

Sygn. akt: KIO 2691/14

WYROK
z dnia 7 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Emil Kuriata
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2014 r. przez wykonawcę AG - COMPLEX spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Miasto Stołeczne Warszawa, przy udziale wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Byś” W. B. w Warszawie, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego AG - COMPLEX spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez AG - COMPLEX spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od AG - COMPLEX spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz Przystępującego W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Byś” W. B. w Warszawie kwotę 3 600 zł [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 ze zm.] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia

1

jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 2691/14

2

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „*Odbiór, transport i przekazanie do przetworzenia odpadów w postaci przeterminowanych leków oraz termometrów rtęciowych*”, a szacunkowa wartość tego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. W postępowaniu złożone zostały oferty przez pięciu wykonawców z następującymi cenami:

- 1) SYSTEMA-Z S. P. 6 658 128,00 zł,
- 2) ECO - ABC Sp. z o.o. 2 254 467,60 zł,
- 3) AG-COMPLEX Sp. z o. o. 1 800 060,00 zł,
- 4) BYŚ W. B. 1 587 750,00 zł,
- 5) PARTNER D. A. 1 197 123,60 zł

W toku badania i oceny ofert Zamawiający zwrócił się wykonawcy D. A., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Partner” D. A. w Warszawie na podstawie art. 90 ustawy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co nastąpiło w wyniku zasygnalizowania takiej potrzeby przez Przystępującego. W odpowiedzi ów wykonawca podał, że istotnie, dokonał nieprawidłowej kalkulacji ceny w swojej ofercie i oświadczył, że nie może podjąć się realizacji zamówienia za podaną przez siebie cenę: *„Wystosowanie takiego zapytania zmusiło nas do ponownego, dokładnego sprawdzenia formularza cenowego i wszystkich elementów składowych wpływających na wysokość ceny. Po wnikliwej analizie odkryliśmy, że w złożonej przez nas ofercie doszło do omyłki pisarskiej, polegającej na błędnym wpisaniu ceny jednostkowej dotyczącej odbioru transportu i przekazania do przetworzenia odpadów w postaci termometrów rtęciowych. Naszą intencją było wpisanie wartości 94,00 zł brutto za 1 kg odebranych odpadów, lecz omyłkowo znalazła się tam kwota 9.40 zł brutto. Błędne wpisanie ceny jednostkowej pociągnęło za sobą konsekwencje w postaci wyliczenia niewłaściwej kwoty za realizację całego przedmiotu zamówienia. Konkludując informujemy, że nie możemy podjąć się realizacji przedmiotu zamówienia po stawkach zapisanych w formularzu cenowym, gdyż nie zagwarantuje to naszej formie osiągnięcia należytego przychodu.”*

Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, dokonując wyboru oferty złożonej przez W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Byś” W. B. w Warszawie, odrzucając zarazem ofertę złożoną przez wykonawcę D. A., prowadzącego

3

działalność gospodarczą pod nazwą „Partner” D. A. w Warszawie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. W dniu 11 grudnia 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec zaniechania odrzucenia oferty AG - COMPLEX spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, jako stanowiącej przejaw czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.] oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Byś W. B. z uwagi na istnienie pomiędzy wskazanym Wykonawcą a Wykonawcą – D. A. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Partner D. A., zмовы przetargowej, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a który to wniosek należy wywieźć poprzez zachowania i czynności podjęte przez w/w Wykonawców co najmniej zmierzające do obejścia prawa, co stanowi jednocześnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 6 ust 1 pkt 7 oraz art. 6 ust 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 58 § 1 K.C, bowiem oferta złożona przez w/w Wykonawcę jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- 2) naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,
- 3) naruszeniu art. 91 ustawy PZP poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i nakazanie ponownego badania oferty złożonej przez Pana W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Byś W. B. i odrzucenie złożonej przez niego oferty, ponowne przeprowadzenie oceny ofert ważnych oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że wykonawca Partner D. A. zaoferował niską, wręcz nierealną cenę realizacji zamówienia a Zamawiający dokonał wyboru oferty nr 3 złożonej przez Byś W. B. .

Odwołujący podkreślił, iż przedsiębiorcy startujący w przedmiotowym przetargu to

profesjoniści, którzy działają na rynku od wielu lat, posiadają ogromne doświadczenie, jak

4

i wiedzę na wysokim poziomie z zakresu zamówień publicznych, co ma szczególne znaczenie przy sporządzaniu ofert przetargowych. W przypadku Wykonawcy profesjonalisty ewentualne błędy w ofertach są niezamierzone i będą podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Błędy i braki skutkujące odrzuceniem oferty, czy chociażby nieważne dokumenty w ofertach Wykonawców - profesjonalistów, są sygnałem dla konkurencji do przyjrzenia się ofertom i szukania powodów takich zachowań. Odwołujący dokonał wglądu do dokumentacji postępowania i zauważył, że wykonawca Partner D. A. załączył do oferty zaświadczenie ZUS potwierdzające brak zaległości w opłatach składek na dzień 23.06.2014 r. [termin składania ofert upływał w dniu 24.11.2014 r.], a w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy dostarczył zaświadczenie ZUS potwierdzające brak zaległości w opłatach składek na dzień 19.11.2014 r. Wykonawca Byś W. B. w związku z otrzymaną od Zamawiającego informacją z otwarcia ofert, poinformował Zamawiającego o podejrzeniu rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez Partner D. A. oraz wniósł o podjęcie przez Zamawiającego stosownych działań zmierzających do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający skierował do Wykonawcy Partner D. A. wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, na które w/w Wykonawca odpowiedział jeszcze tego samego dnia wskazując, że w złożonej ofercie doszło do omyłki pisarskiej, polegającej na błędnym wpisaniu ceny jednostkowej dotyczącej odbioru transportu i przekazania do przetworzenia odpadów w postaci termometrów rtęciowych, oraz że intencją było wpisanie wartości 94,00 zł brutto za 1 kg odebranych odpadów, lecz omyłkowo znalazła się tam kwota 9.40 zł brutto a także że nie może podjąć się realizacji przedmiotu zamówienia po stawkach zapisanych w formularzu cenowym.

