Sygn. akt: KIO 517/13

WYROK
z dnia 20 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2013 r. przez odwołującego, A……. R……. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych MECH - Andrzej Romaniuk" w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Sarnaki w Sarnakach,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A…… B……. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Koala" W…… W……. w części nr 3 postępowania o udzielenie zamówienia na zawarcie umowy ramowej na wykonanie usług leśnych w nadleśnictwie Sarnaki w latach 2013-2015,

---

2. kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Sarnaki w Sarnakach i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A……. R…… prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych MECH - Andrzej Romaniuk" tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Sarnaki w Sarnakach na rzecz A…….. R…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych MECH - Andrzej Romaniuk" kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Siedlcach.

……

……

……..

UZASADNIENIE

Zamawiający, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Sarnaki z siedzibą w Sarnakach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zawarcie umowy ramowej na wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Sarnaki na lata 2013-2015.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.
Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 23.01.2013 r. w Dz. Urz. UE Nr 2013/S 016-023079.

W dniu 26.02.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach w części 3 zamówienia, w tym o wyborze jako najkorzystniejszych ofert wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa:

a) Zakład Usług Leśnych Mech A……. R……..,
b) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A…… B……. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Koala" W…… W……..;

a także o odrzuceniu ofert złożonych przez:

a) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa E…… B….. i M…… W……. Firma Handlowo-Usługowa „PANDA",
b) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M…….. B…….

W dniu 07.03.2013 r. A……. R……., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Zakład Usług Leśnych MECH - Andrzej Romaniuk", wniósł do Prezesa KIO odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie

części 3 zamówienia odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A…….. B…….. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Koala" W…… W…… – co zdaniem odwołującego, doprowadziło do akceptacji zmowy cenowej.
Powyższe zaniechanie odwołujący zestawił z jednoczesnym odrzuceniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa E…….. B…… i M…… W……. Firma Handlowo-Usługowa „PANDA" oraz oferty Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M…… B……. – z powodu zmowy cenowej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:
„[…]
Zamawiający eliminuje w sposób prawidłowy i logiczny dwa podmioty - Wykonawców pozostających w zmowie, ale jednocześnie niestosuje tychże kryteriów oceny do w/w Konsorcjum. Wszelkie zarzuty słusznie przedstawione przez Zamawiającego wobec ofert odrzuconych jako ofert podmiotów działających w zmowie przetargowej, dotyczą także trzeciego w/w Wykonawcy (w/w konsorcjum).
Odwołujący się popiera w pełnej rozciągłości argumentację i zarzuty Zamawiającego wobec dwóch Wykonawców, których oferty zostały odrzucone. Jednakże analizując treść wszystkich 3 ofert, jak i okoliczności faktyczne związane z powiązaniem wszystkich trzech wykonawców partycypujących obok odwołującego się w konkurowaniu w przedmiotowym przetargu o wykonanie części nr 3 zamówienia - z łatwością doszukano się tych samych podobieństw, a nawet wiodącej roli w/w Konsorcjum, co w poniższym odpowiednio zostanie wykazane.
Oto w istocie mamy do czynienie z 5 podmiotami gospodarczymi jako współpracującymi ze sobą przedsiębiorcami w zmowie przetargowej:

1. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M……. B……., z siedzibą Grabanów 148, 21 - 500 Biała Podlaska
2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A…….. B……. z siedzibą ul. Olimpijczyków 4, 21-500 Biała Podlaska,
3. Firma Handlowo-Usługowa E……. B…… z siedzibą ul. Olimpijczyków 4, 21 - 500 Biała Podlaska,
4. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Koala" W……. W…….. z siedzibą ul. Sitkowskiego 18, 21-300 Radzyń Podlaski,
5. M…….. W…….. Firma Handlowo-Usługowa „Panda", z siedzibą ul. Sitkowskiego 18, 21-300 Radzyń Podlaski,

Z powyższego wynika, iż:

- przedsiębiorcy z pkt 1 i 2 są ze sobą spokrewnieni (o ile wiadomo odwołującemu się - są to bracia)
- przedsiębiorcy 2 i 3 mają te same siedziby (siedziby ich firm są tożsame z adresem zamieszkania),
- przedsiębiorcy 4 i 5 mają te same nazwiska i te same siedziby (o ile odwołującemu się wiadomo - to jest małżeństwo, a siedziby ich firm są tożsame z adresem zamieszkania).

