

sygn. akt: KIO 2865/12

**WYROK**  
**z dnia 15 stycznia 2013r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kawa  
**Członkowie:** Dagmara Gałczewska-Romek  
Magdalena Grabarczyk

**Protokolant:** Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2013 roku, w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **GREENQL Sp. z o.o., 60-867 Poznań, ul. Norwida 15/32**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Zarząd Zieleni Miejskiej, 60-194 Poznań, ul. Strzegomska 3**,

przy udziale:

- A. **MAGARD M..... N....., 61-333 Poznań, ul. Lachowicka 24**
  - B. **Ogród-Projekt A..... S.....-L....., 61-333 Swarzędz, ul. Lachowicka 24**
  - C. **TRAWPOL Roboty Drogowe i Utrzymanie Zieleni Miejskiej, 61-063 Poznań, ul. Sławomira 19**
  - D. **Agro-Estetyka P..... K....., 62-200 Gniezno, ul. Żwirki i Wigury 16/2**
  - E. **PHU ABIES S..... G..... 62-095 Murowana Goślina, Zielonka 7**
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

oraz przy udziale:

- A. **Firma Handlowo-Usługowa LUKTRANS Ł..... R....., 62-200 Gniezno, ul. Konikowo 10-12**
- B. **KDS Sp. z o.o., 61-719 Poznań, ul. Północna 1**
- C. **ALKOM Sp. z o.o. Sp. k., 61-719 Poznań, ul. Północna 1**
- D. **ALKOM Sp. z o.o., 61-719 Poznań, ul. Północna 1**

– zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wnoszących sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części IV zamówienia, odrzucenie oferty wykonawcy KDS Sp. z o.o., 61-719 Poznań, ul. Północna 1 złożonej na część IV zamówienia oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie części IV zamówienia

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców zgłaszających sprzeciw: Firmę Handlowo-Usługowa LUKTRANS Ł..... R....., 62-200 Gniezno, ul. Konikowo 10-12, KDS Sp. z o.o., 61-719 Poznań, ul. Północna 1,; ALKOM Sp. z o.o. Sp. k., 61-719 Poznań, ul. Północna 1, ALKOM Sp. z o.o. 61-719 Poznań, ul. Północna 1,

i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **GREENQL Sp. z o.o., 60-867 Poznań, ul. Norwida 15/32**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Firmy Handlowo-Usługowej LUKTRANS Ł..... R....., 62-200 Gniezno, ul. Konikowo 10-12** na rzecz **GREENQL Sp. z o.o., 60-867 Poznań, ul. Norwida 15/32**, kwotę 3 750,00 zł / słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych/ tytułem częściowego zwrotu kosztów wpisu od odwołania
- 2.3. zasądza od wykonawcy **KDS Sp. z o.o., 61-719 Poznań, ul. Północna 1** na rzecz odwołującego **GREENQL Sp. z o.o., 60-867 Poznań, ul. Norwida 15** kwotę 3 750,00 zł / słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych/ tytułem częściowego zwrotu kosztów wpisu od odwołania
- 2.4. zasądza od wykonawcy **ALKOM Sp. z o.o. Sp. k., 61-719 Poznań, ul. Północna 1** na rzecz odwołującego **GREENQL Sp. z o.o., 60-867 Poznań, ul. Norwida 15/32** kwotę 3 750,00 zł / słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych/ tytułem częściowego zwrotu kosztów wpisu od odwołania
- 2.5. zasądza od wykonawcy **ALKOM Sp. z o.o. 61-719 Poznań, ul. Północna 1** na rzecz odwołującego **GREENQL Sp. z o.o., 60-867 Poznań, ul. Norwida 15/32** kwotę 3 750,00 zł / słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych/ tytułem częściowego zwrotu kosztów wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Poznaniu .

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

## UZASADNIENIE

Zarząd Zieleni Miejskiej w Poznaniu, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Poznania - 10 części*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24.10.2012 r. pod numerem 2012/S 205-337679.

W dniu 17 grudnia 2012 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z informacją zamawiającego, za najkorzystniejsze oferty zostały uznane oferty wykonawców:

- a) KDS Sp. z o.o. 61-719 Poznań ul. Północna 1 na część nr 4 i 5;
- b) Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... ul. Konikowo 10-12 62-200 Gniezno - na część nr 1 i 2;
- c) ALKOM Sp. z o.o. Ul. Północna 1 61-719 Poznań - na część nr 3 i 6;
- d) ALKOM Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Północna 1 61-719 Poznań - na część nr 9 i 10;

Od takiego wyboru wykonawca Green QL Sp. z o.o. ul. Norwida 15/32 60-867 Poznań wniósł odwołanie na czynność zamawiającego dotyczącej naruszenia następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 91 ust. 1, poprzez wybór jako najkorzystniejszych ofert ww. wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 3, poprzez zaniechaniu odrzucenia ofert nw. Wykonawców,
  - a) KDS Sp. z o.o. 61-719 Poznań ul. Północna 1;
  - b) Firma Handlowo-Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... ul. Konikowo 10-12 62-200 Gniezno;
  - c) PAWEKO P..... S..... Tarnowa 14 62-740 Tuliszków;
  - d) ALKOM Sp. z o.o. ul. Północna 1 61-719 Poznań;
  - e) ALKOM Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Północna 1 61-719 Poznań.

