać Konsorcjum NR i w rejonie XII odnośnie którego zamówienie uzyskać ma Konsorcjum GNOM. Oznacza to, że w przypadku gdyby Konsorcjum NR ostatecznie uzyskało do realizacji zamówienia w części XIII i XV, a Konsorcjum GNOM ostatecznie uzyskało do realizacji zamówienie w części XII, określone jednostki sprzętowe (o numerach rejestracyjnych: WPU 40AX, WZI 441H, EL 0534F, EL 790JS, EL 684CT, EL 6955N, EL 426KN, EL 681CS, EL 4847X, EL 072JK, EL 172KN, EL 0851P, EL 3923P, EL 356FV i EL 819KM) powtarzać się będą w poszczególnych częściach zamówienia. W tych okolicznościach wystąpi więc sytuacja, której zakazał Zamawiający. Sytuacja taka oznacza też, że Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM nie dysponują w rzeczywistości sprzętem określonym w SIWZ i posługują się zobowiązaniami podmiotów trzecich, które są pozorne, albowiem nie powodują, że Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM faktycznie uzyskują możliwość dysponowania sprzętem wymienionym w tych zobowiązaniach (skoro sprzęt ten może być jednocześnie wykorzystywany przez drugiego z wykonawców do realizacji innych części zamówienia). Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM nie spełnia więc w istocie

---

warunków udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, co jest kolejnym argumentem przemawiającym za wykluczeniem tych wykonawców z udziału w Postępowaniu. (Dowód: zestawienie sprzętów wskazanych w ofertach Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM.)

[zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP]

Twierdzenia wykonawców, że posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie oraz dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia są niezgodne z rzeczywistością. Oprócz wskazanej kwestii braku wymaganego sprzętu, odwołujący stwierdził, że Konsorcjum NR, i Konsorcjum GNOM nie jest zdolne do wykonania zamówienia.
Wskazał na zał.Ia, Ib i Ic do istotnych postanowień umowy określające warunki należytego wykonania umowy z których wynika, że wykonawca, któremu zostanie powierzone wykonanie przedmiotu zamówienia, musi: posiadać określony sprzęt przeznaczony do realizacji zamówienia, posiadać bazę zapewniającą możliwości postoju tego sprzętu,

posiadać urządzenia do załadunku i przygotowania środków (różnego rodzaju ładowarki oraz urządzenia do wytwarzaniem solanki) w liczbie odpowiedniej do norm czasowych, posiadać samochód osobowy lub dostawczy do monitorowania tras (1 samochód na rejon), posiadać na składowisku zapas środków chemicznych wystarczający na wykonanie 15 posypań, posiadać magazyn lub w celu uniknięcia skażenia terenu solą odizolowany od podłoża utwardzony teren o powierzchni zdolnej pomieścić wymaganą ilość środków chemicznych z możliwością zabezpieczenia przedostawania się odcieków i wód opadowych do gruntu, posiadać plac manewrowy umożliwiający wykonanie całości prac przewidzianych umową, posiadać miejsce do gromadzenia zmiotek uzyskanych w trakcie zamiatania, posiadać pomieszczenia socjalne dla załogi (z uwagi na konieczność funkcjonowania w ruchu ciągłym), posiadać bazę z dostępem do mediów (prąd, woda, łączność), posiadać bazę sprzętową zlokalizowaną w odległości umożliwiającej dotarcie do rejonu działania (odśnieżania) praktycznie w przeciągu 0,5 godziny, co oznacza, że baza ta musi być zlokalizowana maksymalnie w odległości 8 km od rejonu działania (przy większej odległości nie ma żadnych szans na wykonanie działań zgodnie z normami czasowymi podanymi przez Zamawiającego).
Z rozstrzygnięcia Postępowania wynika, że Konsorcjum NR musi zabezpieczyć bazę dla 32 pługosolarek oraz 25 pługów, a także dla 60 pracowników.
Z przeprowadzonej wizji lokalnej wnioskuje, baza Konsorcjum NR (należąca do PUO Flora Sp. z o.o.) nie spełnia żadnego z wymogów postawionych przez Zamawiającego. Położenie bazy przy ulicy Radzymińskiej 116, przy jednoczesnym zbliżającym się zamknięciu węzła Solidarności - Targowa (w związku z planowanymi na 2012 rok pracami przy budowie metra), powoduje niemożność wykonania prac odśnieżania w przewidzianych przez

---

Zamawiającego normach czasowych. Ponadto powierzchnia bazy jest zbyt mała, by pomieścić wszystkie samochody przewidziane do realizacji zamówienia.(Dowód:zdjęcia bazy Przedsiębiorstwa Usług Ogrodniczych Flora Sp. z o. o.)
Dodatkowo wskazuje, że Konsorcjum NR nie posiada żadnego doświadczenia w wykonywaniu prac analogicznych do przedmiotu niniejszego zamówienia.
Podobnie wygląda niemożność wykonania prac odśnieżania z bazy, która ma być wykorzystywana przez Konsorcjum GNOM, jest użytkowana przez uczestnika tego konsorcjum, czyli p. Jolanty Glinki (EKO - WAR). Baza ta położona jest przy ul. Kolejowej 15/17, na terenach, które w koncepcji zagospodarowania terenu kwalifikowane są jako tereny mieszkaniowe i zdrowotne. Baza ta w chwili obecnej wykorzystywana jest jako baza sprzętowa dla świadczenia usług transportowych i usług odbioru odpadów. Ani powierzchnia terenu dzierżawiona przez Jolantę Glinkę, ani wyposażenie i lokalizacja bazy nie pozwalają na wykonywanie z jej wykorzystaniem usług odśnieżania. Baza ta w znacznej części jest nieutwardzona, bez drogi dojazdowej. Aby spełniała wymogi postawione przez dla bazy zimowego utrzymania (wymóg posiadania utwardzonych parkingów i magazynu soli z możliwością zbierania wód opadowych i odcieków) konieczne byłoby uzyskanie zgody na takie użytkowanie. Z uzyskanych ustnych informacji w Wydziale Architektury i Budownictwa Urzędu m. st. Warszawy (albowiem Odwołujący do dnia składania odwołania nie uzyskał odpowiedzi pisemnej na swoje zapytanie) żaden podmiot nie ubiegał i nie ubiega się o wydanie zgody na użytkowanie tych terenów jako parkingów i magazynów. (Dowód: zdjęcia bazy firmy „EKO- WAR ", wyciąg ze studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania, pismo do Urzędu m. st. Warszawy z dnia 01.09.2011, przesłuchanie w charakterze strony p. Tadeusza Książek.)
Powyższe okoliczności winny skutkować uznaniem, że Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM złożyły nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego Postępowania (bo mające wpływ na uznanie przez Zamawiającego, że wykonawcy ci spełniają warunki udziału w Postępowaniu i są zdolni do wykonania zamówienia), co winno skutkować wykluczeniem ich z Postępowania.
[zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP]
Zgodnie z treścią pełnomocnictwa przedstawionego wraz z ofertą Konsorcjum GNOM (str. 38) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanowili pełnomocnikami na potrzeby Postępowania p. Jarosława Marka R. i p. Józefa Z.. Każda z tych osób była upoważniona do samodzielnego reprezentowania Konsorcjum GNOM, jednak żadna z nich nie była uprawniona do udzielania dalszych pełnomocnictw. Oznacza to w szczególności, że p. Józef Z. nie był uprawniony do zmiany treści złożonej oferty i wskazania nowej osoby do składania ofert w trakcie aukcji elektronicznej, a w konsekwencji, że p. Angelika D. nie była

