

Sygn. akt KIO/UZP 567/10

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A., Przedsiębiorstwo Instalacyjne PRIM S.A., Janusz Piotrowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa inż. Janusz Piotrowski, Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MELIOREX Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Ziemnych POLDREN Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przytorowa 9, 16-400 Suwałki** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Olecko, Plac Wolności 3, 19-400 Olecko** protestu z dnia 15 marca 2010 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Olecko, Plac Wolności 3, 19-400 Olecko i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A., Przedsiębiorstwo Instalacyjne PRIM S.A., Janusz Piotrowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa inż. Janusz Piotrowski, Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MELIOREX Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Ziemnych POLDREN Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przytorowa 9, 16-400 Suwałki,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Olecko, Plac Wolności 3, 19-400 Olecko** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A., Przedsiębiorstwo Instalacyjne PRIM S.A., Janusz Piotrowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa inż. Janusz Piotrowski, Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MELIOREX Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Ziemnych POLDREN Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przytorowa 9, 16-400 Suwałki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A., Przedsiębiorstwo Instalacyjne PRIM S.A., Janusz Piotrowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inż. Janusz Piotrowski, Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MELIOREX Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Ziemnych POLDREN Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przytorowa 9, 16-400 Suwałki.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Olecko, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa sieci wodociągowej Jaśki - Dobki - Rosochackie i kanalizacji sanitarnej w Jaśkach. Wodociąg Dworek Mazurski - Pieńki - Dąbrowskie – Babki Oleckie - Możne - Raczki Wielkie, gmina Olecko.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 19780-2010 z dnia 22.01.2010r.

Pismem z dnia 15 marca odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. - lider konsorcjum, Przedsiębiorstwo Instalacyjne PPIM S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego - Janusz Piotrowski, Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe MELIOREX Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Ziemnych Poldrem Sp. z o.o. wniósł protest na czynność zamawiającego z dnia 4 marca 2009 roku, o której odwołujący został poinformowany dnia 8 marca 2010 roku, polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego oraz unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty protestującego, pomimo braku przesłanek wskazujących że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mimo braku przesłanek określonych tym przepisem.
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją o odrzuceniu jego oferty podniósł, że art. 23 ust. 1 Pzp dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego i nie określa, że istnieje prawna możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jedynie w sytuacji kiedy wykonawcy nie są w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, mając za podstawę działania najprzeróżniejsze cele - gospodarcze, ekonomiczne, organizacyjne, jakościowe, itp. Ponadto wskazał i szczegółowo wymienił wiele innych występujących na rynku lokalnym przedsiębiorców, którzy - poza przedsiębiorcami wchodzącymi w skład Konsorcjum specjalizują się w robotach

wodociągowo - kanalizacyjnych i zajmują znaczącą pozycję na rynku lokalnym a zatem mogły być potencjalnymi wykonawcami zamówienia.

Wskazał, że członkowie zawartej w dniu 12 lutego 2010 r. umowy konsorcjum wielokrotnie brali udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie z innymi przedsiębiorcami w ramach struktury konsorcjum, zarówno jako liderzy jak i partnerzy. Na poparcie tego wymienił postępowania, w których członkowie Konsorcjum brali udział i podmioty, z którymi zawierali porozumienia w celu złożenia wspólnej oferty.

Odnosząc się do definicji czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący podniósł, że zamawiający nie podał i nie wykazał, w jaki sposób złożenie oferty przez Konsorcjum stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, ani jakie interesy zamawiającego zostały naruszone lub zagrożone. Zatem stanowisko zamawiającego uznał za błędne i nie poparte żadnymi dowodami.

Zdaniem odwołującego umowę konsorcjum (wspólnego wykonania zadania, złożenia przez podmioty oferty wspólnej) zawiera się w celu współpracowania a nie w celu konkurowania między sobą, zatem uzasadnienie odrzucenia oferty, że wykonawcy zawarli umowę aby nie konkurować jest bezzasadne. Wskazał, że wszyscy członkowie zawartej w dniu 12 lutego 2010r. umowy konsorcjum w ostatnich dwóch latach składają oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zawiązując liczne konsorcja i porozumienia, gdyż uzależnienie się od jednego zamawiającego, czy od jednego zadania jest działaniem nieekonomicznym a czasami nawet niebezpiecznym. Dla przykładu odwołujący podał postępowania, w których brali udział poszczególni członkowie konsorcjum wraz z innymi wykonawcami.