3) art. 7 ust. 1, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez uznanie, że oferty tych wykonawców nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, pomimo, że z treści ww. ofert wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawcy konsultowali się w zakresie przygotowania ofert, a tym samym wpłynęli na wyniki postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o: 1. uwzględnienie odwołania, 2.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 3.odrzucenie ofert KDS Sp. z o.o. 61-719 Poznań ul. Północna 1; Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... ul.

Konikowo 10-12 62-200 Gniezno; PAWEKO P..... S..... Tarnowa 14 62-740 Tuliszków; ALKOM Sp. z o.o. ul. Północna 1 61-719 Poznań; ALKOM Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Północna 1 61- 719 Poznań i 4. dokonanie ponownego wyboru ofert.

Na wstępie odniesienia się do treści podniesionych zarzutów wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku, gdyż gdyby zamawiający podjął prawidłowe czynności to mógłby otrzymać zamówienie w części nr 4.

Ponadto stwierdził, że nie jest możliwe prowadzenie postępowania w sposób zgodny z przepisami bez usunięcia jego całkowitej wady polegającej na odrzuceniu wszystkich ofert ww. wykonawców, złożonych na pozostałe części zamówienia.

Wskazując uzasadnienie podniesionych zarzutów podał iż w punkcie 3 (SIWZ) zamawiający zastrzegł, że każdy z wykonawców może złożyć ofertę na nie więcej niż dwie części, a w przypadku gdy jeden Wykonawca (samodzielnie lub w konsorcjum) złoży ofertę na więcej niż dwie części oferta podlegać będzie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Postanowienie to miało zachować konkurencję na rynku właściwym, tj. wybór co najmniej pięciu różnych firm, które ze sobą będą konkurować w sposób uczciwy, tak aby nie dopuścić do wyboru oferty jednego wykonawcy na realizację całości zamówienia.

Ponadto podał, że po zapoznaniu się z ofertami wybranych wykonawców stwierdził, iż wykonawcy ci stanowią grupę podmiotów ze sobą ściśle powiązanych i od lat z sobą współpracujących zarówno co podmiotu udostępniającego im swoich zasobów, udostępniania sprzętu, współpracy osób.

Jako istotną kwestię celem wykazania nieprawidłowości jakich dopuścili się ww. wykonawcy w trakcie składania ofert podał iż w trakcie postępowania zadano pytanie:

*„Prosimy o wyjaśnienie czy wykonawca, który udostępnia w postępowaniu przetargowym wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, personalny i zdolności finansowe innemu podmiotowi, może korzystać z tych zasobów biorąc udział w tym samym postępowaniu i składając niezależną ofertę”.*

Zamawiający w dniu 14.11.2012 r. w udzielonej odpowiedzi stwierdził, że ta kwestia leży w gestii wykonawcy wskazując jednocześnie *„Pragniemy jednak zauważyć, że w przypadku złożenia oferty przez Wykonawcę i jednocześnie udostępnienie innemu Wykonawcy w tym samym postępowaniu swoich zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, sytuacja ta może spowodować naruszenie przepisów: art. 58 ustawy Kodeks Cywilny, art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a także art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a w konsekwencji spowodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych lub art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych- co do zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie możliwości złożenia oferty*

przez jednego Wykonawcę maksymalnie na dwie części (rejony)”. Tym samym to do wykonawcy należał wybór czy składa ofertę czy udostępnia swoich zasobów innym wykonawcom

Wskazał, że ww. wykonawcy wykupili gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium w Towarzystwie Ubezpieczeniowym UNIQA, praktycznie w tym samym czasie na co wskazują daty polis, a także kolejność numerów polis. Nadto wszystkie ww. oferty w formularzu ofertowym zawierają identyczne *wykreskowane* znaki w miejscach, gdzie nie składano ofert na dane części, co wskazuje, że zostały stworzone przez jedną osobę, a ponadto wykonawcy ci posiadają takie same dane adresowe do korespondencji.

Odnosząc się do kosztorysów ofertowych wskazał iż zawierają praktycznie takie same ceny za wykonanie określonego elementu przedmiotu zamówienia, jak również wykonawcy w wykazie osób podali takie same nazwiska, przy udziale których będą wykonywać zamówienie. Również wszyscy wymienieni wykonawcy założyli taki sam wzrost cen za usługi w kolejnych okresach tj. na poziomie 1%.

W uzasadnieniu stawianego zarzutu o dopuszczeniu się przez wykonawców zmowy przetargowej przywołał szereg orzeczeń sądów, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, mających potwierdzać słuszność stawianej przez niego tezy w tym zakresie.

Zamawiający pismem z dnia 2 stycznia 2013 roku złożył odpowiedź na odwołanie w którym na wstępie stwierdził, że po przeanalizowaniu zarzutów podniesionych w odwołaniu doszedł do wniosku, że wybierając oferty ww. wykonawców naruszył przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych: art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 3 i wobec tego postanowił uwzględnić odwołanie w całości. Podał, że Zamawiający dokonując sprawdzenia kosztorysów ofertowych nie zauważył licznych zbieżności, a wręcz identyczności przy ich przygotowaniu. Brało się to stąd, że kosztorysy ofertowe wykonawców sprawdzane były pod względem zgodności z przedmiarem prac i pod względem rachunkowym przez poszczególnych członków komisji przetargowej.

Odnosząc się do ponownej analizy ofert po złożeniu przedmiotowego odwołania stwierdził iż oferty złożone przez Wykonawców KDS Sp. z o.o. 61-719 Poznań ul. Północna 1, ALKOM Sp. z o.o. ul. Północna 1 61-719 Poznań, ALKOM Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Północna 1 61-719 Poznań, Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... ul. Konikowo 10-12 62-200 Gniezno, PAWEKO P..... S..... Tarnowa 14 62-740 Tuliszków, zostały złożone tak, aby nie pokrywały się z innymi ofertami tych wykonawców na poszczególne zadania.