Odwołujący podał, że stosownie do art. 7 ust 2 ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wszystkich Wykonawców. Celem ogłoszenia przetargu jest zagwarantowanie, że zamówienie otrzyma ten Wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Możliwe jest to tylko w sytuacji, gdy o zamówienie stara się wielu niezależnych Wykonawców, którzy nie są ze sobą w żaden sposób powiązani, a także nie mają wiedzy na temat składanych przez siebie ofert. Tylko w takiej sytuacji wykonawcy przystępujący do przetargu mają motywację by obniżyć ceny. Odwołujący podniósł, że praktyka oraz decyzje wydawane przez UOKiK ukazują jednak, że niektórzy uczestnicy rynku zamówień publicznych niejednokrotnie rezygnują z konkurencji na rzecz współpracy przy tworzeniu swoich ofert. Współpraca ta może przybierać dwie różne formy - dopuszczalną prawem formę konsorcjum, oraz działanie w zakazanych porozumieniach tzw. w zmwowie przetargowej. UOKiK w 2013 r. wydał publikację pt. „Zmowa przetargowa” w której

5

wskazał na podstawowe, najczęstsze formy współpracy przedsiębiorców działających w zmwowie:

- oferty kurtuazyjne [podkładowe, czy zabezpieczające], polegające na uzgodnieniu, że potencjalny konkurent złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego od oferty wytypowanej na zwycięską. Oferta kurtuazyjna ma na celu uwiarygodnienie konkurencyjności przetargu lub też wywołanie wrażenia, że cena z oferty wspieranej jest względnie korzystna. Zawiera ona często warunki, które nie mogą zostać zaakceptowane przez zamawiającego lub błędy formalne;

- ograniczanie ofert - w tym przypadku strony porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów zainteresowanych przetargiem nie weźmie w nim udziału. Innym wariantem mechanizmu ograniczania ofert jest umówienie się w kwestii wycofania przed rozstrzygnięciem przetargu już złożonej oferty, lub jakiegokolwiek innego działania, które spowoduje, że dana oferta w praktyce nie będzie mogła być brana pod uwagę jako najkorzystniejsza [wykonawca ją składający zostanie wykluczony, lub oferta zostanie odrzucona];

- rozstawianie i wycofywanie ofert - polega na tym, że poszczególne oferty są „rozstawiane”
- oferowane przez przedsiębiorców ceny są odpowiednio różnicowane tzn. znacznie różniące się ceną. Następnie jeśli po otwarciu i upublicznieniu ofert lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty okazuje się, że oferty członków kartelu zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana”. Analogicznie, jeśli oferty członków kartelu zajmują trzy pierwsze miejsca, wycofywane są dwie najkorzystniejsze oferty.

Zmowy przetargowe mogą wykorzystywać różne metody podziału zysków pomiędzy uczestników porozumienia. Mogą one przybierać takie formy jak:

- wypłata gotówki,
- podział rynku,
- rotacja ofert [ustalenia dotyczą kolejności wygrywania przetargów]
- podwykonawstwo,
- dodatkowe umowy.

Odwołujący podał, że UOKiK określił w publikacji również symptomy których występowanie może świadczyć o podejrzeniu wystąpienia zmowy przetargowej, wśród nich należy zwrócić uwagę w szczególności na:

- powiązania gospodarcze pomiędzy przedsiębiorcami,
- często zawierane wzajemne umowy, np. o podwykonawstwo,
- zachowanie przedsiębiorców wskazujące na znajomość ofert konkurentów.

6

Odwołujący odniósł się następnie do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym, do postawienia zarzutu zmowy przetargowej, dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Muszą to być jednak mocne poszlaki [orzeczenia w sprawach o sygn. akt: KIO 560/14, 569/14]: „Podstawa takiego domniemania musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Nie jest wystarczające wskazanie, że wniosek o zaistnieniu zmowy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności”. W jednym z wyroków SOKiK [z 7 kwietnia 2008 r. w spr. XVII AmA 117/05 okoliczność zawarcia zmowy jest oceniana po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, a co za tym idzie, każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie. Praktyka pozwoliła jednak na wypracowanie pewnych schematów, będących sygnałami ostrzegawczymi, wskazującymi na możliwość zawarcia zmowy przetargowej:

- najtańszą ofertę składa zwykle ten sam oferent,
- niektórzy oferenci nieoczekiwanie wycofują się z przetargu,
- zwycięska firma wielokrotnie podzleca wykonywanie prac firmom, które przegrały przetarg.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazał, iż każde z powyższych „symptomów” zmowy dają się zauważyć w zachowaniu obu wykonawców: tj. Byś W. B. i Partner D. A. . Taki wniosek można wysnuć mając na uwadze treść złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu oraz uwzględniając przetargi, w których w/w Wykonawcy jednocześnie brali udział na przełomie ostatnich 3 lat. Wątpliwości Odwołującego co do niekonkurencyjnych zachowań Wykonawców są w pełni uzasadnione, co potwierdzają przykłady:

- 1) Przetarg, którego dotyczy odwołanie: fakt, że ofertę z rażąco niską ceną złożył Partner D. A., w której załączono nieaktualne zaświadczenie ZUS [dokument ważny na dzień składania ofert Wykonawca przedstawia dopiero na wezwanie Zamawiającego], a także której cenę Zamawiający wyjaśnił dopiero po uzyskaniu informacji od Byś W. B. sugerującego rażąco niską cenę [wezwanie przez Zamawiającego do wyjaśnienia ceny było zainicjowane przez Wykonawcę drugiego w rankingu ofert]. W tym postępowaniu oferta Byś W. B. jest druga w kolejności po ofercie Partner D. A. .
- 2) Tożsamy przetarg, zorganizowany przez Zamawiającego w 2012 roku, w którym ofertę z najniższą ceną złożył Byś W. B. [oferta wybrana do realizacji zamówienia], a w przetargu oferty nie składał Partner D. A., jednak ofertę złożyła Ekom Sp. z o.o. [obecnie Partner Sp. w której Prezesem Zarządu jest p. E. A. będąca żoną p. D. A., a w okresie wcześniejszym w skład zarządu tej spółki wchodził również Pan D. A.] -

oferta trzecia w rankingu ofert. Zgodnie z warunkami przetargu, Wykonawca obowiązany był do dostarczenia naklejek na pojemniki z napisem „przeterminowane leki” oraz zawierające dane adresowe i kontaktowe Zamawiającego, jak i Wykonawcy oraz dodatkowo każda naklejka musiała być oznaczona logo „zakochaj się w Warszawie” – co ma istotne znaczenie, z uwagi na fakt, iż na dotychczasowych pojemnikach na leki znajdują się naklejki, na których widnieje logo firmowe [charakterystyczny listek], jak i dane adresowe Partner D. A., przy czym w nazwie występuje jedynie słowo „Partner” a adres „ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa” jest tożsamy z adresem Partner D. A. .

- 3) Przetarg BZP.271.40.2014 zorganizowany przez Urząd Miejski w Pruszkowie na zimowe utrzymanie ulic w sezonie zimowym 2014/2015, gdzie na realizację zamówienia przeznaczono 1.500.000,00 zł, w postępowaniu złożono 4 oferty, przy czym oferta z najniższą ceną złożona została przez Byś W. B. [189 084,00 zł], oferta Partner D. A. była ofertą najdroższą [494 820,00 zł], żadna ze złożonych ofert nie podlega odrzuceniu, a Zamawiający dokonuje wyboru oferty najtańszej - Byś W. B. . W tym postępowaniu Partner D. A. złożył odwołanie [w imieniu w/w Wykonawcy odwołanie składa adwokat T. K.], zarzucając rażąco niską cenę we wszystkich pozostałych ofertach, niezgodność treści wszystkich pozostałych ofert ze SIWZ, zaniechanie unieważnienia postępowania w przypadku, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu; w treści odwołania w zakresie zgodności ofert ze SIWZ, w/w Wykonawca wskazuje na błędy w obliczeniu ceny wszystkich ofert wskazując za przykład jedynie Byś W. B.,
- 4) Przetarg przeprowadzony przez Urząd Miejski w Pruszkowie, w którym wszystkie złożone oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy a postępowanie unieważnione na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy.
- 5) Przetarg Rz.271.32.2014 zorganizowany przez Urząd Miasta Legionowo na wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa: Zadanie 1: dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji, w którym oferta z najniższą ceną złożona przez Byś W. B. [wybrana do realizacji zamówienia]; w przetargu oferty nie składał Partner D. A. w ofercie Byś W. B. nie zostali wymienieni podwykonawcy [wykonawca zadeklarował realizację zamówienia samodzielnie], po czym tuż po zawarciu umowy Byś W. B. poinformował Urząd Miasta Legionowo, że usługi objęte umową będą realizowane przy udziale podwykonawcy firmy Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Płytowej 1. Odwołujący podkreślił, że zamówienie udzielone zostało w dniu 24.11.2014 r., zatem skoro Zamawiający do dnia 15.12.2014 r. uzyskał informację od Byś W. B., że będzie realizował zamówienie przy udziale

podwykonawcy, to Byś W. B. składając ofertę, przewidywał pod wykonawstwo usług, a ponadto Partner Sp. z o.o. ma dokładnie ten sam adres siedziby co Partner D. A., a zwrócić uwagę należy również na fakt, iż Prezesem Zarządu w spółce jest p. E. A. - nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż p. E. A. jest żoną p. D. A. [pierwotnie spółka powstała pod nazwą Ekom Sp. z o.o, a w skład jej zarządu wchodził również Pan D. A.].