upoważniona do reprezentowania Konsorcjum GNOM w toku aukcji elektronicznych.

Zgodnie z treścią oferty złożonej przez Konsorcjum GNOM osobą upoważnioną do udziału w aukcji elektronicznej był wyłącznie p. Jarosław Marek R.
Skoro więc tak było, to oferty składane przez p. Angelikę D., czyli przez osobę, która nie była upoważniona do działania w imieniu Konsorcjum GNOM, są nieważne (art. 104 Kodeksu cywilnego), a w konsekwencji podlegają odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP.
Dopuszczenie zaś przez Zamawiającego p. Angeliki D. do udziału w aukcjach elektronicznych w imieniu Konsorcjum GNOM należy uznać za działanie naruszające art. 7 ust. 1 i 3 PZP.
[zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP]
W ocenie Odwołującego cena oferty Konsorcjum NR w zakresie XIII części zamówienia, będąca wynikiem przeprowadzonej aukcji elektronicznej, jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazuje na to nie tylko porównanie tej ceny z cenami zaoferowanymi dla tej części zamówienia przez pozostałych wykonawców oraz kwotą jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tej części zamówienia/13 839 743,01 PLN/, ale przede wszystkim fakt, że pierwotnie (w ofercie złożonej w dniu 29 lipca 2011 roku) Konsorcjum NR zadeklarowało wykonanie tej części zamówienia za kwotę 19.349.594,10 zł. W jaki więc sposób realizacja tej części zamówienia będzie możliwa za cenę 7.349.598,36 zł brutto? tj za 53% wartości środków zamawiającego .W ocenie Odwołującego wykonanie tej części zamówienia za zaoferowaną przez Konsorcjum NR nie jest możliwe.
Wskazuje, że łączna cena zaoferowana przez Konsorcjum NR za wykonywanie zamówienia w rejonie XIII oznacza, że cena za 1 km odśnieżania drogi w tym rejonie, jest o 10 tys. złotych niższa niż ceny za 1 km odśnieżania dróg w pozostałych rejonach objętych zamówieniem, a rozstrzygniętych na korzyść konsorcjów Gnom i N.R. Uznaje, że cena oferty Konsorcjum NR złożonej w części XIII zamówienia w toku aukcji elektronicznej jest rażąco niska, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy w tej części winna podlegać odrzuceniu.
O stosowaniu przez Konsorcjum Gnom i Konsorcjum NR cen dumpingowych (dotyczy nie tylko rejonu XIII) świadczy także zastosowanie w cenach ostatecznych (przedłożonych do umowy, tj. cen po aukcji elektronicznej) dla działań powyżej 35 działań ceny 1 zł za 1 km dla każdego działania.
Podkreśla, że cena oferty wynikająca z kosztorysu służy tylko i wyłącznie do porównania ofert, natomiast bieżące rozliczenia (faktury) wynikają z przemnożenia faktycznie wykonanej pracy w danym miesiącu przez ceny jednostkowe. Przedstawił wykaz cen jednostkowych konsorcjów do umowy.
Mając na uwadze powyższe argumenty stwierdził, że odwołanie należy uznać za konieczne i uzasadnione.
Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W jego ocenie w analizowanym przypadku nie mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Zauważając, że spółki GNOM oraz NR są ze sobą powiązane kapitałowo i personalnie, a w imieniu każdego z konsorcjów oferty złożyła ta sama osoba pełniąca funkcję prezesa zarządu, nie jest to wystarczające do uwzględnienia zarzutu odwołującego. Zamawiający na podstawie treści ofert przystępujących wykonawców po przeanalizowaniu treści ofert i przebiegu postępowania zaprzeczył tezie jakoby działania tych wykonawców miały na celu lub też ich skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji w inny sposób.
Zamawiający uznał, że konsorcjum NR potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu przedstawiając aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów, w tym o kodzie 20 03 03. Wskazał na wykonalność decyzji administracyjnej przed jej uprawomocnieniem zgodnie z art. 130 § 4 kodeksu postępowania administracyjnego.
Stwierdził, że nie miał podstaw do negowania informacji podanych przez obydwa konsorcja w celu wykazania posiadania wymaganego potencjału technicznego, gdzie wskazano te same jednostki sprzętowe jako będące w dyspozycji dwóch wykonawców. Wskazał, że nie miał możliwości zakwestionowania pisemnych zobowiązań do oddania zasobów przez podmiot trzeci, złożonych zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy pzp i nie mógł rozstrzygnąć, który z dwóch wykonawców będzie faktycznie dysponował danym sprzętem, lub też które

oświadczenie ma większą wagę uprawniając do uznania, iż drugi z wykonawców faktycznie nie będzie takim sprzętem dysponował.
Zamawiający uznał, że pan Józef Z. jako pełnomocnik konsorcjum miał możliwość skutecznego wskazania w ofercie osoby upoważnionej do licytacji w toku aukcji elektronicznej, był zatem uprawniony do wskazania takiej osoby w formie odrębnego oświadczenia.
Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w cz. XIII stwierdził, że cena najkorzystniejsza jest ceną niską, lecz nie odbiegającą od poziomu cen rynkowych. Wskazał na znaczący wzrost konkurencyjności na rynku przedmiotowych usług w porównaniu do okresu wcześniejszego wskutek podziału zamówienia na części i dwa etapy. Zauważył, że cena konsorcjum NR w tej części stanowi 59,12% oszacowania, a porównawczo w części XI wygranej przez odwołującego zaoferowana cena stanowi 62,73% oszacowania, co niezależnie od przebiegu aukcji podyktowanie określoną taktyką postąpień, doprowadziło do porównywalnych wyników. Wskazał nadto na podobieństwo cen utrzymania 1 km ulicy zadeklarowanych przez wybranych wykonawców we wskazanych częściach zamówienia.
Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnieśli o oddalenie odwołania przyłączając się do argumentacji zamawiającego. Oświadczył, że spółki NR i GNOM korzystają z obsługi prawnej tej samej kancelarii, a oferty były w części