Zamawiający pismem z dnia 25 marca 2010 roku protest oddalił, wskazując że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp, ponieważ złożenie oferty w niniejszym postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do powołanego przepisu, przez czyn nieuczciwej konkurencji należy rozumieć działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działanie sprzeczne z prawem polega w tym przypadku na zawarciu przez przystępujących do przetargu członków Konsorcjum porozumienia, polegającego na uzgodnieniu warunków złożonej wspólnie oferty, którego skutkiem było wyeliminowanie konkurencji pomiędzy tymi przedsiębiorcami, mającymi znaczący udział w lokalnym rynku. Czynność ta jest sprzeczna z treścią art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zamawiający stwierdził, biorąc pod uwagę treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, iż każdy z członków Konsorcjum dysponuje odpowiednim doświadczeniem oraz możliwościami techniczno - organizacyjnymi pozwalającymi na samodzielną realizację przedsięwzięcia (posiadanie doświadczenia w zakresie wykonawstwa robót o podobnym zakresie i określonej w SIWZ wartości w okresie ostatnich pięciu lat, dysponowanie niezbędnymi do wykonania zadania urządzeniami w ilości określonej w SIWZ, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i obsadzenia stanowisk wymienionych w SIWZ, znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia). Ponadto przedsiębiorcy będący członkami Konsorcjum w dotychczas organizowanych przez zamawiającego przetargach o podobnym zakresie rywalizowali między sobą, składając samodzielne oferty.

Zamawiający zwrócił ponadto uwagę na sposób podziału realizacji zadania pomiędzy poszczególnych członków Konsorcjum opisany w umowie z dnia 12 lutego 2010 r. Z reguły umowy konsorcjum są zawierane przez przedsiębiorców różnych branż, którzy z uwagi na zakres zamówienia nie są w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu. Natomiast w umowie z dnia 12 lutego 2010 r. przedmiot zamówienia został podzielony pomiędzy przedsiębiorców z tej samej branży (wodociągowo - kanalizacyjna) na kilka niezależnych od siebie części, odcinków zaplanowanej do wykonania przez poszczególnych członków konsorcjum sieci wodociągowej z określeniem przybliżonej ceny przypadającej na każdego z nich i zakreśleniem odpowiedzialności wewnętrznej (pomiędzy konsorcjantami) za wykonawstwo „swojego” odcinka. W ten sposób doszło do „fizycznego” podziału przedmiotu zamówienia na kilka odrębnych części, z których każda mogłaby stanowić przedmiot odrębnego zamówienia. W efekcie tego swoistego „podzielenia się” zamówieniem doszło do faktycznego wyeliminowania konkurencji pomiędzy zainteresowanymi przedsiębiorstwami. Zawarcie porozumienia w oczywisty sposób narusza interes zamawiającego, ponieważ uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną w warunkach uczciwej gry rynkowej. Tym samym zawarte przez członków Konsorcjum porozumienie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wyczerpujący przesłanki określone w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wynikająca z art. 23 ust. 1 Pzp możliwość składania wspólnej oferty przez wykonawców doznaje jednakże ograniczenia na podstawie innych przepisów w sytuacji gdy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

Nie stanowi przy tym dostatecznego uzasadnienia dla zawartej umowy konsorcjum przedstawienie przez Protestującego listy zamówień wykonywanych przez konsorcja zawierane z udziałem przedsiębiorców składających wspólną ofertę w niniejszym postępowaniu. Wśród kilkunastu wymienionych w proteście pozycji znajduje się tylko pięć zamówień, o które ubiegało się konsorcjum trzech partnerów, oraz zaledwie jedno

zamówienie z udziałem czterech partnerów, przy czym według wiedzy zamawiającego kilka z podmiotów, które brały udział w wymienionych konsorcjach mają nieznaczny udział w rynku i nie są w stanie samodzielnie ubiegać się o zamówienia o znacznym zakresie w branży robót wodociągowo - kanalizacyjnych. Tymczasem w niniejszym postępowaniu wspólna oferta została złożona przez sześciu przedsiębiorców, z których każdy posiada znaczący udział w rynku tego rodzaju usług na terenie Olecka i okolic i mógłby samodzielnie zrealizować zamówienie.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu oferty, Odwołujący wniósł w dniu 30 marca 2010 roku odwołanie, którego kopię przekazał tego samego dnia zamawiającemu Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
3. nakazanie wykonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztami poniesionymi przez odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w gminie Olecko. Do upływu terminu składania ofert, wyznaczonego przez zamawiającego wpłynęła jedna oferta złożona przez konsorcjum składające się z sześciu wykonawców: Przedsiębiorstwa EKOLOBUD S.A. - lider konsorcjum, Przedsiębiorstwa Instalacyjne PPIM S.A., Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego - Janusz Piotrowski, Oleckiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o. o., Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowe MELIOREX Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwa Robót Ziemnych Poldrem Sp. z o.o. Zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie zamawiającego złożenie oferty przez sześciu wykonawców, którzy samodzielnie mogliby zrealizować całość zamówienia jest działaniem sprzecznym z prawem, mającym na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym i polega na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny, co wyczerpuje przesłankę określoną w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołujący jako podmiot, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 nr 50 poz. 331) zakazuje zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Przykładem takiego niedozwolonego porozumienia jest tzw. zmowa przetargowa, polegająca na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i organizatora przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. (art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Uczestnicy zmywy przetargowej z reguły umawiają się co do tego, kto złoży „najkorzystniejszą” ofertę, kto w ogóle weźmie udział w danym przetargu, kto powstrzyma się ze złożeniem konkurencyjnej oferty lub celowo złoży ofertę zawierającą błędy formalne. Skutkiem i celem takiej współpracy jest wyeliminowanie konkurencji.

