

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 23 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **SIDROG sp. z o.o. z siedzibą w Błaszczach** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Remonty nawierzchni bitumicznych mieszanką mineralno-asfaltową na gorąco na drogach powiatowych, zlokalizowanych na terenie powiatu ostrowskiego* (nr postępowania 02/BU/2016) prowadzonym przez zamawiającego: **Powiatowy Zarząd Dróg w Ostrowie Wielkopolskim** przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A z siedzibą w Kaliszu** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – SIDROG sp. z o.o. z siedzibą w Błaszczach i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – SIDROG sp. z o.o. z siedzibą w Błaszczach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego – SIDROG sp. z o.o. z siedzibą w Błaszczach na rzecz zamawiającego: Powiatowy Zarząd Dróg w Ostrowie Wielkopolskim kwotę 4084 zł 76 gr (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt cztery złote

1

Sygn. akt KIO 423/16

siedemdziesiąt sześć groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów przejazdu na wyznaczone posiedzenie.

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 423/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiatowy Zarząd Dróg w Ostrowie Wielkopolskim – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz” lub „PZP”} w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane pn. *Remonty nawierzchni bitumicznych mieszanką mineralno-asfaltową na gorąco na drogach powiatowych, zlokalizowanych na terenie powiatu ostrowskiego* (nr postępowania 02/BU/2016).

Ogłoszenie tym o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 stycznia 2016 r., w tym samym daniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej {<http://www.powiat-ostrowski.pl>}.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

18 marca 2016 r. Zamawiający przekazał wykonawcom drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez w tym w zadaniu nr 1 – o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu {dalej również: „PBD”}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego – SIDROG sp. z o.o. z siedzibą w Błaszczach {dalej również w skrócie: „Sidrog” lub „Spółka”}.

23 marca 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej {pismem z 22 marca 2016 r.} do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 181 ust. 2 ustawy pzp – przez ich błędną wykładnię.
2. Art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów {dalej również „uokik”} – przez jego błędną wykładnię.
3. Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „uzna”} – przez jego błędną wykładnię.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Zamawiającego w dniu 18 marca 2016 r..
2. Dokonanie ponownej czynności oceny ofert i wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty

3

Sygn. akt KIO 423/16

złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

W odwołaniu opisano następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia:

- 14 stycznia 2016 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu;
- 1 lutego 2016 r. Sirdog złożył kompletną ofertę;
- 17 lutego 2016 r. oferta Sirdog została uznana za najkorzystniejszą;
- 23 lutego 2016 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 18 marca 2016 r. po ponownej weryfikacji i ocenie ofert Zamawiający odrzucił ofertę Sirdog, zarzucając, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, jako uzasadnienie przedstawiając analizę powiązań rodzinnych na podstawie informacji wynikających z KRS Sirdog i CEDIG dla Zakładu Budowlanego H.M. {dalej również: „H.M.” lub „H.M.”}, a także fakt udostępnienia przez tego ostatniego Sirdog zasobów sprzętowych wymaganych dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący przytoczył treść art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp i stwierdził, że dla popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymagane jest wystąpienie dwóch elementów w działaniu wykonawcy – niezgodności z prawem oraz zagrożenia dla interesów innego przedsiębiorcy, klienta lub naruszenie go. Dodał, że wystąpieniu czynu nieuczciwej konkurencji może przemawiać zestawienie okoliczności, których przypadkowe wystąpienie, gdyby np. nie współdziałanie wykonawców, nie byłoby możliwe.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z linią orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej każdorazowo należy badać konkretne zachowania wykonawcy, a odrzucenie oferty jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został należycie uzasadniony oraz udowodniony {w odwołaniu wymieniono wyroki wydane: 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2766/12), 13 sierpnia 2012 r., (sygn. akt KIO 1603/12), 2 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1287/12), 20 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1924/11)}

Zdaniem Odwołującego już z tego powodu odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż uzasadnienie prawne Zamawiającego nie zawiera żadnych konkretnych zarzutów i argumentów, a jedynie ocenę poszczególnych informacji i danych. Tymczasem choć poszlaki niekiedy wskazują na prawidłowość wniosków z nich wyciąganych, nie obowiązują żaden przepis prawa, który zakazywałby osobom powiązanym rodzinnie brać udział w postępowaniach dotyczących zamówienia publicznego. Z tego względu wnioski wyciągnięte przez Zamawiającego, właśnie na podstawie poszlak, są zbyt daleko idące.

4

Sygn. akt KIO 423/16

Odwołujący wskazał, że B.M. ma w Sirdog udziały mniejszościowe i nie posiada żadnych pełnomocnictw do działania w imieniu Spółki. Nawet gdyby stosowne pełnomocnictwo posiadałaby to zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa mogłaby reprezentować skutecznie obu ww. wykonawców. Odwołujący stwierdził, że udział B.M. w kapitale zakładowym Sirdog oraz pełnienie funkcji pełnomocnika H.M. nie przesądza o dopuszczeniu się przez Odwołującego naruszenia zakazu uczciwej konkurencji, gdyż złożył ofertę samodzielnie, bez udziału ww. wspólnika (udziałowca).