---

formalnej przygotowywane przez tą kancelarię z czego wynika ich podobieństwo. Wskazał, że powiązania spółek nie stanowią przeszkody w składaniu przez nie odrębnych ofert. Zauważył, że również odwołujący jest powiązany kapitałowo z inną spółką składającą ofertę w tym postępowaniu.

Sygn. akt KIO 1963/11
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Remondis Sp. z o.o. w Warszawie, zwani dalej „odwołującym", wnieśli dnia 12 września 2011 r. odwołanie od czynności Zamawiającego w zakresie **części XIV zamówienia,** w postaci:
1) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: N.R Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych Flora Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum NR),
2) zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzenia aukcji z udziałem Konsorcjum NR, pomimo że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu,
3) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum NR, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5) zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NR z Postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu i złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego Postępowania.
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2) art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez jego niezastosowanie, pomimo że złożenie oferty przez Konsorcjum NR stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3) art. 91b ust. 1 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i zaproszenie Konsorcjum NR do udziału w aukcji elektronicznej pomimo że złożyło ono ofertę podlegającą odrzuceniu,
4) art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum NR pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
5) art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum NR pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego Postępowania.
Odwołujący, w odniesieniu do części XIV zamówienia zażądał:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum NR,
2) unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej w postępowaniu,
3) unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej,

---

4) unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
5) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i uznania, że:

a) złożenie oferty przez Konsorcjum NR stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji, że oferta ta podlega odrzuceniu,
b) Konsorcjum NR podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
6) dokonania ponownego zaproszenia wykonawców (już bez Konsorcjum NR) do udziału w aukcji elektronicznej,
7) przeprowadzenia ponownej aukcji elektronicznej i automatycznej oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał następujące okoliczności;
[zarzut naruszenia art. 7, 89 ust. 1 pkt 3 i 91b ust. 1 PZP]
W ocenie Odwołującego w Postępowaniu mamy do czynienia z czynami nieuczciwej konkurencji, których dopuściło się dwóch powiązanych wykonawców, a mianowicie spółka N.R. Sp. z o.o. wchodząca w skład Konsorcjum. NR oraz spółka GNOM Sp. z o.o. wchodząca w skład konsorcjum wykonawców: GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i EKO - WAR Jolanta Glinka z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej Konsorcjum GNOM). Czyny te polegały na zmowie przetargowej pomiędzy tymi dwoma konsorcjami wykonawców.
Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał także na art. 7 PZP.
Z powyższych przepisów wywodzi, iż zamawiający na każdym etapie postępowania zobowiązany jest do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł on udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, stanowiących w swym założeniu czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów.
Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności 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 (tzw. "zmowa przetargowa").

Powyższe działanie w świetle dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz zagraża interesom innych przedsiębiorców, a w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego w postępowaniu mamy do czynienia z porozumieniem dwóch oferentów tj. Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM, które zawarły porozumienie, polegające na uzgodnieniu przez nich warunków składanych ofert, którego celem było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym.
Na potwierdzenie powyższego przedstawił następujące okoliczności:
1) Wspólnikami Spółki GNOM Sp. z o.o. są p. Krzysztof Tadeusz N. i p. Jarosław Marek R.. W skład Zarządu spółki GNOM Sp. z o.o. wchodzą: p. Jarosław Marek R., p. Krzysztof Tadeusz N. i p. Józef Ryszard Z. Z kolei spółka N.R. Sp. z o.o. została założona przez spółkę GNOM Sp. z o.o., która pierwotnie była jej jedynym udziałowcem. Obecnie wspólnikami spółki N.R. Sp. z o.o. są: p. Jarosław Marek R., p. Krzysztof Tadeusz N. i spółka GNOM Sp. z o.o. W skład Zarządu spółki N.R. Sp. z o.o. wchodzą p. Jarosław Marek R. i p. Krzysztof Tadeusz N.
Każda z ofert została podpisana przez tę samą osobę tj. przez p. Jarosława Marka R., który jest Prezesem Zarządu spółki N.R. Sp. z o.o. oraz Prezesem Zarządu spółki GNOM Sp. z o.o. Osoba ta musiała więc nie tylko wiedzieć, że każda ze spółek bierze udział w Postępowaniu, ale przede wszystkim, z racji sprawowanej funkcji w organie zarządczym każdego z wykonawców, decydować o wysokości oferowanych cen jednostkowych, a w ten sposób wpływać na dalszy bieg Postępowania.
Dodatkowo, w każdej z ofert wskazano jako osobę upoważnioną do składania ofert w trakcie aukcji elektronicznej p. Jarosława R. Powyższe mają wskazywać, że obie spółki są ściśle ze sobą powiązane, przede wszystkim przez osoby, które są ich właścicielami oraz nimi zarządzają, co pozwala przypuszczać, że oferty złożone przez każdą z nich przygotowywane

były i składane w ścisłym porozumieniu.
Również treść i forma obu ofert dowodzi wspólnego przygotowania i uzgodnienia treści przez Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM (a właściwie przez liderów tych konsorcjów). Merytoryczne porównanie treści obu ofert prowadzi do wniosku, że cena łączna obu ofert oraz składające się na nią ceny jednostkowe zostały uzgodnione i odpowiednio skalkulowane. Zwrócić przy tym należy uwagę na fakt, że w Postępowaniu (w każdej z części zamówienia) mogła przecież zaistnieć sytuacja, że aukcja elektroniczna w ogóle nie zostałaby przeprowadzona (byłoby tak wówczas gdyby w danej części zamówienia nie złożono co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu). Gdyby aukcje nie zostały przeprowadzone, to wówczas pozostający w zmowie wykonawcy mogliby w jeszcze łatwiejszy sposób wpłynąć na wynik Postępowania i poprzez swoje działania i zaniechania