Za istnieniem koordynacji zachowań wykonawców jego zdaniem przemawiają następujące fakty dające się wywieść z treści złożonych ofert, a dotyczących w szczególności:

**a) powiązań gospodarczych**

Z wypisów KRS i zobowiązań zawartych w ofertach wynika, że:

- **Wspólnikiem KDS Sp. z o.o.** jest Pan H..... S..... (PESEL 58.....3} - KRS 0000178658, rubryka 7.

- **Wspólnikiem ALKOM Sp. z o.o.** jest Pan H..... S..... (PESEL 58.....53) oraz Pan A..... S..... (PESEL 56.....0), - KRS 0000343489. Ponadto w KRS w rubryce 7, w dziale II podrubryka 2 figuruje Pan A..... S..... (PESEL 56.....0) jako Prezes Zarządu.

- **Wspólnikiem ALKOM Sp. z o.o.** Spółka Komandytowa jest Pan H..... S..... (PESEL 58.....3) oraz Pan A..... S..... (PESEL 56.....0) - KRS 0000345293, rubryka 7, zaś komplementariuszem upoważnionym do reprezentowania jest ALKOM Sp. z o.o. (KRS 0000343489).

- Wykonawca Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... Ul. Konikowo 10-12 62-200 Gniezno, korzysta z zasobów w zakresie doświadczenia i wiedzy podmiotu ALKOM Firma Handlowo - Usługowa mgr inż. H..... S..... (działalność gospodarcza prowadzona przez osobę fizyczną) - str. 26 oferty Wykonawcy LUKTRANS Ł..... R.....

- Wykonawca PAWEKO P..... S.....Tarnowa 14 62-740 Tuliszków w latach 2010 i 2011 wykonywał prace z zakresu utrzymania i konserwacji zieleni na terenie dzielnicy Nowe Miasto dla podmiotu ALKOM Firma Handlowo - Usługowa mgr inż. H..... S..... (działalność gospodarcza prowadzona przez osobę fizyczną) - str. 33 i 34 oferty Wykonawcy PAWEKO P.....S.....

- Wykonawca ALKOM Sp, z o.o. Spółka Komandytowa korzysta z zasobów w zakresie doświadczenia i wiedzy podmiotu ALKOM Firma Handlowo - Usługowa mgr inż. H..... S..... (działalność gospodarcza prowadzona przez osobę fizyczną) - str. 53, 54, 55, 56 oferty Wykonawcy ALKOM Sp. z o.o. Spółka Komandytowa,

Wykonawca KDS Sp. z o.o, korzysta z zasobów w zakresie doświadczenia i wiedzy podmiotu ALKOM Firma Handlowo - Usługowa mgr inż. H..... S..... ul. Falista 6/1 61-249 Poznań, adres do korespondencji: Baza sprzętowa: 61-719 Poznań, ul. Północna 1 (działalność gospodarcza prowadzona przez osobę fizyczną) - str. 25 i 29 oferty Wykonawcy KDS Sp. z o.o,

**b) w zakresie adresów do korespondencji wskazał iż:**

Oferty wykonawców ALKOM Sp. z o.o., ALKOM Sp. z o.o. Spółka komandytowa i KDS Sp. z o.o. oraz podmiot udostępniający zasoby ALKOM Firma Handlowo - Usługowa mgr inż. H..... S....., 61-249 Poznań, ul. Falista 6/1, adres do korespondencji: Baza sprzętowa: ul. Północna 1, 61-719 Poznań zawierają ten sam numer faxu do przesyłania korespondencji: 61 852 28 75,

Wykonawcy ALKOM Sp. z o.o, ALKOM Sp. z o.o. Spółka komandytowa posiadają adres emailowy do korespondencji: [sekretariat@alkom.pl](mailto:sekretariat@alkom.pl), zaś Wykonawca KDS Sp. z o.o. adres do korespondencji podał: [maciag@alkom.pl](mailto:maciag@alkom.pl).

Podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie ALKOM Firma Handlowo - Usługowa mgr inż. H..... S....., 61-249 Poznań, ul. Falista 6/1, wskazał adres do korespondencji: Baza sprzętowa: ul. Północna 1.

Wykonawcy KDS Sp. z o.o., ALKOM Sp. z o., ALKOM Sp. z o.o. Spółka Komandytowa oraz podmiot udostępniający zasoby Firma Handlowo - Usługowa ALKOM mgr inż. H..... S..... funkcjonują pod tym samym adresem ul. Północna 1 Poznań

**c) sposobu przygotowania kosztorysów ofertowych i oferty.**

Zostało popełnionych szereg błędów rachunkowych w ofertach. U wykonawcy ALKOM Sp. z o.o. Spółka Komandytowa (nagłówek str. 4, , str. 7, str. 10, str. 13, str. 16, str. 19, str. 22, str. 25, str. 28 oferty), KDS Sp. z o.o. (nagłówek str. 4, str. 7, str. 10, str. 13, str. 16, str. 19 oferty) , Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... Ul. Konikowo 10-12 62-200 Gniezno (nagłówek str. 4, str. 7, str. 10, str. 13, str. 16, str. 19 oferty) i PAWEKO P..... S..... Tarnowa 14 62-740 Tuliszków (nagłówek str. 4, str. 7, str. 10 oferty) Ponadto podano tym samym charakterem pisma rok i nazwę rejonu /zadania/ na jaki został przygotowany dany kosztorys ofertowy. Ten sam charakter pisma pozwalał wysnuć wniosek, że jedna i ta sama osoba przygotowała ww. kosztorysy.

