

**Sygn. akt KIO 2640/14**

**Sygn. akt KIO 2651/14**

**Sygn. akt KIO 2652/14**

**WYROK**  
**z dnia 30 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Daniel Konicz**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2014 r. przez Zakład Zieleni Sp. z o.o. w Warszawie, w dniu 12 grudnia 2014 r. przez AG - Complex Sp. z o.o. w Warszawie oraz w dniu 12 grudnia 2014 r. przez Remondis Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie

przy udziale:

- Polsuper Sp. z o.o. w Warszawie, Fagus Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2640/14;

- W. F. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze W. F. w Kacicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2651/14;

- AG - Complex Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz W. F. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze W. F. w Kacicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, w sprawie o sygn. akt KIO 2652/14

**orzeka:**

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Zieleni Sp. z o.o. w Warszawie, AG - Complex Sp. z o.o. w Warszawie oraz Remondis Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 45.000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład Zieleni Sp. z o.o. w Warszawie, AG - Complex Sp. z o.o. w Warszawie oraz Remondis Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisów od odwołań, po 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy

złotych zero groszy) od każdego z wykonawców.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 2651/14**

**Sygn. akt KIO 2652/14**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest pielęgnacja zieleni niskiej oraz utrzymanie czystości i konserwacja elementów małej architektury wzdłuż tras komunikacyjnych m.st. Warszawy. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 września 2014 r. pod numerem 2014/S176-311361. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. 3 grudnia 26 lipca 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego, w związku z czym zostały wniesione odwołania. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

#### **Odwołanie wniesione przez Zakład Zieleni Sp. z o.o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2640/14):**

W odwołaniu wniesionym 12 grudnia 2014 r. odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez odrzucenie ofert odwołującego w części II, III i VIII zamówienia, mimo iż jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej jako ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez sporządzenie uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego w sposób ogólnikowy i wewnętrznie sprzeczny, nie pozwalający stwierdzić, jaki czyn nieuczciwej konkurencji został popełniony na skutek złożenia oferty przez odwołującego, wobec braku sprecyzowania okoliczności faktycznych i prawnych w sposób pozwalający na przyjęcie, że zamawiający udowodnił popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji przez odwołującego;
- 3) art. 91 b ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezaproszenie odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej oraz w konsekwencji przeprowadzenie aukcji elektronicznej na częściach III i VIII, mimo iż złożone przez niego oferty na części II, III i VIII zamówienia nie podlegały odrzuceniu, a przez to przeprowadzenie aukcji elektronicznej na częściach III i VIII bez udziału wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, tj. w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieprzeprowadzenie aukcji na części II, podczas gdy w przypadku nieodrzucenia oferty odwołującego powinna ona być przeprowadzona;
- 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91a ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach III i VIII zamówienia w następstwie przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz w części II z pominięciem oferty odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu,

a zatem dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie wszystkich ofert, które podlegały badaniu i ocenie, co skutkuje niezapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności aukcji elektronicznej w części III i VIII, powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego w częściach II, III i VIII, powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej z uwzględnieniem odwołującego, przeprowadzenia aukcji elektronicznej w części II z uwzględnieniem oferty odwołującego, powtórzenia czynności aukcji elektronicznej z uwzględnieniem oferty odwołującego w części III i VIII, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nadto żądał zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż znana i nieukrywana współpraca wykonawców (odwołującego i Remondis Sp. z o.o.) nie znaczy, że weszli oni w porozumienie, które ograniczać ma konkurencję. Zarzucił, że zamawiający nie tylko nie wykazuje istnienia takiego porozumienia, ale i nie dokonuje przytoczeń faktycznych, które by na to wskazywały, lecz snuje wyłącznie przypuszczenia. Podniósł, że zamawiający podzielił zamówienie na części, a więc każdy rejon jest materialnie rzecz ujmując innym przetargiem. Odwołujący wzmacniał argumentację powołując orzecznictwo KIO oraz wskazując na stany faktyczne innych postępowań. Wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji tych postępowań.