---

doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej tej oferty spośród złożonych przez te Konsorcja, która opiewała na wyższą cenę.
Wskazać należy w pierwszej kolejności na fakt, iż łączne ceny zaoferowane przez Konsorcjum NR za wykonanie tych części zamówienia odnośnie których ofertę złożyło również Konsorcjum GNOM (w części XII, XIII i XV), są w każdym przypadku o 19 % wyższe od cen zaoferowanych przez Konsorcjum GNOM. Wskazał na analogiczny schemat kalkulacji cen jednostkowych podając przykład części XII oraz fakt zaproponowania przez obydwa konsorcja za wykonywanie poszczególnych czynności w rejonach XII, XIII i XV, takich samych cen jednostkowych, które są takie same dla poszczególnych rejonów, a w konsekwencji pozostają względem siebie w takim samym stosunku, a w przypadku jednej z czynności są identyczne (ostatnia pozycja poniższej tabeli).

Rejon XII		**Rejon XIII**		**Rejon XV**		**Różnica w cenie**
GNOM	NR	GNOM	NR	GNOM	NR	
804,63	898,15	804,63	898,15	804,63	898,15	12%
820,37	916,67	820,37	916,67	820,37	916,67	12%
838,89	937,04	838,89	937,04	838,89	937,04	12 %
890,74	996,30	890,74	996,30	890,74	996,30	12%
909,26	1040,74	909,26	1040,74	909,26	1040,74	15 %
303,33	601,85	303,33	601,85	303,33	601,85	99 %
272,22	498,15	272,22	498,15	272,22	498,15	83 %
564,44	1000,93	564,44	1000,93	564,44	1000,93	78%
710,00	816,50	710,00	816,50	710,00	816,50	15 %
263,89	263,89	0,00	0,00	0,00	0,00	0%

Również stosunek cen z upustami, zaproponowanych przez Konsorcjum NR w poszczególnych rejonach, do cen z upustami zaproponowanych dla tych rejonów przez Konsorcjum GNOM, jest identyczny.
Biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego stwierdzić należy, że nie jest w ogóle możliwe dokonanie tak precyzyjnej wyceny obu ofert, aby w każdej pozycji różnice w cenach jednostkowych za wykonanie danej czynności, i to zarówno w cenach jednostkowych bez upustu, jak i w cenach jednostkowych z upustami, wyrażały się takim samym procentem w każdym z trzech „wspólnych" rejonów.
Skoro łączna cena zaoferowana przez Konsorcjum NR za wykonanie poszczególnych części zamówienia jest o 19 % wyższa od łącznych cen zaoferowanych za wykonanie tych samych części zamówienia przez Konsorcjum GNOM, a ponadto ceny jednostkowe zawarte w załącznikach do oferty złożonej przez Konsorcjum NR i oferty złożonej przez Konsorcjum GNOM są określone przez tych wykonawców identycznie dla każdej z części zamówienia, to

---

nie może być wątpliwości, że ceny te musiały zostać określone wspólnie przez oba Konsorcja, co jest z całą pewnością podstawowym wyznacznikiem zmowy przetargowej. Taka różnica w cenach za wykonanie trzech części zamówieniach (tych części, na które oferty składało jedno i drugie konsorcjum) nie może być przypadkowa.
Również porównanie formy obu ofert wskazuje jednoznacznie, że były one przygotowywane przez te same osoby. Oferty te mają identyczny wygląd i formę, tj.: oferty te napisane są identyczną czcionką i nie jest to czcionka użyta przez Zamawiającego we wzorze oferty (formularza oferty) załączonym do SIWZ, w obu ofertach użyte zostały te same dodatkowe wyrazy, które nie były zawarte we wzorze oferty (formularza oferty) - np. „Konsorcjum firm", „Lider konsorcjum", „Uczestnik konsorcjum", treść punktu 5, w obu ofertach nastąpił podział

części formularza przeznaczonej do wpisania danych wykonawcy na dwa punkty - punkt 1 zawierający dane lidera konsorcjum i punkt 2 zawierający dane uczestnika konsorcjum, każda z ofert zawiera identyczny spis treści, w każdej z ofert występują te same błędy – np. w jednym i drugim przypadku w nazwie zamówienia, zamiast „m. st." wpisano „m. sł", w punkcie 6 spisu treści każdej z ofert wpisano „prowadzenia" zamiast „prowadzenie", z kolei w punkcie 7 spisu treści każdej z ofert wpisano „prowadzeni" zamiast „prowadzenie", w każdej z ofert w identyczny sposób wyrażono daty (punkt 5 ofert i ostatni wiersz).
W ocenie Odwołującego, powyższe okoliczności muszą prowadzić do wniosku, że obaj wykonawcy, tj. Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM, działali w zmowie i w sposób niedozwolony zamierzali wpływać na wynik Postępowania w poszczególnych częściach zamówienia. Odwołujący stwierdza, że celem porozumienia zawartego przez Konsorcja było zmniejszenie szans na uzyskanie zamówienia przez pozostałych wykonawców (którzy składali oferty samodzielnie i samodzielnie brali udział w aukcjach elektronicznych, a więc nie mieli tak „dogodnej" pozycji jak Konsorcjum GNOM i Konsorcjum NR i nie mogli uzgadniać poszczególnych cen, upustów i postąpień w aukcjach elektronicznych), a w konsekwencji doprowadzenie do wyboru przez Zamawiającego w poszczególnych częściach zamówienia oferty któregoś z powiązanych Konsorcjów.
W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności Zamawiający miał wszelkie podstawy do stwierdzenia, że Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM zawarli porozumienie, stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, będące podstawą do odrzucenia złożonych przez nich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP. Skoro zaś Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez Konsorcjum NR (i Konsorcjum GNOM - w odniesieniu do innych części zamówienia), to nie tylko dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, ale również przepisów art. 7 ust. 1 i 3 PZP.
[zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP]