Jednocześnie ustawa Pzp dopuszcza możliwość współdziałania kilku podmiotów, wykonawców i zawieranie przez nich porozumienia, którego celem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia. Zawieranie porozumień, łączenie się w grupy celem realizacji określonych przedsięwzięć jest naturalnym zjawiskiem w obrocie gospodarczym. Pozwala ono na uzyskanie pożądanego efektu przez połączenie potencjału kadrowego i sprzętu, czy choćby rozłożenie ryzyka danego przedsięwzięcia pomiędzy jego członków. Oczywistym jest, że podmioty zawierające konsorcjum, wyłączają istnienie pomiędzy sobą konkurencji w zdobyciu i realizacji konkretnego zamówienia publicznego, gdyż istotą konsorcjum jest wspólne dążenie do realizacji tego zamówienia, a nie konkurowanie między sobą. Podkreślić należy, że wyłącznie konkurencji pomiędzy podmiotami zawierającymi konsorcjum ma charakter czasowy i dotyczy wyłączenie konkretnego zadania. Zatem ujęcie w umowie konsorcjum klauzuli zobowiązującej uczestników konsorcjum do współpracy w ramach konkretnego zamówienia, nie składania samodzielnie ofert i unikania innych form konkurencji jest klauzulą powszechnie stosowaną w tego typu umowach, nie naruszającą zasady uczciwej konkurencji. Klauzula taka nie może świadczyć o istnieniu pomiędzy członkami konsorcjum zmywy przetargowej.

Przepisy ustawy pozostawiają swobodę wykonawcom, co do określenia zasad nawiązywania porozumień pomiędzy wykonawcami. Oznacza to, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą przybrać formę prawną, która w ich ocenie najbardziej

odpowiada ich interesom. Zatem twierdzenie zamawiającego, że właściwym byłoby zlecenie w tym postępowaniu części prac podwykonawcom a nie zawieranie umowy konsorcjum jest nieuzasadnione.

Okoliczność istnienia zmowy przetargowej wymaga udowodnienia, przy czym dowód w zaistniałym stanie faktycznym spoczywa w całości na zamawiającym, który z faktu tego, wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty odwołującego, zgodnie z art. 6 k.c. Izba oceniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do zawarcia pomiędzy członkami konsorcjum porozumienia, które nosi znamiona zmowy przetargowej i narusza przepisy prawa. Twierdzenie zamawiającego pozostały gołosłowne.

Zdaniem Izby, nie stanowi naruszenia uczciwej konkurencji okoliczność, jaką wskazywał zamawiający, że wykonawcy którzy są członkami konsorcjum odwołującego w innych postępowaniach, prowadzonych przez tego samego zamawiającego biorą udział samodzielnie. Izba wskazuje, że nie są znane szczegółowe warunki dotyczące zakresu przedmiotu zamówienia, terminów realizacji wskazanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zamówień, w których brali udział wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum. Zatem nie ma podstaw, aby przyjąć że wskazane przez zamawiającego zamówienia są podobne co do wielkości i złożoności z przedmiotem, objętym rozpatrywanym postępowaniem i wywodzić w oparciu o to, że każdy z wykonawców posiada wystarczający potencjał, aby samodzielnie zrealizować w całości przedmiotowe zamówienie. Ponadto, jak wskazano wyżej zawarcie umowy konsorcjum może dotyczyć konkretnego przedsięwzięcia a decyzja o współdziałaniu w ramach konsorcjum jest suwerenną decyzją samych wykonawców, w nim uczestniczących i nie może być przez zamawiającego w żaden sposób ograniczona lub wyłączona.