W ten sam sposób, lecz innym charakterem pisma Wykonawca ALKOM Sp. z o.o. oznaczył kosztorysy ofertowe na dane rejonu na poszczególne lata (nagłówek str. 4, nagłówek str. 6, nagłówek str. 8 oferty).

Formularz ofertowy udostępniony przez Zamawiającego zawierał do wypełnienia tabelę gdzie należało podać ceny na poszczególne rejonu. Wykonawcy KDS Sp. z o.o, ALKOM Sp. z o.o., ALKOM Sp. z o.o. Spółka komandytowa, Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R....., PAWEKO P..... S..... w tabeli na rejonu (części), na które nie składali ofert wykreskowali miejsca w tabeli w identyczny sposób.

Nadto z cen ofert zawartych w formularzu ofertowym można zauważyć, że ceny na poszczególne lata obowiązywania umowy wzrastały niemal o identyczne wartości – również zawierały niemalże identyczne różnice między wartościami rocznymi na dany rejon (część).

Ponadto kosztorysy ofertowe przygotowane przez Wykonawców KDS Sp. z o.o., ALKOM Sp. z o.o., ALKOM Sp. z o.o. Spółka komandytowa, Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R....., PAWEKO P..... S..... zawierają w wielu pozycjach identyczne ceny.

Dla wykazania podobieństwa cen zamawiający na 8 stronach odpowiedzi, przedstawił zestawienie porównawcze zaoferowanych cen jednostkowych z których wynika, że ceny u każdego z wykonawców są w zdecydowanej większości identyczne.



Wskazał również, że w kosztorysach ofertowych KDS Sp. z o.o. 61-719 Poznań Ul. Północna 1, ALKOM Sp. z o.o. Ul. Północna 1 61-719 Poznań, ALKOM Sp. z o.o. Sp. komandytowa Ul Północna 1 61-719 Poznań, Firma Handlowo -Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... Ul. Konikowo 10-12 62-200 Gniezno, PAWEKO P..... S..... Tarnowa 14 62-740 Tuliszków można zauważyć, że wszystkie kosztorysy ofertowe posiadają w kolumnie cena jednostkowa w identycznych pozycjach wypełnienie (oznaczone komórki).

Tym samym zamawiający uznał, że z analizy treści złożonych ofert wykonawców, o których mowa w zarzutach odwołania wynika, że wykonawcy ci współdziałali przy przygotowaniu ofert w celu uzgodnienia cen i przede wszystkim zadań /rejonów/ na które będą składać oferty.

Niewątpliwym jest również, zdaniem zamawiającego fakt, że ALKOM Sp. z o.o. i Alkom Sp. z o.o. Sp. k. posiadały wiedzę co do treści składanych ofert, gdyż ich oferty zostały podpisane przez tę samą osobę.

Także we wszystkich ofertach powtarzał się ten sam błąd rachunkowy polegający na nieprawidłowym obliczeniu ceny netto i podatku VAT. We wszystkich ofertach błędnie policzono w kosztorysach ofertowych podatek VAT od ceny brutto zamiast od ceny netto.

Oceniając taką listę błędów i zbieżności treści ofert, zamawiający stwierdził nie jest możliwe, aby była to zależność przypadkowa.

Odnosząc się do wykazu osób przy których udziale miało być realizowane zamówienie stwierdził, że w wykazie osób podanych w ofertach są te same nazwiska. Na potwierdzenie tego faktu podał iż:

- Pan V..... R..... występuje w ofertach; ALKOM Sp. z o.o., KDS SP. z o.o., Paweko P..... S.....
- Pan Ł..... W..... występuje w ofertach: Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... i ALKOM Sp. z o.o.
- Pan S..... Ł..... występuje w ofertach: KDS Sp. z o.o., PAWEKO P.....S.....
- Pan Ł..... W..... występuje w ofertach: Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... i ALKOM Sp. z o.o.
- Pan R..... J..... występuje w ofertach: Alkom Sp. z o.o., i ALKOM Sp. z o.o. Spółka Komandytowa
- Pan W..... R..... występuje w ofertach: Alkom Sp. z o.o., i PAWEKO P.....S.....
- Pani A..... J..... - S..... wymieniona w wykazie osób w ofercie Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... w ubiegłych latach występowała w kontaktach z Zarządem Zieleni Miejskiej reprezentując: Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R.....; ALKOM Sp. z o.o., ALKOM Firma Handlowo - Usługowa mgr inż. H..... S..... ul. Falista 6/1 61-249 Poznań, adres do korespondencji; Baza sprzętowa: 61-719 Poznań, ul. Północna 1.

- Pan J..... K..... wymieniony w wykazie osób w ofercie ALKOM Sp. z o.o. w ubiegłych latach występowała w kontaktach z Zarządem Zieleni Miejskiej reprezentując: ALKOM Sp. z o.o., KDS Sp. z o.o.

Dlatego też, zdaniem zamawiającego, biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, stwierdzić należy, że ww. wykonawcy działali w porozumieniu i w sposób niedozwolony zamierzali wpływać na wynik całego postępowania.

Podniósł iż w jego ocenie 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.