W ocenie Odwołującego Konsorcjum NR nie potwierdziło spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający w cz. III pkt 1.1) (SIWZ) wymagał posiadania przez wykonawców:
a) aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności określonej w art. 28 ustawy o odpadach tj. na transport odpadów z czyszczenia ulic i placów (minimum kod 20 03 03),
b) aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności określonej w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. na odbiór od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 03).
Tymczasem z dokumentacji Postępowania wynika j, że - na dzień składania ofert w, tj. na dzień 29 lipca 2011 roku, na godzinę 9.00, Konsorcjum NR nie spełniało warunku udziału w Postępowaniu w postaci posiadania aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (kod 20 03 03). Konsorcjum to, a właściwie jeden z jego uczestników, tj. Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „Flora" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jest wprawdzie adresatem decyzji nr 714/OŚ/2011 wydanej przez Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy, dotyczącej zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jednakże w dniu składania ofert decyzja ta nie była decyzją ostateczną i nie uprawniała do wykonywania działalności w niej określonej. Jak wynika z treści decyzji i adnotacji na niej, przedmiotowa decyzja została wydana w dniu 29 lipca 2011 roku i w tym dniu doręczona adresatowi. Oznacza to więc, że w dniu składania ofert decyzja ta nie była decyzją ostateczną (stała się nią dopiero w dniu 12 sierpnia 2011 roku) oraz nie uprawniała do prowadzenia działalności w niej określonej.
Zgodnie bowiem z treścią pierwotnej decyzji wydanej dla PUO „Flora" Sp. z o.o. (nr 164/OŚ/2004) wykonawca ten nie posiadał zezwolenia na odbiór odpadów o kodzie 20 03 03, a jedynie na odbiór odpadów komunalnych (kod 20 03 01). Zgodnie z pismem Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 17 maja 2011 roku (znak: OŚ-I-KKW-7032-17-4-11) została wszczęta procedura cofnięcia tej decyzji ze względu na postępowanie niezgodne z wydaną decyzją (utylizacja odpadów zielonych w innej instalacji niż wskazano w zezwoleniu, a były to jedyne odpady jakie PUO Flora Sp. z o.o. skierowało w 2010 roku do utylizacji, oraz nieprawdziwymi obowiązkowymi składanymi raz na kwartał sprawozdaniami, których mimo wcześniejszego wezwania nie poprawiono). Dopiero w dniu 29.07.2011 r. Prezydent m.st. Warszawy Decyzją nr 713/OŚ/2011 z dnia 29.07.2011 umorzył postępowanie cofnięcia zezwolenia dla firmy PUO Flora Sp. z o.o. Skoro więc decyzja nr 714/OŚ/2011 zmieniała decyzję nr 164/OŚ/2004 wprowadzając nowe rodzaje działalności, a

nie zmieniała wyrażonej w tej pierwotnej decyzji zasady, że działalność objętą danym zezwoleniem można wykonywać dopiero po uprawomocnieniu się decyzji zezwalającej na jej prowadzenie, to działalność w zakresie odbierania od właścicieli nieruchomości odpadów

---

komunalnych (kod 20 03 03) mogła być prowadzona przez PUO „Flora" Sp. z o.o. dopiero po uprawomocnieniu się decyzji nr 714/OŚ/2011, tj. po dniu 12 sierpnia 2011 roku. Oznacza to więc, że na dzień składania ofert w Postępowaniu Konsorcjum NR nie było uprawnione do prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (kod 20 03 03), a więc nie spełniło podstawowego warunku udziału w Postępowaniu. Na dzień składania ofert Konsorcjum NR (wchodzące w jego skład PUO „Flora" Sp. z o.o.) posiadało ważne zezwolenie jedynie na odbiór odpadów o kodach 20 02 01 i 20 03 01, a nie o kodzie 20 03 03. Skoro tak, to wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP.
Odwołujący wskazuje ponadto, że zgodnie z cz. III pkt 1.3) SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują określoną ilością posypywarek, pługów i pługoposypywarek. Dla części XIV zamówienia przewidziano obowiązek posiadania 12 posypywarek, 23 pługów i 1 pługoposypywarki. Jednocześnie w tej samej części SIWZ Zamawiający wskazał, że wymienione jednostki sprzętowe nie mogą powtarzać się w poszczególnych częściach zamówienia, na które składana jest oferta.
Porównanie ofert Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM wskazuje, że te same jednostki sprzętowe przewidziane są do wykorzystania w rejonach odnośnie których zamówienie ma uzyskać Konsorcjum NR i w rejonie XII odnośnie którego zamówienie uzyskać ma Konsorcjum GNOM. Oznacza to, że w przypadku gdyby Konsorcjum NR ostatecznie uzyskało do realizacji zamówienie w części XIV, a Konsorcjum GNOM ostatecznie uzyskało do realizacji zamówienie w części XII, określone jednostki sprzętowe (o numerach rejestracyjnych: WPU 40AX, WZI 441H, EL 0534F, EL 790JS, EL 684CT, EL 6955N, EL 426KN, EL 681CS, EL 4847X, EL 072JK, EL 172KN, EL 0851P, EL 3923P, EL 356FV i EL 819KM) powtarzać się będą w poszczególnych częściach zamówienia. W tych okolicznościach wystąpi więc sytuacja, której zakazał Zamawiający, to znaczy jednostki sprzętowe będą się powtarzać w poszczególnych częściach zamówienia. Sytuacja taka oznacza też, że Konsorcjum NR nie dysponuje w rzeczywistości sprzętem określonym w SIWZ i posługuje się zobowiązaniami podmiotów trzecich, które są pozorne, albowiem nie powodują, że Konsorcjum NR faktycznie uzyskuje możliwość dysponowania sprzętem w nich wymienionym (skoro sprzęt ten może być jednocześnie wykorzystywany przez Konsorcjum GNOM do realizacji innej części). Konsorcjum NR nie spełnia więc warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, zatem podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Nadmienić też, że już nie pierwszy raz spółka GNOM Sp. z o.o. i spółka N.R. Sp. z o.o. deklarują spełnianie warunków, których w istocie nie spełniają (wyrok KIO sygn. akt KIO 2407/10z dnia 18 listopada 2010 roku).
IV [zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP]