Obiektywnie w/w 5 przedsiębiorców miało swobodną możliwość porozumiewania się przy tworzeniu konsorcjów i składaniu ofert w niniejszym przetargu, aby stworzyć pod pozorem konkurencji w rzeczywistości niekonkurencyjne warunki wyłonienia oferty najmniej korzystniej dla Zamawiającego. Z czego bez wątpienia skorzystano osiągając zamierzony cel, co wynika z analizy treści ofert i dotychczasowej historii udziału w/w podmiotów w innych przetargach. Podobieństwo ofert i dowolne „kombinacje konsorcjalne" w innych przetargach tworzone przez w/w 5 przedsiębiorców już na pierwszy rzut oka rażą podobieństwami.
tożsamością i powiązaniami wynikającymi już z samego określenia przedsiębiorców poprzez tylko nazwy firm i ich siedziby. Jednak traci to z pola widzenia Zamawiający, który prawidłowej weryfikacji poddaje tylko dwie oferty, pozostawiając trzecią ofertę złożoną przez konsorcjum ściśle powiązane z podmiotami, których oferty Zamawiający odrzucił.
Tak oto wszelkie cechy techniczno-biurowych podobieństw wypunktowane na str. 3 uzasadnienia Zamawiającego co do odrzucenia ofert - dotyczą faktycznie w takim samym zakresie lub z niewielkimi różnicami także oferty w/w Konsorcjum, która nie została przez Zamawiającego odrzucona. Na szczególną uwagę zasługuje porównanie proponowanych stawek i cen usług w tych trzech ofertach. O ile odrzucone dwie oferty miały - jak wskazał Zamawiający - 28 na 31 wspólnych pozycji, o tyle oferta w/w Konsorcjum 24 na 31 pozycji w odniesieniu do dwóch odrzuconych ofert. W tym miejscu warto nadmienić ze w porównaniu z ofertą odwołującego się - trzy w/omawiane oferty podmiotów działających w zmowie są bardzo odmienne. Oferta odwołującego się ma tylko dwie pozycje powtarzających się stawek - w porównaniu z Konsorcjum, którego oferta nie została odrzucona i tylko po jednej pozycji w porównaniu z ofertami, które zostały odrzucone. Zróżnicowanie stawek i cen w trzech ofertach było dostosowane do warunków specyfikacji, mówiących o wyłonieniu trzech najkorzystniejszych ofert przez Zamawiającego. Dlatego też podmioty działające w zmowie cenowej musiały stworzyć pozorne zróżnicowanie, które miało na celu stworzenie tylko pozornej konkurencji, jednak w istocie było zagwarantowaniem wyboru, któregokolwiek z podmiotów działających w zmowie.

Zamawiający pomija także w sposobie oceny ofert - fakt, że „konkurenci" zdobywają punkty przetargowe dzięki zatrudnieniu specjalisty z zakresu leśnictwa na podstawie identycznie wyglądającej umowy. Oto bowiem w jednej z odrzuconych ofert i w ofercie „konsorcjum" znajduje się identyczna umowa z A…….. B……. zawarta w tym samym dniu na identycznym wzorcu umownym. Jest to zjawisko sugerujące współpracę miedzy kontrahentami, nie zaś ich konkurowanie, bowiem warunki rynkowe dyktują w podobnych sytuacjach preferowanie zobowiązania do niekonkurencyjności. Tu zaś jak wynika z ofert i zachowań „konkurentów" - wcale im to nie przeszkadza.
Na podkreślenie zasługuje fakt, że - nie dwie (jak podaje Zamawiający), ale trzy oferty wpłynęły równocześnie i nawet w tej samej dacie były sporządzone oraz zostały przyniesione do Nadleśnictwa przez A…….. B……., czego odwołujący się był naocznym świadkiem, a co na pewno (czas wpływu) zostało odnotowane w dokumentacji przetargowej.
Faktem powszechnie znanym pozostaje, że A…….. B……., jako konsorcjant oferty, której Zamawiający nie odrzucił pozostaje z Zamawiającym w stałej współpracy biznesowej z racji pełnienia funkcji doradcy biznesowego ds. usług telekomunikacyjnych świadczonych na rzecz Zamawiającego przez firmę Polkomtel. A…….. B……. podpisuje umowy w imieniu operatora telekomunikacyjnego z Zamawiającym. Termin prowadzenia niniejszego przetargu zbiegł się w czasie ze zmianą warunków świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz Zamawiającego. Jedną z czynności z tym związanych, było dostarczanie i wymiana aparatów telefonicznych dla pracowników Zamawiającego dokonywana osobiście przez A…… B…….. .
Zamawiający także zupełnie pominął informacje z innych przetargów w ościennych Nadleśnictwach należących do RDLP (Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Lublinie),