Oferty zostały złożone na poszczególne zadania tak, aby nie wchodziły sobie w drogę, aby z sobą nie konkurowały. Przedmiot zamówienia podzielony został przez zamawiającego na dziesięć części (rejonów), przy czym zgodnie z zapisami siwz jeden wykonawca mógł złożyć ofertę na maksymalnie dwa rejonu. W takiej sytuacji, jego zdaniem, mało prawdopodobne wydaje się, aby działając w warunkach konkurencji, w sytuacji niepewności co do zachowań pozostałych uczestników rynku, doszło do braku kolizji złożonych przez tych wykonawców ofert.

Tym samym niemalże z pewnością można założyć, że ww. wykonawcy dokonali uzgodnienia w zakresie warunków ofert składanych w przetargu. Uczestnicy porozumienia, wykorzystując określone w SIWZ ograniczenie możliwości składania ofert do maksymalnie dwóch rejonów, dokonali podziału przedmiotu zamówienia, czego efektem jest złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą nie konkurujących.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego na etapie zgłoszenia przystąpienia popierali stanowisko zamawiającego zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednakże z chwilą uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania zgłosili sprzeciwy do uwzględnienia zarzutów i stwierdzili, iż nie zgadzają się z prezentowanymi stanowiskami, gdyż nie polegają one na prawdzie.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania w tym również przystępujących zgłaszających sprzeciw, złożonych pisemnie i ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Na wstępie rozważań Izby należy wskazać, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie postanowił uwzględnić w całości zarzuty odwołania. Do postępowania po stronie zamawiającego przystąpiło czterech wykonawców:

- 1 KDS Sp. z o.o. 61-719 Poznań ul. Północna 1
- 2 Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... ul. Konikowo 10-12 62-200 Gniezno
3. ALKOM Sp. z o.o. Ul. Północna 1 61-719 Poznań
4. ALKOM Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Północna 1, 61-719 Poznań

Wykonawcy ww. wnieśli sprzeciwy wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Przedmiotem sporu w przedmiotowej sprawie są zasadniczo dwie kwestie tzn. czy wykonawcy KDS Sp. z o.o. 61-719 Poznań ul. Północna 1; ALKOM Sp. z o.o. ul. Północna 1 61-719 Poznań, ALKOM Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Północna 1 61-719 Poznań, Firma Handlowo - Usługowa LUKTRANS Ł..... R..... ul. Konikowo 10-12 62-200 Gniezno, PAWEKO P..... S..... Tarnowa 14 62-740 Tuliszków, których oferty zostały wybrane w odpowiednich częściach jako najkorzystniejsze dla realizacji zamówienia, dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji uzasadniającej odrzucenie ich ofert w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp., oraz czy odwołujący który złożył ofertę tylko na część IV zamówienia może wnosić o odrzucenie ofert wykonawców składających oferty na inne niż on części przedmiotu zamówienia.

Wnoszący sprzeciw podnieśli zarzut iż odwołanie, poza częścią czwartą zamówienia, winno zostać oddalone przede wszystkim z powodu braku posiadania przez odwołującego interesu o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w kwestionowaniu ich ofert.

Odnosząc się do tego wniosku stwierdzić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. do badania interesu odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki materialno-prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia, podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11 należy stwierdzić, że *środki ochrony prawnej przysługują tylko takiemu*

*wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia.*

*W podobny sposób wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11 gdzie stwierdził, że przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Ponadto stwierdził, że postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy.*

Przenosząc powyższe na stan przedmiotowego odwołania stwierdzić należy, że poza sporem jest fakt, że odwołujący GreenQL sp. z o.o. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę tylko na IV część zamówienia, podzielonego przez zamawiającego na 10 części. Kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Powyższe jest podyktowane faktem, iż wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej. Ponadto zauważyć należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji własnej wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że wobec podziału zamówienia na części odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia tylko na część IV przedmiotowego zamówienia, gdyż tylko na tę część złożył swoją ofertę. Tym samym rozstrzygnięcie podniesionych zarzutów odwołania może nastąpić tylko w tym zakresie.

W zakresie kolejnego zarzutu, to jest zaniechania odrzucenia przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp ofert wymienionych wykonawców, gdyż ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba na wstępie rozważań wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego na etapie badania i oceny ofert jest podjęcie działań zmierzających do ustalenia czy złożenie oferty/ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Jeśli dokona ustalenia potwierdzającego ten fakt to taką ofertę winien bezwzględnie odrzucić.

Tym samym, na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.). Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes, innego przedsiębiorcy lub klienta.

Tym samym, za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno więc być uznane **każde zachowanie** rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie.

Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisania mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5-17) lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy.

Odwołujący zarzucił ww. wykonawcom popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na dokonaniu zmyślenia przetargowej przy składaniu ofert, co sprowadza się w szczególności do takiego złożenia ofert na poszczególne części zamówienia, aby wykonawcy z sobą nie konkurowali.

Ogólny zakaz zmyślenia przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, 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.

Odnosząc się do stanowisk przystępujących zgłaszających sprzeciw, należy na wstępie podkreślić, że podniesione w odwołaniu argumenty na uzasadnienie zarzutów odwołania, jak i zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie fakty przedstawione przez zamawiającego nie zostały co do zgodności ich treści z treścią ofert, zakwestionowane przez uczestników postępowania zgłaszających sprzeciw.