Konsorcjum NR złożyło oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 PZP. Zdaniem odwołującego twierdzenie o posiadaniu odpowiedniej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest niezgodne z rzeczywistością. Zwrócił uwagę na fakt, że Konsorcjum NR nie jest zdolne do wykonania zamówienia. Wskazał na zał. nr Ia, Ib i Ic do postanowień umowy, treści których wynika, że wykonawca, któremu zostanie powierzone wykonanie przedmiotu zamówienia, musi:
posiadać określony sprzęt przeznaczony do realizacji zamówienia, posiadać bazę zapewniającą możliwości postoju tego sprzętu, posiadać urządzenia do załadunku i przygotowania środków (różnego rodzaju ładowarki oraz urządzenia do wytwarzaniem solanki) w liczbie odpowiedniej do norm czasowych, posiadać samochód osobowy lub dostawczy do monitorowania tras (1 samochód na rejon), posiadać na składowisku zapas środków chemicznych wystarczający na wykonanie 15 posypań,
posiadać magazyn lub w celu uniknięcia skażenia terenu solą odizolowany od podłoża utwardzony teren o powierzchni zdolnej pomieścić wymaganą ilość środków chemicznych z możliwością zabezpieczenia przedostawania się odcieków i wód opadowych do gruntu,
posiadać plac manewrowy umożliwiający wykonanie całości prac przewidzianych umową,
posiadać miejsce do gromadzenia zmiotek uzyskanych w trakcie zamiatania, posiadać

pomieszczenia socjalne dla załogi (z uwagi na konieczność funkcjonowania w ruchu ciągłym), posiadać bazę z dostępem do mediów (prąd, woda, łączność), posiadać bazę sprzętową zlokalizowaną w odległości umożliwiającej dotarcie do rejonu działania (odśnieżania) praktycznie w przeciągu 0,5 godziny, co oznacza, że baza ta musi być zlokalizowana maksymalnie w odległości 8 km od rejonu działania (przy większej odległości nie ma żadnych szans na wykonanie działań zgodnie z normami czasowymi podanymi przez Zamawiającego).
Z rozstrzygnięcia Postępowania wynika, że Konsorcjum NR musi zabezpieczyć bazę dla 32 pługosolarek oraz 25 pługów, a także dla 60 pracowników.
Z przeprowadzonej przez odwołującego wizji lokalnej, baza Konsorcjum NR (należąca do PUO „Flora" Sp. z o.o.) nie spełnia żadnego z wymogów postawionych przez Zamawiającego. Położenie bazy przy ulicy Radzymińskiej 116, przy jednoczesnym zbliżającym się zamknięciu węzła Solidarności - Targowa (w związku z planowanymi na 2012 rok pracami przy budowie metra), powoduje niemożność wykonania prac odśnieżania w przewidzianych przez Zamawiającego normach czasowych. Ponadto powierzchnia bazy jest zbyt mała, by pomieścić wszystkie samochody przewidziane do realizacji zamówienia. Przedstawił zdjęcia bazy PUO Flora Sp. z o. o.
Dodatkowo wskazał, że Konsorcjum NR nie posiada żadnego doświadczenia w wykonywaniu prac analogicznych do przedmiotu niniejszego zamówienia.

Powyższe okoliczności winny skutkować, zdaniem odwołującego, uznaniem, że Konsorcjum NR złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z Postępowania.
Po zapoznaniu się z cenami jednostkowymi przedstawionymi przez Konsorcjum N.R. po aukcji elektronicznej wynikają fakty potwierdzające zmowę przetargową zwłaszcza dla cen podanych przez Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM powyżej 35 działań oraz fakt zastosowania cen dumpingowych dla ceny 1 zł na 1 km dla każdego działania. Odwołujący podkreśla, że cena oferty wynikająca z kosztorysu służy tylko do porównania ofert, natomiast bieżące rozliczenia (faktury) wynikają z przemnożenia faktycznie wykonanej pracy w danym miesiącu przez ceny jednostkowe. Powyższa manipulacja cenami może skutkować, że Zamawiający zapłaci znacznie większe kwoty faktur niż wynikałoby to z rozstrzygniętego postępowania przetargowego.
Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, PUK SITA Piaseczno, wniósł o uwzględnienie odwołania.
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania przytaczając argumentację zawartą w swoim stanowisku przedstawionym w sprawie odwołania o sygn. KIO 1962/11.
Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – konsorcjum GNOM oraz konsorcjum NR, wnieśli o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego stwierdziła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym także wskazane przez uczestnika naruszenie ustawowego terminu na wniesienie odwołania. W ocenie Izby termin przewidziany w art. 182 ust. 1 ustawy został dochowany wobec uwzględnienia faktu, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach zamówienia została przekazana wykonawcom dnia 1 września 2011 r. Od tej też daty biegnie termin na wnoszenie odwołania od czynności zamawiającego polegających zarówno na wyborze oferty, jak i zaniechania odrzucenia ofert lub wykluczenia wykonawców, o których to okolicznościach wykonawca może powziąć wiadomość na podstawie zawiadomienia otrzymanego zgodnie art. 92 ust. 1 ustawy pzp. Mimo jawności ofert po ich otwarciu wykonawcy nie mieli wiedzy o tym, czy i jakie oferty zostały zakwalifikowane do aukcji elektronicznej, w szczególności informacji takiej nie zawierało zaproszenie do udziału w aukcji, stąd też brak jest podstaw do twierdzenia o wcześniejszym niż 1.09.2011 r. rozpoczęciu biegu terminu do wniesienia odwołania.

W wyniku przeanalizowania stanu faktycznego ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach i podczas rozprawy

Izba uznała, że odwołania zasługują na uwzględnienie.

Będące przedmiotem rozpatrzenia Izby odwołania dotyczą zarzutów podniesionych wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zakończeniem postępowania aukcją elektroniczną, na usługi kompleksowego mechanicznego oczyszczania jezdni ulic m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2011 – 2014, Etap – 2, w częściach oznaczonych w ogłoszeniu i siwz jako części XII, XIII, XIV i XV.
W poszczególnych częściach jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez:
XII – konsorcjum GNOM, spośród pięciu ofert, które złożyli m. in. odwołujący Sita Polska sp. z o.o. w Warszawie, PUK Sita Piaseczno sp. z o.o. i konsorcjum NR,
XIII – konsorcjum NR, spośród dziewięciu ofert, które złożyli m.in. odwołujący Sita Polska sp. z o.o. w Warszawie, PUK Sita Piaseczno sp. z o.o., konsorcjum GNOM, Remondis Sp. z o.o.,
XIV - konsorcjum NR, spośród pięciu ofert, które złożyli m.in. odwołujący konsorcjum Sita Polska sp. z o.o. w Warszawie i Remondis Sp. z o.o., PUK Sita Piaseczno sp. z o.o.
Dla tej części konsorcjum GNOM oferty nie składało.
XV – konsorcjum NR, spośród sześciu ofert, które złożyli m.in. odwołujący Sita Polska sp. z o.o. w Warszawie, PUK Sita Piaseczno sp. z o.o., konsorcjum GNOM, konsorcjum NR.