z których wynika, że w/wymienione 5 podmiotów występuje w różnych konfiguracjach gospodarczych łącząc się w konsorcja w sposób inny niż w niniejszym przetargu - co wskazuje na ich nie-konkurencyjność i działanie w zmowie, np.: w Nadleśnictwie Międzyrzec w Międzyrzecu Podlaskim - konsorcjum utworzyli:
Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M…….. B……., z siedzibą Grabanów 148, 21 - 500 Biała Podlaska,
Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A…… B…… z siedzibą ul. Olimpijczyków 4, 21-500 Biała Podlaska.
[…]"

6

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, co zostało zreferowane powyżej.

W piśmie z dnia 26.02.2013 r. zawierającym informacje o wynikach postępowania, zamawiający wskazał, iż odrzuca ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa E……. B……. i M……. W…… Firma Handlowo-Usługowa „PANDA" oraz ofertę Przedsiębiorstwa Wielobranżowego M…… B……. na na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (w rzeczywistości zamawiającemu chodziło o art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – przypis Izby) w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
W uzasadnieniu odrzucenia ww. ofert wskazano:
„[…]
W wyniku analizy dokumentów złożonych przez wykonawców Zamawiający doszedł do przekonania, że na etapie przygotowywania ofert oraz ich składania Wykonawca M……. B…… współdziałał a nie konkurował z Konsorcjum FHU E……. B…….. oraz FHU Panda. Na istnienie takiego porozumienia i stosowania praktyk ograniczających uczciwą konkurencję wskazują następujące okoliczności faktyczne dotyczące treści, formy oraz sposobu złożenia ofert:

1. Obie oferty zostały złożone w siedzibie Zamawiającego dnia 8.02.2013 o godzinie 9.45. przez tę samą osobę.
2. Obie oferty mają identyczną formę i wygląd. Pierwsza strona obu ofert zakryta jest czysta kartkę formatu A4, oferty spięte są takimi samymi spinaczami. Każda z ofert ma taki sam układ tzn. występujące po sobie oświadczenia i dokumenty są w takiej samej kolejności. Strony oferty zostały ponumerowane w identyczny sposób, to znaczy numer strony z kropką został umieszczony w prawym górnym rogu każdej strony.
3. Koperty zostały opisane i zaadresowane pismem ręcznym, którego porównanie pozwala stwierdzić, że czynność tę wykonała ta sama osoba.

7

---

4. Formularze cenowe zostały wypełnione komputerowo przy użyciu identycznej czcionki. Liczby zostały wpisane w ten sam sposób to znaczy wyrównanie wartości w poszczególnych wierszach i kolumnach (wyrównanie cyfr w każdej komórce do środkowej górnej krawędzi). Identyczny jest również sposób oznaczenia liczb z dwoma zerami po przecinku.
5. Na 31 stawek w formularzu cenowym 28 pozycji jest identycznych. W 3 pozycjach ceny jednostkowe różnią się między sobą. W każdym przypadku różnica wynosi 1 zł. Biorąc pod uwagę zasady logiki oraz doświadczenia życiowego w ocenie Zamawiającego, taka zgodność stawek jednostkowych nie może być przypadkowa i świadczy, że ceny mogły być uzgodnione wspólnie przez Wykonawców.
6. FHU Panda M…… W……. zobowiązała się udostępnić M…….. B…… posiadaną wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie FHU Panda M…… W……. w ramach konsorcjum złożyła ofertę konkurencyjną w

stosunku do oferty M…….. B……. Fakt ten świadczy o jedynie pozornej konkurencji między Wykonawcami.

Powyższe okoliczności oceniane w świetle zasad doświadczenia życiowego wskazują w sposób niebudzący wątpliwości, że Wykonawcy działali w porozumieniu, stwarzając jedynie pozory uczciwej konkurencji. Nawet gdyby przyjąć, że każda z wskazanych przyczyn, 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 tym zakresie Zamawiający podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2012 r., KIO 1225/12, KIO 1229/12.