- 6) Przetarg ZOMKP/IO/14 zorganizowany przez Zarząd Oczyszczania Miasta na Kompleksowe mechaniczne oczyszczania jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2014-2017 - etap II, gdzie oferta z najniższą ceną w częściach nr IX, X złożona przez Byś W. B. [wybrana do realizacji zamówienia], w przetargu ofertę złożył Partner D. A. na części zamówienia nr XII, XIII po czym został wykluczony z udziału w postępowaniu, w przetargu ofertę złożyła Partner Sp. z o.o. na części zamówienia nr XIV, XV [Prezesem spółki jest p. E. A. - żona p. D. A.] - Wykonawca został wykluczony z udziału w postępowaniu,
- 7) Przetarg ZOMKP/47/13 zorganizowany przez Zarząd Oczyszczania Miasta na Kompleksowe mechaniczne oczyszczania jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2014-2017 - etap I, gdzie oferta z najniższą ceną w częściach nr I, VI, VII złożona przez Byś W. B. [wybrana do realizacji

- zamówienia]; w przetargu ofertę złożył Partner D. A. [wszystkie części zamówienia], który to został wykluczony we wszystkich częściach zamówienia,
- 8) Przetarg P-7/12 zorganizowany przez Urząd Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy na Wykonanie usług związanych z bieżącym utrzymaniem porządku i czystości na ulicach gminnych w okresie zimowym na terenie Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy, gdzie w postępowaniu złożono 3 oferty - co ma szczególne znaczenie z uwagi na fakt, iż Zamawiający celem wyboru najkorzystniejszej oferty przewidział aukcję elektroniczną; oferta z najniższą ceną złożona przez Partner D. A.; oferta Byś W. B. jest ofertą najdroższą, po czym Zamawiający wykluczył Byś W. B. na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 PZP z uwagi na przedstawienie nieaktualnej opinii bankowej, co z uwagi na udział w/w Wykonawcy w wielu przetargach i skalę prowadzonej działalności jest co najmniej podejrzane, a Zamawiający dokonał wyboru oferty Partner D. A.,
- 9) Przetarg UD-II-WPZ-ZP--AMO-271-52-I-II/PNzAU-u zorganizowany przez Urząd Dzielnicy Białołęka m.st. Warszawy na Zimowe oczyszczanie ulic gminnych oraz zbieranie i pozbywanie się błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodników na terenie Dzielnicy Białołęka m. st. Warszawy w sezonie zimowym w latach 2012 - 2013], gdzie w postępowaniu złożono 4 oferty [co ma szczególne znaczenie z uwagi na fakt, iż Zamawiający celem wyboru najkorzystniejszej oferty przewidział aukcję

9

elektroniczną]: oferta Byś W. B. za cenę 2 792 161,85 zł, oferta Partner D. A. za cenę 1 496 774, 93 zł; do otwarcia aukcji elektronicznej, żadna z ofert nie podlegała odrzuceniu, w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, oferta z najniższą ceną została złożona przez Partner D. A. za cenę 798 354,70 zł a oferta Byś W. B. była trzecia w rankingu ofert po aukcji, za cenę 1 476 161,85 zł. Zamawiający wezwał Partner D. A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a wykonawca złożył wyjaśnienia, z których jednoznacznie wynika zaoferowanie rażąco niskiej ceny, Byś W. B. składa odwołanie, zarzucając, iż druga oferta w kolejności jest ofertą z rażąco niską ceną [oferta za cenę 805 354,69 zł - którą Zamawiający również wezwał do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust 1 PZP. KIO wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 2809/11 oddaliła odwołanie Byś W. B., z uwagi na fakt, iż zarzuty nie potwierdziły się.

- 10) Przetarg UD-II-WPZ-ZP-AMO-3401-49-I-10/PNzAU-u zorganizowany przez Urząd Dzielnicy Białołęka m. st. Warszawy na Zimowe oczyszczanie dróg gminnych oraz zbieranie i pozbywanie się błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodników na terenie Dzielnicy Białołęka m. st. Warszawy w sezonie zimowym 2011 r., gdzie w postępowaniu złożono 4 oferty [co ma szczególne znaczenie z uwagi na fakt, iż Zamawiający celem wyboru najkorzystniejszej oferty przewidział aukcję elektroniczną] - oferta Byś W. B. za cenę 450 398,88 zł, oferta Partner D. A. za cenę 340 945,40 zł. Do otwarcia aukcji elektronicznej, żadna z ofert nie podlegała odrzuceniu; w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, oferta z najniższą ceną została złożona przez Partner D. A. za cenę 340 945,40 zł [oferta Byś W. B. - druga w rankingu ofert po aukcji, za cenę 450 398,88 zł] zamówienie udzielono Partner D. A. .

W ocenie Odwołującego, zachowania Wykonawców: Byś W. B. oraz Partner D. A. można przypisać do form kształtowania zмовы przetargowej oraz metod podziału zysku zdefiniowanych przez UOKiK:

- Wykonawcy przystępując do różnych postępowań, w porozumieniu składają oferty: zawierające błędy formalne [błędne wyliczenie ceny w przedmiotowym przetargu oraz w zamówieniu BZP.271,40.2014]; niekompletne lub zawierające dokumenty nieaktualne [nieaktualna opinia bankowa w zamówieniu P-7/12 i nieaktualne zaświadczenie ZUS w przedmiotowym zamówieniu, które zawierają rażąco niską cenę [w zamówieniu UD-II-WPZ-ZP-AMO-271 - 52-1-11/PNzAU, jak i w przedmiotowym zamówieniu],

celem stworzenia pozornej konkurencji, przy czym w rezultacie, oferta z najniższą ceną jest odrzucana,

- Wykonawcy współpracują ze sobą na zasadzie zobowiązań wzajemnych [podwykonawstwa], przy czym współpraca pojawia się dopiero na etapie realizacji zamówienia - w żadnym z postępowań Wykonawcy nie wykazali podwykonawstwa na etapie składania oferty [zamówienia: ZP/JK/271/III-64/12, Rz.271.32.2014],

- pomiędzy Byś W. B. oraz Partner D. A. oraz Partner Sp. z o.o. [dawniej Ekom Sp. z o.o.] istnieją powiązania gospodarcze i osobowe, które uwypuklają się poprzez zachowanie tych przedsiębiorców po uzyskaniu zamówienia [podwykonawstwo ujawnione, bądź nieujawnione],

- Wykonawcy przed KIO są reprezentowani przez tego samego pełnomocnika.