W odniesieniu do zarzutu popełnienia przez Przystępujących czynu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się częściach zamówienia nr XII, XIII i XV. W częściach tych oferty złożyły konsorcja GNOM oraz konsorcjum NR, których liderzy (spółki GNOM i NR), są wzajemnie powiązani personalnie poprzez tożsamość osoby prezesa zarządu, będącego osobą podpisującą oferty oraz powiązania kapitałowe. Okoliczność ta jest niesporna, przyznana przez uczestników postępowania i potwierdzona stosownymi wpisami w Krajowym Rejestrze Sądowym w/w spółek. Przyznając rację stanowisku zamawiającemu, że wskazana okoliczność nie jest wystarczająca do stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji, a Prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, skład orzekający zauważa, że należy uwzględnić w rozpatrywanym zakresie całokształt okoliczności faktycznych. Uzasadniając podobieństwo ofert złożonych przez wskazane konsorcja przystępujący wyjaśnili w sposób wiarygodny, że w zakresie formalnym obydwu formularzy korzystali z usługi prawnej tego samego podmiotu wykonującego na ich rzecz obsługę prawną, wskazali nadto na zewnętrzny podmiot prowadzący ich księgowość. Wskazana okoliczność również sama w sobie nie powinna

---

prowadzić do wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Za istotną jednakże Izba uznaje zawartość merytoryczną ofert obejmująca oferowane ceny na poszczególne rodzaje czynności, ich wzajemne stałe proporcje wykazane w uzasadnieniu odwołania wskazujące na wspólne przygotowanie. Zauważyć należy, że łączne ceny zaoferowane przez Konsorcjum NR za wykonanie tych części zamówienia odnośnie których ofertę złożyło również Konsorcjum GNOM (w części XII, XIII i XV), są w każdym przypadku o 19 % wyższe od cen zaoferowanych przez Konsorcjum GNOM. Analogiczny schemat kalkulacji cen jednostkowych występuje w części XII, także potwierdza się fakt zaproponowania przez obydwa konsorcja za wykonywanie poszczególnych czynności w rejonach XII, XIII i XV, takich samych cen jednostkowych, które są takie same dla poszczególnych rejonów, a w konsekwencji pozostawanie względem siebie w takim samym stosunku. Zdaniem składu orzekającego analogia kalkulacji w ofertach wobec powtarzających się relacji nie jest wynikiem przypadku, a taki sposób sporządzania ofert przez wykonawców, którzy z założenia powinni ze sobą konkurować, narusza dobre obyczaje i interesy pozostałych wykonawców, którzy w odróżnieniu od przystępujących konsorcjów nie dysponowali wiedzą o innych wykonawcach i ich ofertach prowadzi do wniosku, że złożenie takich ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i wyczerpuje definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 47, poz. 211 ze zm.). W konsekwencji Izba uznała, że wskazane oferty w częściach XII, XIII i XV zamówienia podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Natomiast w części XIV zamówienia, w której wybór oferty jest kwestionowany w odwołaniu sygn. akt KIO 1963/11, wobec faktu, że której ofertę złożyło jedynie konsorcjum NR, brak jest podstaw do uznania, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przy ocenie Konsorcjum NR, które nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu należy stwierdzić, że zgodnie z cz. III pkt 1.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu od wykonawców wymagano przedstawienia aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności określonej w art. 28 ustawy o odpadach tj. na transport odpadów z czyszczenia ulic i placów (minimum kod 20 03 03), aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności określonej w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. na odbiór od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 03).
Na wezwanie zamawiającego, wykonawca konsorcjum N.R. złożył dnia 16.08.2011 r. zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych o wymaganym kodzie 20 03 03 zawarte w decyzji nr 714/OS/2011 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 29 lipca 2011 r. i w

---

tym dniu doręczonej stronie. Powyższa data była jednocześnie terminem składania ofert w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego przedmiotowa decyzja potwierdza posiadanie uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia w dacie składania ofert i spełnia powołany w siwz wymóg aktualności. Izba nie podziela odmiennego stanowiska odwołującego, iż skoro decyzja ta nie była decyzją ostateczną i prawomocną, to nie uprawniała do prowadzenia działalności w niej określonej. Należy zauważyć, że procedura administracyjna (kpa), nie zawiera instytucji prawomocności decyzji administracyjnej, natomiast reguluje kwestie wykonalności decyzji i jej ostateczności rozumianej jako stan, w którym od decyzji nie przysługuje odwołanie. Uzasadnione jest zatem rozważenie zagadnienia wykonalności decyzji nieostatecznej. Jak wynika z treści decyzji z 29.07.2011 r. została ona wydana uwzględniając wniosek strony, jaką jest PUO „Flora" Sp. z o.o., a zatem może być wykonywana także przed upływem terminu do wniesienia odwołania od niej, stosownie do art. 130 § 4, jako wydana zgodnie z żądaniem wszystkich stron (w tym wypadku występuje 1 strona). Dodatkowo można wskazać na pogląd prezentowany w literaturze przedmiotu, że zakaz wykonywania decyzji przed upływem terminu do wniesienia odwołania wskazany w art. 130 kpa dotyczy organu administracji publicznej, nie zaś strony (W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie,* 1962, s. 203; Z. Janowicz, *Komentarz,* 1995, s. 314 w nawiązaniu do stanowiska J. Pokrzywnickiego, *Komentarz,* 1948, s. 230, który stwierdził, że: "Zakaz wykonania decyzji przed upływem terminu odwołania został stworzony wyłącznie w interesie strony i ogranicza władzę, a nie stronę"). Oznacza to, że strona po doręczeniu lub ogłoszeniu treści decyzji może przystąpić do jej wykonania i to niezależnie od tego, czy decyzja nadaje jej uprawnienia, czy obciąża obowiązkiem. Z przepisu art. 130 § 1 wynika zatem, że to organ administracji publicznej nie może przed upływem terminu do wniesienia odwołania skutecznie żądać od strony wykonania decyzji ani też przystąpić do przymusowego jej wykonania (por. W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie,* 1962, s. 203). Powyższe oznacza, że wobec przedłożenia przez wykonawcę (członka konsorcjum N.R.) decyzji z dnia 29.07.2011 r. zezwalającej na zbieranie odpadów komunalnych o wymaganym kodzie 20 03 03 zarzut naruszenia 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie przez zamawiającego, jest niezasadny.