Odwołujący uznał także za chybiony argument Zamawiającego odnośnie użyczenia Sirdog przez H.M. sprzętu wraz z wytwórną. Odwołujący zauważył, że jest to porozumienie o współpracy, które nie zostało zawarte jedynie na potrzeby tego zamówienia publicznego – w zakresie dostawy mieszanki zostało zawarte 14 grudnia 2015 r. i obowiązuje do 14 grudnia 2017 r., a w zakresie sprzętu – na okres 2014-2015. Porozumienie to znane jest wielu lokalnym i nie tylko zamawiającym, w tym Zamawiającemu. Odwołujący przypomniał, że Zamawiający wielokrotnie dokonywał ważnego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mimo że powoływał się na użyczenie sprzętu od H.M., a Zamawiający o tym wiedział. Stąd według Odwołującego nieprawdziwe jest stwierdzenie, że Sirdog ma w użyczeniu od H.M. określony w porozumieniu sprzęt na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia. Odwołujący dodał, że współpracę z H.M. nawiązał wcześniej i z powodzeniem wcielał ją w życie przy realizacji zamówień publicznych na rzecz innych podmiotów. Zarówno Sirdog, jak i H.M. składali oferty w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co nie budziło nigdy u żadnego z zamawiających zastrzeżeń. Odwołujący podkreślił, że porozumienie takie wskazuje jedynie na nieskrywaną, legalną i uczciwą współpracę Sirdog z H.M. podczas realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podsumował, że same powiązania osobowe czy gospodarcze między danymi oferentami nie przesądzą o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. *Wskazać należy, że istotnie ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu (...)* {według odwołania cytata z uzasadnienia wyroku Izby z 20 czerwca 2013 r. o sygn. akt KIO/UZP 1353/13}.

Odwołujący podniósł, że złożył ważną ofertę, do której Zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń. Odwołujący oświadczył, że treść jego oferty nie była uzgadniania z H.M., zwłaszcza że podczas przygotowywania oraz składania oferty sytuacja życiowo-osobista

5

Sygn. akt KIO 423/16

H.M. była niezwykle trudna, a wszelki kontakt z nim był dodatkowo utrudniony.

Na marginesie Odwołujący dodał, że warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, którego opis sposobu dokonywania oceny sformułował Zamawiający, nie był precyzyjny, ponieważ ze względu na różne właściwości fizyczne mas proponowanych przez poszczególnych oferentów oraz mas żądanych przez różnych zamawiających, w niektórych przypadkach niemożliwym było dokonanie pewnych przeliczeń żądanych przez Zamawiającego.

zarzucił że jest Odwołujący Zamawiającemu, przez niego dyskryminowany w stosunku do pozostałych oferentów, co *de facto* stanowi czyn ograniczający uczciwą konkurencję, pozbawiając jednocześnie Zamawiającego możliwości uzyskania rzetelnej

realizacji przedmiotu zamówienia w przystępnej cenie.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, że przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty droższej niż oferta Sirdog dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Odwołujący zaznaczył, że konkurował z PBD w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i zazwyczaj składał korzystniejsze oferty. W ocenie Odwołującego działania podjęte przez Zamawiającego pod wpływem działań PBD stanowią swego rodzaju zemstę, pozbawioną rzeczywistego umocowania w stanie faktycznym oraz obowiązujących normach prawnych.

Wreszcie Odwołujący powołał się na to, że Izba badała już rzekome naruszenie zasad uczciwej konkurencji *względem* Odwołującego i w wyroku z 31 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO/UZP 1575/12), przy nieco odmiennym stanie faktycznym, potwierdziła, że mimo istnienia rodzinnych powiązań z H.M., Odwołujący nie dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

5 kwietnia 2015 r. na posiedzeniu Zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do podniesionych w nim zarzutów.

Zamawiający stwierdził, że nie ma obowiązku udowodnienia czynu nieuczciwej konkurencji, natomiast przy ujawnieniu naruszeń przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu lub przez wykonawców zasad uczciwej konkurencji ma obowiązek wyeliminować takie osoby i takich wykonawców z dalszych etapów postępowania. Przepisy pzp nie stanowią o konieczności udowodnienia okoliczności naruszenia zasad uczciwej konkurencji, natomiast wprowadzają zasadę, że już w przypadku zajścia pewnych sytuacji faktycznych – np. posługiwania się pewnymi osobami, które pozostają z wykonawcą w takim stosunku, że może to jedynie budzić wątpliwości, co do bezstronności tych osób – bez

6

Sygn. akt KIO 423/16

konieczności dowodzenia przekazania przez te osoby pewnych informacji czy wiedzy, istnieje już podstawa do wyłączenia lub wykluczenia, których dokonanie jest obowiązkiem zamawiającego {Zamawiający odesłał do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2011 r. sygn. XXIII Ga 380/11}.