Należy przy tym podnieść, że udowodnienie zaistnienia tzw. „zmowy przetargowej" musi opierać się na dowodach pośrednich (tzw. poszlakach), które wskazywać mogą jedynie na większe lub mniejsze prawdopodobieństwo takiego porozumienia. Z uwagi bowiem na tajność takich porozumień praktycznie niemożliwe jest oparcie się w tym zakresie na dowodach bezpośrednich (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06).

W ocenie Zamawiającego porozumienie Wykonawców wyczerpuje przesłanki deliktu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Należy podkreślić, że 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). Warto również zwrócić 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 Krajowej Izby Odwoławczej 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 przeszedł do dalszego etapu Wykonawca faktycznie konkurujący ze stronami porozumienia. W istocie więc złożenie dwóch powiązanych ofert miało na celu doprowadzić do wyłączenie z rynku niezależnego przedsiębiorcy a tym samym ograniczenie możliwości wyboru Zamawiającego. Taki skutek pozostawałby sprzeczny z normą prawną wyrażoną w art. 100 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie sprzeczne z dobrymi obyczajami pozostaje działanie w ścisłym porozumieniu wykonawców, którzy winni konkurować w postępowaniu. Biorąc pod uwagę cel postępowania o zawarcie umowy ramowej 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).

[…]”

Ponadto Izba ustaliła, iż oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A…..…….. B…… i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Koala" W…… W……..:

1) została złożona w siedzibie zamawiającego w tym samym czasie i przez tą samą osobę, co ww. oferty – co ustalono na podstawie adnotacji na kopertach ofertowych i przyznania zamawiającego;
2) ma identyczną formę, wygląd i układ dokumentów, jak oferty wyżej wymienione, przy czym została wypełniona identycznym charakterem pisma ręcznego, co odrzucona oferta wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa E……. B……. i M…… W…… Firma Handlowo-Usługowa „PANDA" – co ustalono na podstawie porównania ofert;
3) jej koperta ofertowa została opisana i zaadresowana pismem ręcznym, którego porównanie bez żadnych pogłębionych analiz grafologicznych pozwala stwierdzić, że pochodzi od tej samej osoby, która opisywała ww. oferty – co ustalono na podstawie porównania koper ofertowych;
4) formularz cenowy w ofercie zawarty, zostały wypełniony komputerowo przy użyciu identycznej czcionki jak w ww. ofertach. Liczby zostały wpisane w ten sam sposób, to znaczy wyrównanie wartości w poszczególnych wierszach i kolumnach (wyrównanie cyfr w każdej komórce do środkowej górnej krawędzi). Identyczny jest również sposób oznaczenia liczb z dwoma zerami po przecinku – co ustalono na podstawie porównania ofert.
5) Na 31 stawek w formularzu cenowym 24 pozycji jest identycznych, jak w ww. ofertach – co ustalono na podstawie porównania ofert.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „UZNK", czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
Natomiast według art. 15 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:
1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

2. Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na:
1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy;
2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym;
3) emisji, oferowaniu oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowane przez jednego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców

pozostających w związku gospodarczym, w okolicznościach wskazanych w pkt 1 lub 2.

Podstawą dla stwierdzenia, iż wykonawcy wskazani w odwołaniu działali wspólnie i w porozumieniu przygotowując oraz składając swoje oferty, mając na celu uzyskanie możliwości wypływania na wynik postępowania wbrew założeniom ustawy i interesom zamawiającego, a