Wskazany tam stan faktyczny sprawy był niesporny między stronami, odmienną była tylko pomiędzy stronami, a uczestnikami postępowania ocena tego stanu. Tym samym dokonane tam ustalenia faktyczne Izba uznaje za podstawę do oceny zasadności podniesionego zarzutu zmyślenia przetargowej. Wobec powyższego wskazany w części wstępnej uzasadnienia stan faktyczny sprawy, Izba uznaje za zgodny ze stanem ustalonym w trakcie rozprawy, bez potrzeby całościowego ponownego powielania go w tej części uzasadnienia.

Jednakże zaznaczyć należy, że przystępujący zgłaszający sprzeciw nie kwestionując ww. ustaleń faktycznych, kwestionowali dokonaną przez odwołującego i zamawiającego ocenę tych faktów i zdarzeń, z których to żaden sposób - ich zdaniem - nie wynika, że składając oferty dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia tego zarzutu wskazać należy, że zmowa przetargowa jest możliwa do zaistnienia jedynie w sytuacji, kiedy uczestniczy w niej wielu wykonawców. Tym samym uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących części IV zamówienia nie może ograniczać się co do oceny postępowań wykonawców tylko dla tej części zamówienia. Aby ocenić czy wykonawcy dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne było wyjście poza zakres części IV zamówienia dokonując oceny ofert wykonawców objętych zarzutami odwołania.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt współdziałania wykonawców na etapie przygotowywania i składania ofert. Na potwierdzenie współdziałania wskazują przede wszystkim następujące fakty:

- 1) powiązania nazwane przez zamawiającego gospodarczymi - z analizy wykazanych danych w ofertach wykonawców i odpisów z KRS wynika jednoznacznie, że Pan H..... S..... jest współnikiem wykonawcy KDS sp. z o.o.; ALKOM sp. z o.o.; ALKOM sp. z o.o. spółka komandytowa oraz właścicielem firmy FH-U ALKOM prowadzonej w formie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. Firma FH-U pomimo tego, że nie składała oferty w przedmiotowym postępowaniu to jednak jej udział w sprawie jest znaczący, gdyż udzieliła dla potrzeb wykonawców tego postępowania swoich zasobów. Uzyskali je wykonawcy: FHU LUKTRANS Ł..... R....., wykonawcy ALKOM sp. z o.o. sp. k., oraz wykonawcy KDS sp. z o.o.

Ponadto wykonawca PAWEKO P..... S..... w latach 2010 i 2011 wykonywał prace o podobnym przedmiocie zamówienia dla firmy FHU H..... S.....

Powyższe wskazuje na fakt istnienia związku kapitałowego i osobowego pomiędzy wymienionymi podmiotami a także na fakt bliskiej współpracy pomiędzy nimi. Udostępnienie zasobów wiąże się zazwyczaj z istnieniem stosunku zaufania pomiędzy podmiotami, pozwalającego na zawarcie odpowiednich porozumień w tym zakresie. Wykonawca ALKOM oferuje swoje usługi na terenie całego województwa poznańskiego, w tym również na terenie miasta Gniezno, a osobą tam reprezentującą firmę ALKOM jest Pan Ł..... R....., właściciel firmy LUKTRANS.

- 2) wykonawcy ALKOM sp. z o.o.; ALKOM sp. z o.o, sp.k. oraz FHU H..... S..... posiadają ten sam adres siedziby firm, a ponadto korzystają z tego samego nr faxu i wspólnej obsługi sekretariatu. Posiadają bardzo podobne adresy emailowe, gdyż każdy z tych adresów zawiera wyraz „alkom”. Pełnomocnik ALKOM fakt ten tłumaczył iż firmy te tylko wynajmują biura pod tym adresem i mają wspólny sekretariat. To jednak zdaniem Izby

również potwierdza bliską współpracę tych firm. Trudno bowiem znaleźć w świetle zasad doświadczenia życiowego oraz założenia o świadomym rozsądnym i konkurencyjnym działaniu podmiotów, uzasadnienie dla posługiwania się przez trzy podmioty, funkcjonujące pod wspólnym adresem jednym numerem faksu, adresem mailowym nawiązującym do nazwy wspólnej dla dwóch spośród nich, a także jednego sekretariatu mającego, z doświadczenia, wgląd we wszystkie sprawy firmy.

- 3) w sposób jednakowy, a więc i z takimi samymi błędami zostały sporządzone formularze ofertowe i kosztorysy.

W omawianym zakresie istotnym, a wręcz przesądzającym o uznaniu działań tych wykonawców za niedozwolony i sprzeczny z przepisami ww. ustaw było oświadczenie zaprezentowane przez pełnomocnika wykonawcy KDS sp. z o.o. Pana H.....S....., który stwierdził, że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zajmuje się również sporządzaniem kosztorysów ofertowych na rzecz innych podmiotów. Wskazał, że po ogłoszeniu przetargu na przedmiotowe zamówienie zgłosiło się do niego 5 wykonawców ze zleceniem przygotowania dla nich przez jego firmę, kosztorysów na przedmiotowe zamówienie. Pracownicy jego firmy pod jego osobistym nadzorem wykonali usługi dla tych 5 firm opracowując kosztorysy i formularze ofertowe na wskazane przez nich części zamówienia. Według zaprezentowanego stanowiska, uzgodnienia co do rejonu którego miała dotyczyć oferta oraz sposób kalkulacji cen był uzgadniany przez niego z właścicielami firm zlecających zamówienie. Treści tych uzgodnień nie ujawnił, oświadczając, że wiąże go w tym zakresie tajemnica handlowa. Podniósł, że jest normalną rzeczą w takiej sytuacji fakt szeregu podobieństw w przygotowanych ofertach, gdyż wykonywały je ci sami dwaj pracownicy jego firmy, pod jego osobistym nadzorem. Jego zdaniem, sytuacja taka wcale nie upoważniała odwołującego jak i zamawiającego do stwierdzenia, iż w sprawie doszło do zaistnienia zmywy przetargowej. Takie praktyki, że wykonawcy zlecają wykonanie kosztorysu firmom specjalistycznym w tym zakresie są rzeczą normalną i powszechną na rynku kapitałowym.