Zamawiający powołał się na wyrok z 30 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2640/14, KIO 2651/14, KIO 2652/14), w którym Krajowa Izba Odwoławcza miała orzec, że między przeprowadzenie dowodów bezpośrednich potwierdzających zawarcie uczestnikami rynku porozumień o charakterze antykonkurencyjnym jest praktycznie niemożliwe, zatem dopuszczalne jest oparcie się przez organ orzekający na dowodach o charakterze pośrednim, domniemaniach faktycznych. Zamawiający wskazał, że takimi dowodami pośrednimi świadczącymi o zмовie cenowej H.M. i Sidrog są następujące dokumenty: wpis odwołującego do KRS, wpis H.M. do CEiDG, pisma od innych zamawiających o spełnianiu przez H.M. warunków udziału w postępowaniu, wykaz robót złożony przez H.M. w wyniku wezwania złożonego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Zamawiający stwierdził, że nie odrzucił oferty Odwołującego z powodu z powodu powiązań rodzinnych pomiędzy udziałowcami i prezesem zarządu Sirdog. Zamawiający zwrócił uwagę, że w odwołaniu pominięto całkowicie fakt, że H.M. składając ofertę nie załączył do niej dokumentów poświadczających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp – przedłożył dokument, który nie potwierdził spełniania tych warunków.

Zdaniem Zamawiającego H.M. uczynił to celowo, ponieważ drugą najkorzystniejszą ofertą była oferta Sirdog, którego udziałowcami są jego żona i syn.

Przy czym obaj wykonawcy doskonale wiedzieli, że H.M. spełniał warunki udziału w postępowaniu, co potwierdzają dokumenty przesłane Zamawiającemu w toku prowadzonego postępowania przez: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu (pismo WZDW z 24 lutego 2016 r.), Urząd Gminy w Opatówku (pismo z 24 lutego 2016 r.), Wójta Gminy Godziesze Wielkie (pismo z 23 lutego 2016 r.), Burmistrza Miasta i Gminy Mikstat (pismo z 24 lutego 2016 r.) oraz Wójta Gminy Czajków (pismo z 29 lutego 2016 r.).

Zamawiający wskazał, że w wyniku celowego działania H.M. wybrał (nie mając początkowo wiedzy o spełnianiu przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia) ofertę Odwołującego droższą o 139.663,43 zł. Dopiero w wyniku czynności podjętych w trybie art. 181 pzp uzyskał wiedzę o spełnianiu przez H.M. warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego opisane wyżej zachowanie H.M. i Odwołującego

7

Sygn. akt KIO 423/16

jednoznacznie pozwalają na stwierdzenie, że działania tych wykonawców są sprzeczne z prawem, ponieważ miały charakter celowy, co pozwala na postawienie tezy, że między nimi istniała zмова cenowa, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zamawiający przywołał, że w wyroku z 14 września 2010 r. (sygn. akt nr KIO/UZP 1874 /10) Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, 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. Dla Zamawiającego jasne jest, że wolą H.M. i Odwołującego było, aby to Odwołujący wygrał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przez co firmy powiązane rodzinnie uzyskały korzyść w postaci różnicy cen w ofertach złożonych przez obu wykonawców.

25 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania tego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Szczegółowo swoje stanowisko Przystępujący zaprezentował w piśmie z 4 kwietnia 2016 r., w którym w szczególności podniósł, co następuje.

Odnosnie okoliczności faktycznych, które pozwalają stwierdzić, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego doszło do zmowy przetargowej pomiędzy Sidrog a H.M., Przystępujący zwrócił w pierwszej kolejności uwagę, że choć bliskie więzy rodzinne pomiędzy P. a H.M. nie przesądzają, to bardzo uprawdopodobniają istnienie takiej zmowy. Normalne jest że ojciec i syn prowadzący działalność na tym samym rynku właściwym, składający oferty w tym samym postępowaniu oraz mający korzystać przy wykonaniu zamówienia z tego samego sprzętu uzgadniają pomiędzy sobą fakt złożenia oraz warunki ofert. Zdaniem Przystępującego brak jakiegokolwiek porozumienia dotyczącego uczestnictwa w przetargu jest nieprawdopodobny. Tym bardziej, że B.M., jako jednocześnie pełnomocnik H.M. oraz udziałowiec spółki Sidrog P.M., jest bezpośrednio zainteresowana jak najlepszymi wynikami finansowymi tej Spółki Sidrog oraz uprawniona i niejako zobowiązana do prowadzenia spraw H.M.

Według Przystępującego również bliskość siedzib obydwu zakładów znajdujących się odpowiednio w Domaniewicach i Błazkach, oddalonych od siebie o około 4 km,

8

Sygn. akt KIO 423/16

uprawdopodobnia częste kontakty i konsultacje pomiędzy wykonawcami.

Odnosnie planowanego wykonania zamówienia za pomocą tego samego sprzętu Przystępujący opisał w pierwszej kolejności, że w ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał dysponowania 11 urządzeniami. Sidrog przedstawił w wykazie sprzętu, że 9 spośród 11 wymaganych urządzeń zostanie mu udostępnionych przez H.M., w tym kluczowa dla możliwości wykonania zamówienia wytwórnia mas bitumicznych.