Powyższe okoliczności oceniane w świetle zasad doświadczenia życiowego wskazują – zdaniem Odwoływającego - w sposób niebudzący wątpliwości, że Wykonawcy Byś W. B. oraz Partner D. A. działają w porozumieniu, stwarzając jedynie pozory uczciwej konkurencji w przetargach, w których starują. Nawet gdyby przyjąć, że każda ze wskazanych powyżej sytuacji w danym przetargu, oceniana samodzielnie, nie stanowi wystarczającego dowodu na istnienie porozumienia między Wykonawcami, to ich łączne występowanie nie może być ocenione jako działanie przypadkowe a tym samym musi być uznane za wynik porozumienia ograniczającego konkurencję.

W ocenie Odwoływającego zachowania Wykonawców, w przedmiotowym, jak i historycznych przetargach wyczerpują przesłanki deliktu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Zgodnie z orzecznictwem KIO, czyn utrudniania dostępu do rynku nie musi wiązać się z wyeliminowaniem pozostałych konkurentów z postępowania [wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r., KIO 1565/12]. Odwoływający zwrócił uwagę na pogląd, zgodnie z którym „*stworzeniem warunków wymuszających na klientach dokonanie wyboru określonego przedsiębiorcy oraz ograniczeniem dostępu do rynku jest składanie ofert przez podmioty powiązane ze sobą kapitałowo, organizacyjnie, udostępniające sobie potencjał osobowy oraz zasoby w postaci doświadczenia i oferujące ten sam produkt, w sytuacji, gdy wykluczenie jednego z nich lub odrzucenie złożonej przez niego oferty prowadzi nie do wyboru oferty niezależnego konkurującego wykonawcy, lecz do wyboru oferty wykonawcy powiązanego*” [wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r., KIO 1225/12, KIO 1229/12]. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, w

którym na skutek ofert złożonych przez Wykonawców działających w porozumieniu nie uzyskał zamówienia Wykonawca faktycznie konkurujący.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie sprzeczne z dobrymi obyczajami pozostaje działanie w ścisłym porozumieniu Wykonawców, którzy winni konkurować w postępowaniu. Działanie takie narusza interes Zamawiającego - klienta w rozumieniu przywołanego przepisu. Ziszczenie przesłanek zawartych w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji [wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007 r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r., KIO 2819/11]. Odwoływający przywołał także wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 w sprawie o sygn. akt 517/13: „*W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścili się wskazani wykonawcy [określanego potocznie mianem „zmowy przetargowej”] do zastanych norm prawnych UZNK, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji nawet ewentualne uznanie, że -*

wokolicznościach sporu - nie wystąpiły przesłanki kwalifikujące dane działanie jako czyn z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prowadzi jedynie do zbadania, czy wystąpiła sytuacja opisana w art. 3 ust. 1 ww. ustawy, statuującym uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. [...] Tym samym dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, należy ustalić czy nastąpiło wystąpienie tzw. deliktu nazwanego [art. 5-17 UZNK] albo stwierdzić wystąpienie uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji [art. 3 ust. 1 UZNK]. Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że dla prawidłowości odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą zaistnieć obie podstawy prawne, skoro zaistnienie jednej z nich niesie skutek stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Niedopuszczalna na gruncie Prawa zamówieni publicznych byłaby bowiem sytuacja, w której stwierdzenie ziszczenia przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji byłoby niewystarczające dla odrzucenia oferty."

Co do zasady, Wykonawca ma prawo zawrzeć współpracę z podwykonawcą dopiero w momencie udzielenia zamówienia, niemniej jednak powyżej zostało wykazane, że wykonawcy współpracują od co najmniej 3 lat, w różnych kombinacjach [raz podwykonawcą Byś W. B. jest Partner D. A., innym razem Partner Sp. z o.o. którą reprezentuje żona p. D.

12

A.]. W tej sytuacji można zacytować wyrok KIO z dnia 20.06.2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1353/13: „Przepisy p.z.p. nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi oraz podejmowanie przez nich działania uczestnikami przetargu w toku procedury o zamówienie, które prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji. wpływa negatywnie na uczciwą konkurencję albo stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami”. KIO wskazała, że zakaz zawierania porozumień, których celem jest ograniczanie konkurencji dotyczy zarówno uzgodnień potwierdzonych pisemnie, jak i nieformalnych przejawów/działań przedsiębiorców w tym zakresie. Mając ten fakt na uwadze wskazała należy, iż Zamawiający zobowiązany jest do badania nie tylko porozumienia, ale również wszelkich okoliczności towarzyszących jego zawarciu i późniejszej realizacji. Odwołujący podkreśla, iż dla stwierdzenia zmywy przetargowej nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to, co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają oni osiągnąć [Wyrok KIO z dnia 14 września 2010 r. sygn. akt KIO 1874/10]. Niektóre zachowania Wykonawców pozornie stwarzają wrażenie konkurencji - w postępowaniu BZP.271.40.2014 Wykonawca Partner D. A. składa przeciwko Byś W. B. odwołanie, a w przedmiotowym postępowaniu Byś W. B. zarzuca rażąco niską cenę oferty złożonej przez Partner D. A. . Podkreślić należy, iż Prezes UOKiK za jedną z wielu okoliczności wskazujących na istnienie zmywy uznaje właśnie składanie przez uczestników przetargu - konkurujących z będącymi w zmywie Wykonawcami - środków odwoławczych.

Biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego, Odwołujący uznał, iż wykazane zostało, że wykonawcy zawarli ze sobą nieformalne porozumienie i pozostają w nim trwale, od co najmniej 3 lat. Z powyższych względów, zdaniem Odwołującego wynika istnienie uzasadnionego podejrzenia, iż złożenie ofert przez obu Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co stanowi przesłankę do odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy. Zatem w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.] oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego.

IV. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca W. B. prowadzący działalność pod nazwą „Byś” W. B. w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie.

13

V. Zamawiający uwzględnił odwołanie, zaś przystępujący wobec uwzględnienia odwołania złożył sprzeciw.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów zostanie mu udzielone zamówienie.

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Osią sporu w sprawie, wyznaczoną zakresem postawionych zarzutów jest istnienie między wykonawcą W. B. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „Byś” W. B. w Warszawie a panem D. A. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „Partner” D. A. w Warszawie umowy przetargowej, czego skutkiem miałoby być – jak postuluje Odwołujący – odrzucenie oferty W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Byś” W. B. w Warszawie jako stanowiącej przejaw czynu nieuczciwej konkurencji [art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy] a także nieważnej na mocy art. 58 § 2 Kc [art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy].

Po pierwsze, podkreślenia wymaga, że ewentualna zmowa cenowa – jeśli z taką mielibyśmy do czynienia, stanowi czyn, który należy oceniać szczególnie negatywnie, jako że wywołuje niepożądane skutki dla prawidłowości zachowań rynkowych a zarazem działa demoralizująco na jego uczestników, wywołując przekonanie, że tego rodzaju działania uchodzą bezkarnie i nie wywołują dotkliwych konsekwencji, czy są wręcz akceptowane.

Po drugie, dla stwierdzenia umowy przetargowej między wykonawcami konieczne jest stwierdzenie, że między uczestnikami rynku doszło do niedozwolonego porozumienia, którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji na rynku. Ogólny zakaz umów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów [Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.], zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny. Oczywistym jest także, że z uwagi na charakter tego rodzaju działania [w istocie – deliktu gospodarczego] a także konsekwencje, jakie się z nim wiążą, niespotykaną będzie sytuacja, że uczestnicy tego rodzaju porozumienia dadzą formalny wyraz, który pozwoli uchwycić porozumienie [np.

zawrą w tej mierze stosowną umowę] czy w inny sposób będą je eksponować. Przeciwnie, tego rodzaju porozumienie będzie zwykle starannie ukrywane i zaprzeczane przez zainteresowane podmioty. W konsekwencji, stwierdzenie umowy przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Innymi słowy, stwierdzenie umowy przetargowej, o ile odbywa się nie na podstawie wyraźnego i pozostającego poza jakimikolwiek wątpliwościami porozumienia, wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Oznacza to tyle, że nie jest właściwe ani dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygnąć na niekorzyść wykonawców co do których takie wątpliwości występują a także, że nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia. Przeciwnie – te poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego, statycznych prawidłowości jako oczywisty w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między

podmiotami. Stąd – wbrew tezie sformułowanej w odwołaniu – nie jest wystarczające dla stwierdzenia zmywy między wykonawcami dostrzeżenie „istnienia *uzasadnionego podejrzenia, iż złożenie ofert w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji*”. Dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest wystarczające podejrzenie, ale konieczne jest ustalenie zaistnienia niedozwolonego porozumienia.

W rozpatrywanej sprawie Odwołujący wykazał, czemu nie zaprzeczył Przystępujący, że w tym konkretnym postępowaniu wykonawca D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Partner” D. A. w Warszawie najpierw złożył ofertę zawierającą oczywisty brak w postaci nieaktualnego zaświadczenia z ZUS, które następnie uzupełnił, po czym - po zasygnalizowaniu przez W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Byś” W. B. w Warszawie potrzeby wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny [art. 90 ustawy] – przyznał, że tę cenę niewłaściwie skalkulował i oświadczył Zamawiającemu, że nie może się podjąć za nią realizacji zamówienia. Odwołujący przedstawił też fakt współpracy między tymi podmiotami [a także spółką, której jedynym wspólnikiem a zarazem jednoosobowym zarządem jest żona pana D. A.], która to współpraca odbywa się w formule podwykonawstwa Pana D. A. na rzecz W. B.

15

prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Byś” W. B. w Warszawie, a także fakt występowania przez tych wykonawców w różnych postępowaniach o zamówienia publiczne w roli samodzielnych i konkurujących ze sobą podmiotów.

Okoliczności zaprezentowane przez Odwołującego nie pozwalają jednak na kategorię i graniczące z pewnością stwierdzenie, że mamy do czynienia ze zmywą przetargową.

Podkreślić należy na wstępie, że ani ustawa Prawo zamówień publicznych ani inne przepisy nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców współpracujących ze sobą w ramach podwykonawstwa innych kontraktów, nie ograniczają w ramach także w żaden sposób podwykonawstwa. Sam fakt współpracy gospodarczej między wskazanymi podmiotami [której to współpracy Przystępujący zresztą nie kwestionował], nie oznacza jeszcze zaistnienia niedozwolonego porozumienia. Nie jest też niedopuszczalnym korzystanie z podwykonawcy, mimo niewskazania w ofercie zamiaru powierzenia określonej części zamówienia podwykonawcy.