Logicznym wytłumaczeniem tego, że wykonawcy złożyli oferty nie kolidujące ze sobą wydaje się być tylko to, że korzystając z usług tego samego podmiotu sporządzającego kosztorysy z góry było ustalone na które części zamówienia dla danego wykonawcy ma być przygotowany kosztorys cenowy i formularz ofertowy.

- 4) Podkreślenia wymaga także, iż zawarte w formularzu ofertowym ceny jednostkowe są u wszystkich wykonawców niemalże identyczne. Przedstawione na 8 stronach zestawienia wskazują, że wykonawcy pomimo, że złożyli oferty na różne części zamówienia, a więc w wielu elementach cechujące się odrębnością zawierają takie same ceny. Ponadto we wszystkich ofertach przyjęto zasadę, że wzrost cen na poszczególne rejon na dany następny rok będzie wynosił 1%. We wszystkich ofertach powtarza się ten sam błąd rachunkowy

polegający na nieprawidłowym obliczeniu ceny netto i podatku VAT. Nie sposób przyjąć, by tego rodzaju zbieżności były jedynie dziełem przypadku. Liczba tych zbieżności, ale przede wszystkim ich zakres, przemawia za uznaniem, że ponad wszelką wątpliwość oferty zostały sporządzone według tej samej logiki, z tymi samymi niedoskonałościami i błędami technicznymi, gdzie prawdopodobieństwo, by było to następstwem przypadku jest praktycznie zerowe.

- 5) Na rozprawie zamawiający okazał składowi orzekającemu oraz odwołującemu i uczestnikom postępowania koperty w których zostały złożone oferty wykonawców ALKOM Sp. z o.o. Sp. K., ALKOM Sp. z o.o., PAWEKO, LUKTRANS i KDS sp z o.o. Według danych z prezentaty na tych kopertach wynikało, iż zostały złożone na dzienniku podawczym zamawiającego w tym samym czasie i zaewidencjonowane w jednodominutowych odstępach czasu, co wskazuje na złożenie ich przez jedną osobę.
- 6) Ponadto oferty wykonawców ALKOM sp. z o.o. oraz ALKOM Sp. z o.o. sp. k. zostały podpisane przez tę samą osobę A..... S.....

Dowody te Izba uznała za wystarczające, aby podzielić w tym zakresie zasadność zarzutu odwołującego i stanowiska zamawiającego uwzględnienia zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Dowody w tym zakresie stanowią niemalże dowód bezpośredni popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, chociaż opierając się na stanowisku Sądu Najwyższego wskazanego w wyroku z 9 sierpnia 2006r. (sygn. akt III SK 6/06), „*że przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe*”, można stwierdzić iż taki dowód nie jest niezbędny, jeśli z okoliczności sprawy wynika, że gdyby nie współdziałanie wykonawców to realnie rzecz biorąc nie byłoby możliwe złożenie tak podobnych ofert i na tak różne części zamówienia.

Wskazane okoliczności przemawiają za uznaniem, że celem tego współdziałania było porozumienia co do podziału lokalnego rynku (miasta Poznań) usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej pomiędzy wykonawców ze sobą powiązanych, bądź ściśle z sobą współpracujących.

Porozumienie pomiędzy wymienionymi pięcioma wykonawcami pozwalało na ustalenie wspólnych reguł złożenia oferty, jednakowych elementów kalkulacyjnych ofert, co sprowadza się do wypaczenia reguł konkurencji i wyczerpuje czyn kwalifikowany jako zмова wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze zmovą w ujęciu horyzontalnym tj. porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami – działającymi na danym rynku jako konkurenci, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty na poszczególne części tak, aby ich oferty z sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie przedmiot zamówienia. Za



charakterystyczną dla tej sytuacji należy uznać wypowiedź na rozprawie pełnomocnika wykonawcy KDS sp. z o.o. który stwierdził „*jak ja składam ofertę w postępowaniu to ja wygrywam*”.

Zdaniem Izby należy jednoznacznie stwierdzić, że przetarg o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozorność w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji.

Jednakże zdaniem Izby nadmienić należy, że 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.

Za element potwierdzający fakt zмовy, poza przytoczonymi wcześniej okolicznościami, Izba uznała w szczególności oświadczenie Pana H..... S....., który na zlecenie wykonawców wymienionych w odwołaniu sporządzał dla nich formularze ofertowe i kosztorysy, zastrzegając jednocześnie, że ustalenia co ich treści tych ofert były indywidualnie uzgadniane z ich przedstawicielami, bez udostępniania tych danych innym wykonawcom.

Izba nie dała wiary tym wyjaśnieniom, gdyż najwyraźniej uszedł uwadze Pana H..... S..... fakt, iż to on jest jednym z dwóch współwłaścicieli firm ALKOM sp. z o.o i ALKOM sp. z o.o. sp. k., współwłaścicielem KDS sp. z o.o., oraz właścicielem FH-U ALKOM H..... S..... To ostatnia jego firma udostępniała opisanym wyżej wykonawcom swoich zasobów, a oferty obu spółek ALKOM zostały podpisane przez tę samą osobę Prezesa ALKOM sp. z o.o.