Zdaniem Przystępującego udostępnienie zasobów w postaci sprzętu (a więc zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia) pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie tego samego zamówienia może stanowić podstawę do przyjęcia, że doszło do

popęlnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Według Przystępującego, gdyby H.M. konkurowałby na normalnych zasadach rynkowych z Sidrog, takie udostępnienie zasobów byłoby całkowicie nieracjonalne, gdyż w interesie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zwiększanie sobie konkurencji w danym postępowaniu przez umożliwianie innym podmiotom ubiegania się o udzielenie zamówienia. H.M. nie znałby ceny oferty Sidrog i powinien się obawiać, że jeżeli będzie ona niższa od ceny jego oferty, uniemożliwi mu to uzyskanie zamówienia. Stąd racjonalnym wytłumaczeniem udostępnienia sprzętu przez H.M. na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Sidrog jest zawarcie niedozwolonego porozumienia. Dzięki zawarciu tego porozumienia H.M. uzyskał wpływ na liczbę ofert oraz poziom ceny innego wykonawcy, tj. Sidrog.

Jednocześnie Przystępujący zwrócił uwagę, że dzięki takiemu udostępnieniu H.M. nawet w sytuacji odrzucenia złożonej przez siebie oferty osiągnąłby korzyści w postaci udziału w zyskach osiągniętych przez Sidrog. Choć umowa „użyczenia” sprzętu pomiędzy Sidrog a H.M. nie zawiera postanowień co do wynagrodzenia, przewiduje jednak, że takie wynagrodzenie będzie przysługiwało użytkującemu.

Zdaniem Przystępującego nie zasługują na uwzględnienie przedstawione w odwołaniu argumenty zawarcia tej umowy nie potrzeby tego postępowania. Przystępujący zwrócił uwagę, że umowa ta nie zawiera daty, więc nie można stwierdzić, kiedy dokładnie została zawarta. Ponadto obejmuje zgodę na „użyczenie” aż 72 urządzeń. Udostępnienie tak dużej ilości sprzętu na okres dwóch lat sparaliżowałoby działalność H.M. oraz zagroziłoby wykonywanym przez niego kontraktom. Powyższa okoliczność, jak również zdawkowość postanowień umowy świadczą o tym, że każdorazowo musi dojść do uzgadniania możliwości i szczegółów „użyczenia” sprzętu. Uzgodnienia takie dotyczące musiały więc mieć miejsce również w kontekście tego postępowania.

Według Przystępującego brak sprecyzowania zarówno w umowie „użyczenia” sprzętu, jak i w umowie na dostawę mieszanki asfaltowej ceny potwierdza, że pomiędzy

Sygn. akt KIO 423/16

wykonawcami musiało dojść do konsultacji poprzedzających złożenie ofert. Racjonalny wykonawca nie może bowiem oszacować ceny oferty, jeżeli wcześniej nie określi jakie poniesie koszty, zwłaszcza że koszty wynajmu sprzętu oraz zakupu masy mineralno-asfaltowej są znaczącą częścią kosztów ponoszonych przy realizacji tego zamówienia.

W ocenie Przystępującego H.M. oraz Sidrog zastosowali mechanizm podstawienia charakterystyczny dla zmów przetargowych.

Przystępujący opisał, że H.M. do oferty nie załączył wykazu robót budowlanych oraz dowodów należytego wykonania robót na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (wymagającego wbudowania w ciągu ostatnich pięciu lat co najmniej 2000 Mg masy mineralno-asfaltowej). W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, H.M. przedstawił wykaz zawierający tylko jedną pozycję potwierdzającą wbudowanie 1043,61 ton (Mg) masy. Wobec niepotwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wykluczył H.M. z udziału w postępowaniu.

Przystępujący zrelacjonował również, że przekazanej Zamawiającemu informacji o naruszeniu prawa z z 22 lutego 2016 r. wykazał, że H.M. jedynie w okresie ostatnich dwóch lat wykonał roboty podczas których wbudował ponad 10000 Mg masy mineralno-asfaltowej. Tym samym posiada doświadczenie co najmniej 5-krotnie większe niż doświadczenie wymagane w tym postępowaniu, co zweryfikował następnie Zamawiający.

W ocenie Przystępującego w takiej sytuacji zasadne było uznanie, że H.M. celowo uzupełnił nieprawidłowy dokument, aby zostać wykluczonym z postępowania, dzięki czemu mogłaby zostać wybrana droższa oferta złożona przez Sidrog. Przystępujący wyraził przekonanie, że wykonawca posiadający doświadczenie wielokrotnie przekraczające wymagania Zamawiającego oraz wieloletnią praktykę w ubieganiu się o zamówienia publiczne nie mógł mieć problemu w zweryfikowaniu spełniania jednego, prostego warunku udziału w postępowaniu. A Zasady doświadczenia życiowego wskazują, że gdyby H. Mocnemu zależało na uzyskaniu zamówienia uzupełniłby w prawidłowy sposób dokumenty.

Przystępujący wyliczył, że co prawda na skutek nieuzupełnienia dokumentów uniemożliwiającego wybór oferty Zamawiający uzyskał prawo do zatrzymania wadium wniesionego przez H.M. w wysokości 12.000,00 zł, jednakże miało to umożliwić wybór oferty Sidrog droższej o 139.663,43 zł, a w rezultacie umożliwić rodzinie Mocny osiągnięcie dodatkowego zysku w wysokości 127.663,43 zł.