Okoliczności zawiązywania określonych relacji gospodarczych między podmiotami [warto przy tym dostrzec, że są to relacje jawne i dość łatwo dające się obserwować zarówno konkurencyjnym wykonawcom jak i odbiorcom usług] nie prowadzi więc do stwierdzenia zmywy między wykonawcami.

Następnie, same czynności wykonawcy, który zakomunikował Zamawiającemu niewłaściwą kalkulację ceny swojej oferty są zastanawiające przynajmniej z kilku względów:

- wykonawca, czynnie i w sposób profesjonalny uczestniczący w sformalizowanych postępowaniach, jakimi są postępowania prowadzone na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie do kalkulacji ceny przywiązuje się dużą wagę [czego wyrazem są postanowienia SIWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny, rozbudowane formularze ofertowe, kosztorysy, regulacje zawarte w art. 89 ust. 1 pkt 6 i pkt 2 a także art. 87 ust. 2 ustawy] zwykle starannie kalkuluje cenę oferty, sprawdza jej poprawność;
- będąc w sytuacji, że jego oferta okazała się najtańszą a zatem stojąc bezpośrednio przed perspektywą wyboru oferty – to nie wykonawca sam zreflektował się w kwestii poprawności kalkulacji ceny, ale w wyniku zwrócenia się do niego przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ustawy [przy czym samo wystąpienie przez Zamawiającego zostało zainicjowane pismem Przystępującego];

16

- wykonawca udzielając wyjaśnień i wskazując na omyłkę w ofercie nie podjął próby obrony swojej oferty, wskazując przykładowo na oczywistą omyłkę, postulując jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy, ale odczłoz zrealizacji zamówienia wskazując, że nie może podjąć się realizacji zamówienia za zaoferowaną przez siebie kwotę [co istotne – nawet w razie poprawienia ceny jednostkowej z 9,40 zł na 94 zł za kg odbioru i wywozu odpadów, jakimi są leki i termometry rtęciowe, przy założonej przez Zamawiającego ilości tych odpadów, cena tego wykonawcy byłaby niższa aniżeli cena kolejnej oferty, co powinno skłaniać wykonawcę do choćby podjęcia próby obrony oferty];

- wreszcie, wskazana przez wykonawcę po wezwaniu Zamawiającego cena za odbiór i wywóz lekařstw oraz termometrów rtęciowych, która ma wynosić 94 zł za jeden kilogram jest relatywnie wysoka, przynajmniej w zestawieniu z ofertą Przystępującego, gdzie podano cenę 20 zł za kilogram. Zastanawia więc tak wysoki koszt tego odbioru, w wersji po przyznaniu przez wykonawcę niewłaściwej kalkulacji, przynajmniej w relacji do ceny innego wykonawcy, co może skłaniać do wniosku, że właśnie cena podana w ofercie [9,40 zł] jest ceną bliższą prawidłowej kalkulacji aniżeli ta, która po wyjaśnieniach została podana jako prawidłowa [94 zł]. Zamawiający jednak nie analizował dalej tej sytuacji, nie domagał się także, w kontekście powyższego od wykonawcy dalszych wyjaśnień, ani nie uznał, że mimo takich wyjaśnień cena oferty jest jednak rynkowa, zmuszając w ten sposób wykonawcę do zawarcia umowy [vide: stan faktyczny opisany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 17 września 2013 r., wydanym w spr. KIO 2159/13 a następnie w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 8 stycznia 2014 r. w spr. X Ga 652/13]. Nie można stwierdzić zatem, czy istotnie cena w ofercie wykonawcy nie została skalkulowana prawidłowo a także, jak zachowałby się ten wykonawca, gdyby - mimo jego oświadczenia, że nie może podjąć się realizacji zamówienia - Zamawiający postawił go jednak przed taką koniecznością dokonując wyboru jego oferty i żądając zawarcia umowy. Nie można wykluczyć, że uchylałby się od podpisania umowy, przyjmując na siebie zatrzymanie relatywnie niewysokiego wadium opiewającego na 40 tys. zł, co przemawiałoby za koniecznością rozważenia, czy zachowanie wykonawcy nie zmierza rzeczywiście do realizacji niedozwolonego celu.

Mimo tych wątpliwości, czego wyrazem jest złożone odwołanie a następnie podzielenie zarzutów odwołania przez Zamawiającego [uwzględnienie zarzutów odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy], nie sposób przesądzić, że opisane wyżej czynności wykonawcy, w sposób oczywisty korzystne i sprzyjające Przystępującemu, którego oferta w następstwie została uznana za najkorzystniejszą, są wynikiem zmywy przetargowej a nie przypadkowego obrotu zdarzeń.