O istnieniu zmowy przetargowej nie świadczy fakt, że poszczególni członkowie, według wiedzy zamawiającego, są w stanie każdy z nich samodzielnie wykonać całość zamówienia publicznego ponieważ dysponują odpowiednim potencjałem kadrowym i sprzętem wystarczającym do realizacji całości robót. Izba wskazuje, że zamawiający przy ocenie potencjału kadrowego i sprzętu, którym dysponuje każdy z wykonawców, pominął istotną dla tej oceny okoliczność jaką jest aktualne zaangażowanie kadry i sprzętu w ramach realizacji innych robót. Brak informacji o tej okoliczności powoduje, że twierdzenie zamawiającego o możliwości samodzielnego wykonania zamówienia przez każdego z członków konsorcjum nie można uznać za uzasadnione

Podkreślenia wymaga również fakt, że przepisy prawa nie ograniczają możliwości zawierania porozumień wyłącznie do tzw. porozumień branżowych polegających na połączeniu potencjału i doświadczenia danych podmiotów w konkretnych różnych branżach np. branża sanitarna, drogową itp. Dozwolone jest w świetle przepisów prawa zawieranie konsorcjów

pomiędzy podmiotami, które zajmują się tą samą branżą jednak z różnych względów organizacyjnych gospodarczych czy ekonomicznych podejmują decyzje o wspólnej realizacji przedsięwzięcia.

Izba uznała, za wiarygodne wyjaśnienie odwołującego o dużym zakresie robót, objętych przedmiotem zamówienia (ok. 5 km sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej), których wykonania zamawiający oczekuje w krótkim okresie czasu (do 30 września b.r.). W ocenie Izby okoliczność ta może uzasadniać potrzebę zawarcia porozumienia pomiędzy wykonawcami i połączenie ich potencjałów kadrowych i sprzętu w celu wspólnej realizacji zamówienia publicznego o dużym zakresie w wymaganym przez zamawiającego terminie.

O istnieniu zmowy przetargowej między członkami konsorcjum nie może świadczyć także okoliczność, że wykonawcy podzielili pomiędzy sobą przedmiot zamówienia na poszczególne, odrębne odcinki (odcinek A - budowa sieci wodociągowej Jaski - Dobki - Rosochackie - Przedsiębiorstw EKOLOBUD S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego - Janusz Piotrowski, Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o. o., odcinek B - budowa sieci kanalizacyjnej w miejscowości Jaski - Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe MELIOREX Sp. z o. o. i odcinek C – budowa sieci wodociągowej Dworek Mazurski - Pieńki - Dąbkowskie - Babki Oleckie - Moźne - Raczki Wielkie - Przedsiębiorstwa Robót Ziemnych Poldrem Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Instalacyjne PPIM S.A oraz Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o. o.). Podział zadań pomiędzy członków konsorcjum i rozliczenie robót jest wewnętrzną sprawą wykonawców tworzących to konsorcjum. Izba wskazuje, że skoro przedmiot zamówienia jest podzielny i można wyodrębnić w ramach przedmiotu zamówienia co najmniej trzy niezależne od siebie odcinki robót, jak to uczyniło konsorcjum, to zamawiający w celu zagwarantowania większej konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia mógł skorzystać z dyspozycji art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i dokonać podziału zamówienia na części, z których każda stanowiłaby przedmiot odrębnego zamówienia publicznego. Brak podziału zamówienia na odrębne zadania, w tym przypadku doprowadził do tego, że wykonawcy, którzy nie byli w stanie zrealizować samodzielnie całość zamówienia o dużym rozmiarze i krótkim terminie realizacji zmuszeni zostali do połączenia swoich potencjałów kadrowych i sprzętu w celu realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje także, że postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest w trybie otwartym, ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu publicznym, opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało skierowane do bliżej nieokreślonej liczby potencjalnych wykonawców, zatem teoretycznie do udziału w postępowaniu mogli przystąpić także inni wykonawcy z całego obszaru unii europejskiej. Okoliczność, że w postępowaniu została złożona jedna oferta przez konsorcjum, składające się z sześciu potencjalnych wykonawców, nie może być dowodem na istnienie pomiędzy nimi zmowy przetargowej, mającej na celu

ograniczenie konkurencji na rynku. Na rynku budowlanym istnieje wiele innych podmiotów, zajmujących się budową kanalizacji wodociągowej i sanitarnej a podmioty, które zawarły konsorcjum nie są podmiotami monopolistycznymi w tej branży na rynku lokalnym, zatem brak podstaw by stwierdzić, że przez zawarcie umowy konsorcjum doszło do ograniczenia konkurencji.

Wobec braku przedstawienia przez odwołującego dowodów na istnienie zmywy przetargowej, Izba uznała że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego i w konsekwencji na unieważnieniu postępowania narusza wskazane przez odwołującego przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wykazane naruszenie przepisów ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600 zł na podstawie złożonej do akt sprawy faktury.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....