Przystępujący wskazał, że takie działania były już podejmowane uprzednio przez tych wykonawców. Z analizy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w ciągu ostatnich sześciu lat wynika, że jeżeli składali oferty sklasyfikowane na pozycjach nr 1 i

10

Sygn. akt KIO 423/16

2, wykonawca, który złożył tańszą ofertę doprowadzał do wyboru droższej oferty:

- w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Goszczanów, którego przedmiotem był „Remont drogi gminnej 114401E Goszczanów - Wroniawy - Karolina - Lipicze Olendry na odcinku 1564m w miejscowości Lipicze Olendry” Sidrog nie uzupełnił dokumentów na wezwanie zamawiającego, w związku z czym został wykluczony z postępowania, a jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez H.M.;
- w postępowaniu prowadzonym przez Gminę i Miasto Błaszki, którego przedmiotem była: „Przebudowa ciągu komunikacyjnego Żeliszew - Wąglczew w miejscowościach: Gruszczyce, Cienia, Brudzew” H.M., którego oferta została wybrana jak najkorzystniejsza, uchylił się od zawarcia umowy (w postępowaniu nie było wymagane wadium), a jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Sidrog.

Zdaniem Przystępującego okoliczność, że oferty Sidrog oraz H.M. w powyższych postępowaniach nie zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp nie oznacza, że ich złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący wyraził przekonanie, że akceptowanie takiej praktyki Sidrog oraz H.M. jest niedopuszczalne, gdyż stanowi sankcjonowanie naruszenia prawa.

Przystępujący odniósł się również do przykładów postępowań przedstawionych w odwołaniu, stwierdzając, że są one nieadekwatne, gdyż:

- w postępowaniu prowadzonym przez Powiatowy Zarząd Dróg w Ostrowie Wielkopolskim H.M. w ogóle nie złożył oferty;
- w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi H.M. oraz Sidrog składali oferty na wykonanie innych części zamówienia;
- w postępowaniu prowadzonym przez Gminy Kleczew i Wilczyn oferty H.M. oraz Sidrog zostały sklasyfikowane na dalszych pozycjach, w związku z czym ich złożenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Przystępujący podniósł, że aby osiągnąć skutek w postaci przeciwdziałania niedozwolonym porozumieniom, niezbędne jest odrzucenie ofert obydwu wykonawców. Wylimitowanie z postępowania oferty H.M. jest działaniem niewystarczającym, gdyż pozwala bowiem osiągnąć efekt, który był zamiarem niedozwolonego porozumienia – wybór tej oferty, która zawierała wyższą cenę.

W opinii Przystępującego na istnienie niedozwolonego porozumienia pomiędzy Sidrog a H.M. wskazuje również szereg podobieństw złożonych przez nich ofert:

- taka samą kolejność złożonych dokumentów (z wyjątkiem wykazu robót oraz dowodów ich należytego wykonania, które nie zostały załączone do oferty H.M.), która to systematyka nie wynika z kolejności wymienienia dokumentów w SIWZ, a zatem nie stanowi oczywistego uszeregowania dokumentów;

11

Sygn. akt KIO 423/16

- niemal identyczność pod względem graficznym wykazu sprzętu (pogrubienie nazw sprzętu w takim samym sposób, w 9 pozycjach ten sam sprzęt), co potwierdza konsultowanie się w sprawie użyczonego sprzętu bezpośrednio przed złożeniem ofert;
- dane w informacji z KRK dotyczące P. i H.M. zostały wypełnione identyczną czcionką, wnioski zostały złożone tego samego dnia, podobnie informacja została udzielona tego samego dnia, co również potwierdza współpracę.

Zdaniem Przystępującego potwierdzeniem, że powiązania osobowe i rodzinne

pomiędzy Sidrog a H.M. mają przełożenie na współpracę przy przygotowywaniu przez nich ofert świadczy złożenie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto i Gminę Mikstat, którego przedmiotem była „Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Kaliszkowice Kaliskie - Grabów Wójtostwo - ETAP 1” oferty przez H.M., która była opisana na kopercie jako oferta Sidrog. Z doświadczenia życiowego Przystępujący domniemywa, że taka omyłka nie przytrafiłaby się wykonawcom, gdyby za przygotowywanie ofert obydwu wykonawców nie odpowiadała ta sama osoba lub też nie byłyby one przygotowywane w tym samym miejscu. Sytuacja ta miała miejsce ok. pół roku przed ogłoszeniem tego postępowania, co zwiększa prawdopodobieństwo, że bezpośrednia współpraca przy składaniu ofert trwa nadal.

Przystępujący podsumował, że działania podjęte w tym postępowaniu przez H.M. oraz Sidrog naruszyły konkurencję oraz interesy pozostałych uczestników postępowania oraz Zamawiającego. Każdy z wykonawców uczestniczących w przetargu kalkuluje ponoszone koszty oraz zysk na konkretnym poziomie. Wskazując cenę w składanej ofercie wykonawca ponosi ryzyko, że albo osiągnie mniejszy zysk albo będzie miał mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia. Sidrog oraz H.M. działając w bezpośrednim porozumieniu i składając osobne oferty zmniejszyli to ryzyko, mogli podać bowiem dwie różne ceny, uzyskując przewagę nad pozostałymi konkurentami. W sytuacji, gdy okazało się, że obydwie ceny są najniższe spośród ofert złożonych w postępowaniu, chcieli doprowadzić do wyboru wyższej z nich. Takie działanie wypełnia znamiona zмовы przetargowej stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, jest sprzeczne z prawem oraz dobrymi obyczajami, w związku z czym oferta Sidrog została prawidłowo odrzucona, a odwołanie powinno zostać oddalone.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba oddaliła na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego zgłoszone w przystąpieniu oraz w odpowiedzi na odwołanie wnioski o odrzucenie odwołania.