Ponadto niewątpliwe jest w oparciu o ustalenia z analizy treści ofert, iż szereg tych samych osób zostało przewidzianych do realizacji różnych części zamówień u różnych wykonawców.

Za niedopuszczalne w warunkach uczciwej i rzetelnej konkurencji Izba uznaje także kształtowanie polityki cenowej w porozumieniu z konkurencją, pomimo formalnej odrębności organizacyjno-prawno-finansowej i tym samym stwarzanie jedynie pozorów działania konkurencyjnego.

Tym samym, przychylając się do ustaleń i wniosków zamawiającego co do zмовy ww. wykonawców, Izba stwierdza, że biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego, nie jest możliwe przypadkowe zaoferowanie takich samych cen, w tak wielu pozycjach kosztorysowych, w pięciu różnych ofertach na dziewięć różnych części zamówienia.

Z powyższego wynika, że zarówno ceny jak i części zamówienia na które dany wykonawca złożył ofertę zostały określone wspólnie i nie jest to zależność przypadkowa.

Warto w tym miejscu wskazać na orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (wyrok w sprawie 8/72, Vereening van Cementhandelaren przeciwko Komisji), w którym stwierdzono, iż zakazane jest choćby orientacyjne ustalenie cen wobec osób trzecich.

Reasumując powyższe ustalenia faktyczne i rozważania co do merytorycznej zasadności podniesionych zarzutów, Izba stwierdza, że wykonawca wnoszący odwołanie 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. Na gruncie rozpatrywania zarzutów przedmiotowego postępowania dotyczy to części IV zamówienia.

Uznano przy tym, że potwierdził się zarzut dotyczący zмовы pomiędzy wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu, którzy złożyli swoje oferty na wszystkie części zamówienia, co jednak determinuje uwzględnienie odwołania tylko w zakresie wyznaczonym treścią art. 192 ust. 2 i 7 ustawy. Podkreślenia wymaga, że wydany wyrok jest następstwem odwołania konkretnego wykonawcy i wywołuje skutek dla tego wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza orzeka w następstwie złożenia odwołania przez wykonawcę zainteresowanego uzyskaniem rozstrzygnięcia, a zakres kognicji jest wyznaczony zarzutami tego odwołania oraz interesem danego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale jako środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. To zaś, w odniesieniu do odwołującego może dotyczyć wyłącznie części IV zamówienia.

Naruszenie przepisów wskazanych w odwołaniu potwierdziło się i według ustaleń Izby miało wpływ na wynik postępowania, o którym mowa art. 192 ust. 2 ustawy. Uwzględniając odwołanie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części IV zamówienia, zgodnie z wykazanim interesem wykonawcy. W zakresie tylko tej części wykonawca GreenQL sp. z o.o. złożył swoją ofertę, wobec tego w odniesieniu jedynie do tej części mogły w odwołaniu być podnoszone zarzuty (art. 192 ust. 7 ustawy).

Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że zarzut zaistnienia zмовы przetargowej winien być rozpatrywany w zakresie całego zamówienia, gdyż uzgodnienia wykonawców wymienionych w odwołaniu miały bezpośrednie przełożenie na nieuzyskanie przez odwołującego zamówienia w części, na którą złożył ofertę, Izba nakazała w zakresie tej części odrzucenie oferty wykonawcy KDS sp. z o.o. której złożenie wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Kwestia ewentualnej jednakowej oceny ofert złożonych przez innych wykonawców, opartej na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, na obecnym etapie jest zatem pozostawiona działaniom Zamawiającego i pozostaje poza zakresem wydanego orzeczenia.

Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławczej w postanowieniu z dnia 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, oraz w wyroku z dnia 17 lipca 2012 r. w spr. KIO 1430/12).

W tym zakresie Izba ponownie wskazuje, że zamawiający jako organizator przetargu o zamówienie publiczne jest z mocy ustawy zobowiązany wobec innych wykonawców, zbadać i ustalić czy złożenie ofert nie jest wynikiem czynu nieuczciwej konkurencji, a w razie potwierdzenia się tego faktu, winien takie oferty odrzucić.

Nadto dodać należy, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji do powtórzenia dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie prawidłowo (analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2012 r. w spr. KIO 2037/12 i 2047/12, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11).

Niepodjęcie działania w tym zakresie może spowodować nieważność zawartej z takimi wykonawcami umowy o wykonanie zamówienia. Ewentualną, odmienną od dokonanej uprzednio ocenę ofert złożonych w postępowaniu, opartą na analogicznych ustaleniach faktycznych i prawnych jak te dokonane w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, pozostawiono zatem do decyzji zamawiającego.

O tym, że w tym przetargu wykonawcy umówili się w szczególności co do podziału rynku zamówienia, Izba nie miała wątpliwości. Stan faktyczny sprawy obrazuje zestaw okoliczności, których łączne, przypadkowe wystąpienie bez takiej zmywy jest praktycznie nierealne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i § 5 ust.2 pkt.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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. W związku z uwzględnieniem odwołania w oparciu o powyższe przepisy Izba kosztami postępowania obciążyła wykonawców zgłaszających sprzeciw w kwotach po 3 750,00zł biorąc pod uwagę, że sprzeciw zgłosiło czterech wykonawców, a wpis uiszczony przez odwołującego wynosił 15 000,00 złotych.

Przewodniczący .....

Członkowie: .....

.....