Dla stwierdzenia zaistnienia przesłanki do odrzucenia oferty jako stanowiącej przejaw

17

czynu nieuczciwej konkurencji konieczne bowiem jest ustalenie ponad wszelką wątpliwość, że mamy do czynienia ze zmovą między wykonawcami. Zgodzić się przy tym trzeba z tymi poglądami, które eksponują, że nie jest możliwe pozyskanie dowodów bezpośrednich na istnienie nielegalnego porozumienia [to bowiem wymagałoby przyznania się do winy przez wykonawcę, lub pozyskania takiego dowodu, którego każdy, rozsądnie funkcjonujący podmiot stara się uniknąć i którego nie dokumentuje], zaś stwierdzenia takiego porozumienia dokonuje się na podstawie całokształtu okoliczności [poszlak, dowodów pośrednich], które razem rozpatrywane wskazują, że określony bieg zdarzeń nie jest możliwy bez istnienia niedozwolonego porozumienia. Innymi słowy, stwierdzenie istnienia zmywy przetargowej zwykle wystąpi w razie ustalenia, że określony zespół zdarzeń, zgodnie z zasadami logiki i prawdopodobieństwa wynikającego ze zwykłego obrotu zdarzeń nie wystąpiłby, gdyby nie miało miejsce porozumienie między podmiotami. Powyższe nakazuje rozpatrywać okoliczności towarzyszące uczestnictwu wykonawcy w postępowaniu przez pryzmat statystycznej prawidłowości, która wyraża się stwierdzeniem, czy i na ile możliwe jest wystąpienie takich pomyłek wykonawcy, które skutkują odrzuceniem jego oferty w konkretnej, dogodnej dla innego podmiotu konfiguracji w wyniku przypadku. O ile, oczywiście, takie pomyłki mogą być wynikiem przypadkowego przebiegu zdarzeń, niestaranności wykonawcy, która zdarzyło mu się popełnić przy opracowywaniu oferty, to jeśli tego rodzaju sytuacja staje się powtarzalna, nabiera częstotliwości wymykającej się spod regułu statystyki na tyle, by nie było można uznać ją za przypadkową, a dodatkowo przytrafia

się ona wykonawcy w warunkach konfiguracji ofert korzystnej dla innego podmiotu, to może to prowadzić do stwierdzenia istnienia niedozwolonego porozumienia.

Stąd właściwym jest przynajmniej zastanowienie się, czy tego rodzaju pomyłka z jaką mamy do czynienia w tym postępowaniu, jest wynikiem przypadku, czy też może aktu sprzyjania innemu wykonawcy, z którym ten współpracuje i który złożył droższą ofertę [w tym wypadku różnica między cenami ofert sięga blisko 400 tys. zł].

Na gruncie analizowanej sprawy, ustalone okoliczności nie pozwalają na wykluczenie tezy, że są wynikiem splotu przypadkowych zdarzeń:

- fakt współpracy w postaci podwykonawstwa należy rozpatrywać jako przejaw normalnego i nie wskazującego na niedozwolone porozumienie optymalizowania działalności wykonawcy, który sam w sobie nie przesądza jeszcze o istnieniu niedozwolonego porozumienia;

- przywoływana przez Odwołującego okoliczność, że wykonawca w przeszłości w jednym z postępowań odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą skorzystał z pełnomocnika, który zwykle reprezentuje drugiego wykonawcę, także nie jest oznaką takiego porozumienia,

18

szczególnie, że Przystępujący wykazał przekonująco, że tego rodzaju zabieg był wynikiem konkretnego ukształtowania stosunków między podmiotami, to jest Pan D. A. udostępnił Przystępującemu swoje zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, miał być jego podwykonawcą, był zatem w pełnym stopniu zainteresowany wynikiem postępowania odwoławczego;

- liczne, udokumentowane przez Odwołującego przypadki występowania w różnych postępowaniach o zamówienia publiczne zarówno Przystępującego jak i pana D. A., a także jedna – poza tą zaistniała w rozpatrywanym postępowaniu - sytuacja stwierdzenia nieprawidłowej kalkulacji ceny w ofercie pana D. A. nie pozwalają na dostrzeżenie takich prawidłowości [powtarzalności określonych praktyk], które by wskazywały, że tego rodzaju działania nie mogą być wynikiem przypadku;

- sam fakt pomyłki w kalkulacji ceny oferty w tym postępowaniu, jakkolwiek – jak wskazano wyżej – zastanawia, to jednak także nie pozwala w sposób definitywny i kategoryczny na przesądzenie, że nie jest wynikiem niestaranności wykonawcy a stanowi element mechanizmu służącego realizacji celu wynikającego ze zmywy między wykonawcami. Jakkolwiek bowiem należy założyć, że każdorazowo wykonawca dokonując kalkulacji ceny dokonuje refleksji nad jej wysokością, dostosowuje ją do wymagań konkretnego postępowania [przy czym, w tym postępowaniu cena za odbiór i wywóz dwóch wymaganych kategorii odpadów była szczegółowo eksponowana w formularzu ofertowym i to jako cena jednostkowa za 1 kilogram, podawana w ujęciu cyfrowym jak i słownie], to jednak nie jest także niemożliwym błędne jej skalkulowanie czy zaprezentowanie w ofercie. Wszak tego rodzaju sytuacje przewidziano już w ustawie, czego wyrazem jest funkcjonowanie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy, służącego naprawianiu różnego rodzaju błędów w ofercie. Jak wskazano uzasadnieniu projektu Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, na mocy której wprowadzono ten przepis: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych [art. 87 ust. 2]. Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście

19

zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego.”

Reasumując, Odwołujący nie sprostął wykazaniu, że całokształt zastanawiających zdarzeń, jakie wystąpiły w tym postępowaniu jest wynikiem zmywy przetargowej, a nie przypadkowego, niezamierzonego – w statystycznym rachunku prawdopodobieństwa – wystąpienia okoliczności. Wskazywane w odwołaniu okoliczności mogą być z takim samym prawdopodobieństwem spowodowane splotem przypadkowych okoliczności, jak i zawarcia między zainteresowanymi podmiotami niedozwolonego porozumienia [art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy]. W konsekwencji, nie zostało także wykazane, że oferta Przystępującego jest niezgodna z ustawą [art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy].

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający:

20

21