12

Sygn. akt KIO 423/16

Po pierwsze, Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp – jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, gdyż kopia odwołania przekazana Zamawiającemu zawiera na kolejnych stronach w prawym dolnym rogu jedynie parafy, które nie zostały opatrzone żadną pieczęcią, co nie pozwala na identyfikację osoby podpisującej, w tym, czy była to osoba uprawniona do działania w imieniu Odwołującego.

Alternatywnie Przystępujący i Zamawiający wnieśli o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 pzp – z uwagi na niedopełnienie obowiązku przesłania kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 pzp, gdyż jeżeli odwołanie wniesione do Prezesa Izby zawiera podpis, nie jest to ten sam dokument, który został przekazany Zamawiającemu.

Izba stwierdziła, że odwołanie wniesione do Prezesa Izby zawiera na każdej stronie w prawym dolnym rogu nieczytelny podpis opatrzoney imienną pieczęcią, co pozwalało na ustalenie, że odwołanie zostało podpisane przez osobę uprawnioną według załączonej do odwołania informacji z KRS do reprezentowania spółki Sidrog. Ponadto podpis ten odpowiada podpisowi złożonemu na informacji o wniesieniu odwołania, który nie budził zastrzeżeń Przystępującego jako autentyczny podpis tej osoby.

Izba zważyła również, że Przystępujący i Zamawiający nie kwestionowali faktu, że kopia odwołania przesłana do Zamawiającego zawiera tożsamą treść jak odwołanie wniesione do Prezesa Izby, a do tego – zdaniem składu orzekającego Izby – sprowadza się wymóg formalny, o którym mowa w art. 180 ust. 5 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu,

odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła następujące istotne dla sprawy okoliczności:

Potwierdzone w odwołaniu {a zatem niesporne} okoliczności dotyczące następujących powiązań pomiędzy Sirdog sp. z o.o. a Zakładem Budowlanym H.M.:

- po pierwsze – osobowych (sprowadzające się do tego, że prezes zarządu tej spółki, Paweł Mocny jest synem H.M. i B.M., przy czym ta ostatnia jest zarówno współnikiem tej

13

Sygn. akt KIO 423/16

Spółki, jak i pełnomocnikiem H.M.),

- po drugie – związanych z użyczeniem Spółce przez H.M. sprzętu budowlanego oraz wytwórni mas bitumicznych przewidzianych do realizacji zamówienia (co umożliwiło Spółce spełnienie określonego w specyfikacji warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego)
- nie wyczerpywały zakresu uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Sirdog na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp {zawartego w zawiadomieniu z 18 marca 2016 r. o wynikach powtórnej oceny ofert}.

Zamawiający opisał również szczegółowo przebieg badania spełniania przez Zakład Budowlany H.M. warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia (wymagającego należytego wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wbudowania co najmniej 2000 Mg masy mineralno-asfaltowej):

- niezłożenie przez wykonawcę wraz z ofertą żadnych dokumentów na potwierdzenie spełniania tego warunku;
- złożenie przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia tego braku dokumentów, które nie potwierdzały spełniania warunku z uwagi na zbyt małą ilość wbudowanej ww. masy bitumicznej (1043,61 Mg);
- uzyskanie w toku powtórzonych czynności przez Zamawiającego wiedzy, że wykonawca w okresie 5 lat przed dniem składania ofert faktycznie wbudował ilości masy bitumicznej znacznie przekraczającą ilość wymaganą w ramach warunku, w tym 2.575,75 Mg w ramach remontu drogi wojewódzkiej nr 442 dla WZDW w Poznaniu, a ponadto dodatkowe ilości w ramach zamówień zrealizowanych na rzecz Gminy Opatówek, Gminy Godzieszyce, Miasta i Gminy Mikstat oraz Gminy Czajków {posiadanie przez H.M. takiego doświadczenia okazał się być okolicznością niesporną w toku postępowania odwoławczego}.

Zamawiający wskazał również, że przedstawienie przez H.M. dokumentów niespełniających warunków miało charakter celowy, zmierzający do wykluczenia go z postępowania, ponieważ oferta sklasyfikowana na drugim miejscu została złożona przez powiązaną rodzinnie spółkę Sirdog.

W podsumowaniu Zamawiający dokonał następującej oceny ustalonych w toku powtórzonych czynności okoliczności: *W kontekście podejścia wykonawcy H.M. do przedmiotowego postępowania – oferta złożona przy braku potwierdzenia wymaganego doświadczenia i brak potwierdzenia posiadanego wymaganego doświadczenia na skierowane do niego wezwanie Zamawiającego, przy oczywistym wyżej wykazanym posiadaniu wymaganego doświadczenia przez wykonawcę H.M., oraz złożonej drugiej cenowo oferty przez firmę SIDROG, należy stwierdzić iż oferty obu wykonawców, tj.*

14

Sygn. akt KIO 423/16

wykonawcy H.M. i wykonawcy SIDROG zostały złożone jako niekonkurencyjne. Obaj wykonawcy złożyli oferty które powodują wykroczenia przeciwko zapisom art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z nim „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Takim czynem jest opisany w art. 6 ust. 1 pkt 7 o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów czyn tzw. zмовy

przetargowej: „Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie winny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (...) warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. W związku z powyższym czyn ten stanowi w naszej ocenie, czyn nieuczciwej konkurencji.