Odnośnie zarzutu braku potwierdzenia spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, który zgodnie z opisem cz. III pkt 1.3) SIWZ wskazuje, że wykonawca ma wykazać, iż dysponuje określoną ilością posypywarek, pługów i pługoposypywarek, w tym dla części XII zamówienia 11 posypywarek, 18 pługów i 1 pługoposypywarki, dla części XIII 9 posypywarek, 16 pługów i 1 pługoposypywarki, a dla części XV 8 posypywarek, 16 pługów i 1 pługoposypywarki, zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z powołanym zapisem siwz „Wymienione jednostki sprzętowe nie

---

mogą powtarzać się w poszczególnych częściach zamówienia, na które składana jest oferta."
Porównanie ofert Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM wskazuje, że te same jednostki sprzętowe przewidziane są do wykorzystania w rejonach, w których wybrano ofertę Konsorcjum NR i w rejonie XII , w którym wybrano ofertę Konsorcjum GNOM. Oznacza to, że w przypadku gdyby Konsorcjum NR ostatecznie uzyskało do realizacji zamówienia w części XIII i XV, a Konsorcjum GNOM ostatecznie uzyskało do realizacji zamówienie w części XII, określone jednostki sprzętowe o wskazanych numerach rejestracyjnych powtarzać się będą

w poszczególnych częściach zamówienia.
Izba nie podziela w rozpatrywanym zakresie stanowiska zamawiającego, iż wobec otrzymania od wykonawców pisemnych zobowiązań do udostępnienia potencjału technicznego, w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy pzp, nie jest możliwe kwestionowanie takich oświadczeń wobec złożenia ich w formie przewidzianej ustawą i postanowieniami siwz. Należy podkreślić, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy przewidujący możliwość polegania na potencjale technicznym podmiotu trzeciego wskazuje, że wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował takimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W okolicznościach przedstawionych, które Izba uznaje za dowiedzione, brak jest dowodu na dysponowanie niezbędnym potencjałem technicznym, w szczególności przeczy takiemu twierdzeniu treść pisemnych zobowiązań o oddaniu zasobów, które opiewają na te same jednostki sprzętowe w poszczególnych częściach zamówienia, a tym samym powielają. W tym konkretnym postępowaniu pisemne zobowiązania nie stanowią zatem dowodu na dysponowanie w rzeczywistości sprzętem udostępnianym wobec powielenia tego samego potencjału. Te sam sprzęt ten może być wszakże wykorzystywany przez obydwu wykonawców do jednoczesnej realizacji innych części zamówienia. W konsekwencji Konsorcjum NR i Konsorcjum GNOM nie spełnia w istocie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Następstwo powyższego ustalenia w rozpatrywanych sprawach jest dwojakie:
1/ w sprawie KIO 1963/11 wobec stwierdzenia, że złożenie oferty przez konsorcjum NR nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i oferta ta nie podlega odrzuceniu, zamawiający winien powtórzyć czynność badania oferty złożonej przez to Konsorcjum w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającym na dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym opisanym w części III pkt 1.3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe wynika z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym brak potwierdzenia spełniania warunków udziału nie uprawnia do wykluczenia wykonawcy z postępowania bez uprzedniego przeprowadzenia procedury przewidzianej w tym przepisie.

2/ wobec wskazanej na wstępie przesłanki odrzucenia ofert konsorcjum GNOM i NR w częściach XII, XIII i XV, zgodnie z art. 26 ust. 3 zdanie 1 *in fine* nie ma podstaw do wzywania wykonawców do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba uznaje, że nie potwierdziły się pozostałe zarzuty w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu odpowiednią bazą techniczną i materiałową. Należy zauważyć, że wymogi w tym zakresie nie zostały określone jako warunki udziału w postępowaniu i podlegają uzgodnieniu między stronami na etapie zawierania i wykonywania umowy; przewiduje się przy tym w postanowieniach umownych możliwości zmiany postanowień umowy w zależności od rzeczywistych potrzeb.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert konsorcjum GNOM w toku aukcji elektronicznych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w częściach XII, XIII i XV wobec składania postąpień w toku aukcji przez osobę, która nie była umocowana do działania w imieniu tego wykonawcy, niezależnie od stwierdzenia, że w toku aukcji elektronicznej, zgodnie z art. 91c zdanie drugie nie stosuje się przepisu art. 89 ustawy, Izba uznaje zarzut za nieuzasadniony. Przyjmując za odwołującym, że postąpienia składane przez wykonawcę stanowią kolejne oferty cenowe składane przez wykonawcę można stwierdzić, że jako dotyczące istotnego elementu oferty, mogą być dokonywane przez osobę mającą upoważnienie do tych czynności spełniające stanowiące pełnomocnictwo, w braku stosownych regulacji w ustawie pzp, oparte na przepisach kodeksu cywilnego. Przyjmując tezę odwołującego, że pełnomocnik konsorcjum GNOM wskazujący osobę do dokonywania czynności w toku aukcji elektronicznej, nie miał uprawnień do udzielania dalszych pełnomocnictw stosownie do art. 106 kodeksu cywilnego, stwierdzić należy, że zgodnie z postanowieniami siwz, w niniejszym postępowaniu po przeprowadzeniu aukcji, wybrany wykonawca składa pisemny dokument ofertowy potwierdzający cenę wylicytowaną potwierdzając następczo dokonane czynności.
Odnośnie zarzutu złożenia w części XIII oferty z ceną rażąco niską Izba uznaje, że zarzut nie został udowodniony. W szczególności podzielić należy stanowisko zamawiającego, że poziom ceny wybranej oferty, jakkolwiek znacząco niższy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, jest porównywalny z cenami analogicznych usług zadeklarowanymi przez wykonawców w innych częściach zamówienia, w tym ceną w części XI wylicytowaną przez odwołującego, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Należy przy tym zauważyć, że

ocenie, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, podlega cena za przedmiot zamówienia, a ewentualne zastrzeżenia co do poszczególnych składników kalkulacyjnych, wycenionych w warunkach porównywalnych drożej mimo użycia tańszych materiałów, nie mają wpływu na dokonaną ocenę.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego w zakresie obydwu odwołań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień § 3 i § 5 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: .....

.....

.....