---

więc w warunkach tzw. zmowy przetargowej, stanowi ocena ustalonych okoliczności faktycznych sprawy.
Jak słusznie zauważył zamawiający w piśmie z dnia 26 lutego 2013 r., udowodnienie zaistnienie zmowy przetargowej, siłą rzeczy, w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawno-karną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego – co zostało potwierdzone wprost w powoływanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zmowy przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa.
Właśnie na podstawie dokładnie takich okoliczności pośrednich, zamawiający stwierdził zaistnienie zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa E…… B…… i M…….. W…….. Firma Handlowo-Usługowa „PANDA" oraz Przedsiębiorstwem Wielobranżowym M……. B……, a swoją decyzję w tym zakresie znakomicie uzasadnił.
Izba uznaje argumenty i twierdzenia podane przez zamawiającego w przytoczonym wyżej piśmie zamawiającego z dnia 26 lutego 2013 r., za jak najbardziej trafne. Zdziwienie budzi jedynie fakt, iż zamawiający przedstawionej przez siebie argumentacji nie odniósł również do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A…….. B……. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Koala" W…… W…….. Wszystkie twierdzenia zawarte w pkt 1-5 ww. pisma i związana z nimi argumentacja znajdują właściwie odniesienie również do tej oferty.
Okoliczności ustalone przez Izbę i zamawiającego w pełni wystarczają do powstania domniemania faktycznego stanowiącego podstawę stwierdzenia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postaci tzw. zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A…….. B……. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Koala" W……. W……., a wykonawcami, których oferty zostały uprzednio odrzucone przez zamawiającego.
Podnoszone przez odwołującego, a wręcz notoryjne (możliwe do ustalenia na podstawie

---

samej zbieżności nazw, nazwisk i siedzib podmiotów) organizacyjne lub rodzinne powiązania pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorcami składającymi oferty, sposób przygotowania i wyceniania wskazujący na ich wspólne przygotowania, przesądzają o tego typu kwalifikacji działań wykonawców. Powyższe okoliczności i tzw. formalne podobieństwa ofert są jak najbardziej wystarczające w tym zakresie. Natomiast fakt, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A…… B…….. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Koala" W…… W……, nie miało miejsce posługiwanie się osobą udostępnianą sobie przez pozostałych wykonawców lub identyczność cząstkowych cen ofertowych wystąpiła „tylko” w przypadku 24 pozycji zamiast 28, nie zmienia powyższej oceny. Nagromadzenie pozostałych okoliczności występujących w sprawie jest wystarczające dla powstania domniemania faktycznego przesądzającego o naruszeniu konkurencji w postępowaniu. Przy czym ww. wykonawcy nie uczynili nic, aby wykazać w postępowaniu odwoławczym albo przed zamawiającym okoliczności, które mogłyby podstawę tego domniemania podważyć.
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 – w okolicznościach 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. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12) 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 zamówień 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.
W rozpatrywanym przypadku Izba uznała, że działanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A…….. B……. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Koala" W…….. W……. wraz z działaniami pozostałych wykonawców, których oferty zostały odrzucone w części 3 zamówienia, pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami, co narusza interes zamawiającego – klienta w rozumieniu przywołanego przepisu. Oczywiście sprzecznym z dobrymi obyczajami i przepisami ustawy (art. 7 ust. 1 i 3 Pzp) jest działanie przez wykonawców w ścisłym porozumieniu, zamiast konkurowanie w celu uzyskania zamówienia. Zwłaszcza w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej, wykonawcy działający w porozumieniu, w przypadku zakwalifikowania ich ofert i zawarcia umowy ramowej tylko z nimi, mogliby dowolnie dyktować ceny zamawiającemu w trakcie jej wykonywania. Tym samym nie ma wątpliwości, iż działania ww. wykonawców naruszają godny ochrony interes zamawiającego. Istotą postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w warunkach uczciwej konkurencji między wykonawcami, a nie wspólne przygotowywanie ofert przez wykonawców.
Niezależnie od powyższego Izba uznała, że zachowanie ww. wykonawców wypełnia również dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 5 Pzp. Niewątpliwie stworzeniem warunków wymuszających na klientach dokonanie wyboru określonego przedsiębiorcy oraz ograniczeniem dostępu do rynku może być składanie ofert przez podmioty powiązane ze sobą kapitałowo, rodzinnie i organizacyjnie, udostępniające sobie potencjał osobowy oraz zasoby w postaci doświadczenia i oferujące ten sam produkt – w sytuacji, gdy wybór którejkolwiek z ofert prowadzi nie do wyboru oferty niezależnego, konkurującego wykonawcy, lecz do wyboru oferty wykonawcy powiązanego. Działanie takie jest sprzeczne z ustawą, gdy całokształt okoliczności faktycznych wskazuje, że przygotowując oferty wykonawcy ci współdziałali, a nie konkurowali ze sobą.
Ze względu na opisane wyżej okoliczności, potwierdzono zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, uznano, iż złożenie w przedmiotowym postępowaniu oferty przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A……. B…….. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Koala" W……. W……. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i z tego względu nakazano jej odrzucenie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do

wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....

.....

.....