H.M. od wielu lat udostępnia Sirdog swój potencjał techniczny, o czym świadczą zawarte pomiędzy nimi {załączone do odwołania, jeżeli nie zaznaczono inaczej}:
– Porozumienie o użyczeniu sprzętu na sezony 2011-2013 (zawierające wykaz obejmujący 65 pozycji) oraz Porozumienie o użyczeniu sprzętu na sezony 2014-2016 (zawierające wykaz obejmujący 72 pozycje) {to drugie porozumienie było też załączone do oferty Sirdog}, oba niedatowane, których treść sprowadza się do zastrzeżenia użycia sprzętu zgodnie z jego przeznaczeniem, wyrażenia zgody na wykorzystywanie sprzętu na dowolnych budowach oraz wskazaniu, że Płatność za wynajem w ciągu 14 dni od daty wystawienia rachunku;
– umów na dostawę mieszanki mineralno-asfaltowej zawartych odpowiednio 3 stycznia 2010 r., 27 grudnia 2013 r. oraz 14 grudnia 2015 r. {ta ostatnia została załączona tylko do oferty}, każda na okres 3 lat od daty zawarcia, w których treści H.M. jako dostawca deklaruje, że posiadając wytwórnię mas bitumicznych w Błazkach o zdolności produkcyjnej 240 t/godz., wyprodukuje i dostarczy na każde żądanie Sirdog jako zamawiający odpowiednią ilość betonu asfaltowego o wymaganych parametrach technicznych, przy czym szczegółowe zasady dostawy zostaną określone w odrębnej umowie po złożeniu zapotrzebowania przez zamawiającego;

Odnosnie dotychczasowej działalności Sirdog i H.M. na rynku zamówień publicznych ustalono, że:

- w przetargu na „Budowę drogi powiatowej nr 3180 na odcinku Kaliska - Gogolina - Wielkopole (gmina Kleczew i gmina Wilczyn) o długości 4,4 km” (nr postępowania ZDP-ZZ-21/2015) Sirdog i H.M. złożyli oferty mniej korzystne niż które zostały Przystępujący, przy czym złożono korzystniejsze oferty;
- w postępowaniu na „Wykonanie remontów częściowych nawierzchni bitumicznych na

15

Sygn. akt KIO 423/16

- sieci dróg wojewódzkich w 2015 r. z podziałem na zadania”, prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi – spośród 5 zadań Sirdog złożył ofertę na 2 i 4, a H.M. na 1 i 5, żadna z tych ofert nie została wybrana, gdyż nie uzyskała największej liczby punktów ani {zawiadomienie z 3 kwietnia 2015 r. załączone do odwołania};
- w przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na „Przebudowę drogi nr 5311P w m. Sieroszewice na odc. dł. ok. 900m” złożono 8 ofert, w tym Odwołujący, który uzyskał zamówienie, i Przystępujący, a H.M. nie składał w tym postępowaniu oferty {zawiadomienie z 7 lipca 2015 r. załączone do odwołania};
 - w przeprowadzonym uprzednio przez Zamawiającego postępowaniu na „Przebudowę drogi nr 5311P w m. Sieroszewice na odc. dł. ok. 900m” złożono 13 ofert, w tym Odwołujący, który złożył najkorzystniejszą ofertę, i Przystępujący, a H.M. nie składał w tym postępowaniu oferty {zawiadomienie z 1 kwietnia 2015 r. załączone do odwołania};
 - w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Goszczanów na „Remont drogi gminnej 114401E Goszczanów - Wroniawy - Karolina - Lipcze Oleandry na odcinku 1564m w miejscowości Lipcze Oleandry”, w którym złożono 6 ofert, w tym Sirdog i H Mocny, z tym że ten pierwszy uzyskał zamówienie, gdyż ten drugi nie uzupełnił dokumentów i został wykluczony za niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu {zawiadomienie z 22 lipca 2011 r. załączone do pisma przystępującego};
 - w postępowaniu prowadzonym przez Gminę i Miasto Błazki na „Przebudowę ciągu komunikacyjnego Żeliszew - Wąglczew w miejscowościach Gruszyce, Cienia, Brudzew”, po tym jak H.M. uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający w trybie art. 94 ust. 3 pzp dokonał wyboru oferty Sirdog jako kolejnej najkorzystniejszej spośród złożonych ofert {zawiadomienie z 11 kwietnia 2013 r. załączone do pisma Przystępującego};
 - w postępowaniu prowadzonym przez Miasto i Gminę Mikstat na „Przebudowę drogi gminnej w miejscowości Kaliskowice Kaliskie - Grabów Wójtostwo - Etap I” oferta

opisana na zewnątrz jako złożona przez Sidrog okazała się być ofertą H.M. {pismo z 25 sierpnia 2015 r. załączone do pisma Przystępującego}

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący

16

Sygn. akt KIO 423/16

wyказаł, że: po pierwsze – ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia – w którym złożył ofertę, która pierwotnie została uznana za najkorzystniejszą, po drugie – może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które spowodowały odrzucenie oferty Odwołującego, co uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Bezpodstawny okazał się jednak zarzut, że Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż w ustalonych powyżej okolicznościach faktycznych złożenie odrębnych ofert przez Sirdog oraz H.M. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 uokik, polegający na zawarciu pomiędzy tymi wykonawcami zakazanego na mocy art. 6 ust. 1 uokik porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, które można zaklasyfikować jako porozumienie stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy czym zarówno według orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki wydane: 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12), 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14) i 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13)), jak i doktryny (zob. D. Szczepański, *Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, komentarz praktyczny*, Wydawnictwo ABC) należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę generalną, co oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec tego należy brać pod uwagę również art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), według którego zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu pracy i ceny. Należy jednak zastrzec,

17

Sygn. akt KIO 423/16

że art. 6 ust. 1 uokik nie zawiera zamkniętego katalogu zakazanych porozumień ograniczających konkurencję, a zatem wyszczególnienie w kolejnych pkt na czym może polegać zakazane antykonkurencyjne porozumienie nie ma charakteru katalogu zamkniętego.

W doktrynie i orzecznictwie dotyczącym ochrony konkurencji porozumienie

stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik określone jest w skrócie jako tzw. zmowa

Zmowa taka może mieć w charakter porozumienia przetargowa. szczególności horyzontalnego (poziomego) tj. zawieranego pomiędzy konkurentami. Przy czym w doktrynie wskazuje się, że przejawem takiego niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego (zmowy przetargowej) mogą być: 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.); 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór {zob. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Lex 2012; K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 286; D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004; E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002}.

W przypadku zmowy przetargowej, która stanowi jedno z najcięższych naruszeń prawa konkurencji, nie wymaga się, aby porozumienie było wykonane albo odniosło jakiś skutek. Wystarczający jest sam zamiar wpłynięcia przez przedsiębiorców na wynik lub przebieg postępowania. Z tego względu na mocy art. 7 ust. 3 uokik zmowa przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu zakazu w trybie art. 7 ust. 1 uokik {zob. K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*,

Sygn. akt KIO 423/16

Warszawa 2014, s. 286; E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 86}

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem nie ma żadnego znaczenia forma porozumienia, które może być pisemne, ustne, a nawet dorozumiane. Wystarczające jest, aby zaistniały skoordynowane formy działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji {wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 kwietnia 2011 r. (sygn. akt XVII AmA 44/09)}. Także w orzecznictwie unijnym wskazuje się na ten aspekt {wyrok sądu w sprawie T-7/89 SA *Hercules Chemicals NV p-ko Komisji*, wyrok sądu w sprawie T-305/94 NV *Limburgse Wijnl Maatschappij p-ko Komisji*}.

Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) {wyroki Izby wydane: 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14), 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13), 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12) i 20 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 517/13)}. Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06) wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 kpc.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów

bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczalne w orzecznictwie.

W ocenie Izby ustalone powyżej okoliczności pozwalają na wyprowadzenie jednoznacznego wniosku, że Sidrog i H.M. zawarli porozumienie dotyczące co najmniej sposobu postępowania w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, którego przedmiotem było spowodowanie, aby wynik tego postępowania przedstawiał się inaczej niż to wynikałoby z porównania złożonych przez nich ofert, gdyby okazało się, że według przyjętych kryteriów oceny złożone oferty zostałyby sklasyfikowane na pierwszym i drugim miejscu, przez zmuszenie Zamawiającego do wykluczenia z postępowania H.M., którego oferta zawierała niższą cenę, przez nieskuteczne uzupełnienie przez tego wykonawcę dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego

19

Sygn. akt KIO 423/16

wiedzy i doświadczenia, choć faktycznie mógł on bez trudu wykazać jego spełnienie. Zachodzące pomiędzy Sidrog i H.M. powiązania rodzinne, wieloletnia współpraca przy ubieganiu się o udzielenie zamówień publicznych przejawiająca się w udostępnianiu przez H.M. zasobów, które pozwala Sidrog spełnić warunki udziału w postępowaniu lub faktycznie zrealizować zamówienia, a także fakt, że już uprzednio dwukrotnie wpływali oni w analogiczny lub podobny (przez wykorzystanie art. 94 ust. 3 pzp) sposób na wynik innych postępowań, wskazują, że powyższy wniosek jest racjonalny i uzasadniony. Natomiast takie działanie Sidrog i H.M. jest nie tylko sprzeczne z dobrymi obyczajami, które nakazują wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia konkurować pomiędzy sobą, ale wprost narusza art. 6 ust. 1 uokik, a także narusza interes Zamawiającego, który mógł uzyskać realizację zamówienia za cenę wynikającą z oferty złożonej przez H.M.. W rezultacie Zamawiający prawidłowo ocenił, że oferta Sidrog podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, które zasądzono na podstawie faktur złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:

20