Polsuper Sp. z o.o. w Warszawie i Fagus Sp. z o.o. w Warszawie przystąpiły do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

#### **Odwołanie wniesione przez AG – Complex Sp. z o.o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2651/14):**

W odwołaniu wniesionym 12 grudnia 2014 r. odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy – W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe, Porządkowe i Ogrodnicze W. F. - z uwagi na złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz z uwagi na niewykazanie przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt podania w ofercie zawyżonych wartości wykonanych usług celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez W. F., jako oferty złożonej przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- 3) art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art.

581 § 1 kodeksu cywilnego przez zaniechanie odrzucenia oferty W. F. z uwagi na istnienie pomiędzy tym wykonawcą a wykonawcą Zakład Zieleni Sp. z o.o. z umowy przetargowej, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co da się stwierdzić poprzez zachowania i czynności podjęte przez tych wykonawców co najmniej zmierzających do obejścia prawa, co stanowi jednocześnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 6 ust 1 pkt 7 oraz art. 6 ust 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 58 § 1 k.c., bowiem oferta złożona przez wykonawcę jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

4) art. 91 b ust 1 ustawy przez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu;

5) art. 7 ust 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w rejonie I i IX, unieważnienia czynności związanych z przeprowadzeniem aukcji elektronicznej w rejonie I i IX, unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w rejonie I i IX, unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w rejonie I i IX i nakazanie badania ponownej oceny oferty złożonej przez W. F., wykluczenie tego wykonawcy i odrzucenie złożonej przez niego oferty, ponowne zaproszenie wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w rejonie I i IX, ponowne przeprowadzenie aukcji elektronicznej w rejonie I i IX oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w tych rejonach, a więc takiej która uzyska największą liczbę punktów po przeprowadzonej aukcji.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż z uwagi na wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przepisów ustawy, interes odwołującego doznał uszczerbku. Odwołujący został wybrany do realizacji zamówienia w zakresie rejonu nr I i IX jako ten którego oferta była ofertą najkorzystniejszą, niemniej jednak wynik aukcji i składane postąpienia kształtowałyby się zupełnie inaczej w sytuacji, gdyby udziału w aukcji nie brał . F. . Z porównania składanych postąpień wynika, iż właśnie wskazany wykonawca składał postąpienia w toku aukcji, czym doprowadził do obniżenia w sposób znaczący cen, a tym samym doprowadził do poniesienia przez odwołującego wymiernej szkody, bowiem odwołujący mógłby uzyskać za realizację zamówienia zupełnie inną cenę w sytuacji, gdyby aukcja została przeprowadzona bez udziału W. F. . Odwołujący wyjaśnił, iż przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, bowiem podstawę do jego wniesienia stanowiła informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłana odwołującemu w dniu 03.12.2014 r. wraz z informacją o dokonanej ocenie ofert. Odwołujący dopiero po przesłaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty mógł zapoznać się z dokumentacją postępowania.

W. F. prowadzący działalność pod firmą Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze W. F. w Kacicach przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

## **Odwołanie wniesione przez Remondis Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2652/14):**

W odwołaniu wniesionym 12 grudnia 2014 r. odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez odrzucenie oferty (ofert częściowych) odwołującego mimo braku przesłanek, a tym samym:

a) naruszenie zasady dotyczącej równego traktowania wykonawców w postępowaniu;

b) przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji z uwagi na uniemożliwienie odwołującemu wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo spełniania przez niego wszelkich wymaganych prawem warunków;

2) art. 7 ust 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy;

3) art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 14 Pzp, art. 6 k.c i art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez odrzucenie oferty odwołującego jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji mimo, iż złożenie oferty nie stanowiło takiego czynu oraz przy braku dowodów wskazujących na popełnienie takiego czynu (deliktu);

4) art. 83 ust. 3 Pzp przez całkowicie nieuzasadnione przyjęcie, że odwołujący złożył ofertę na więcej niż trzy części zamówienia;

5) art. 91 b ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej co skutkowało również przeprowadzeniem (otwarcie) aukcji elektronicznej z naruszeniem określonego ustawą terminu (2 dni od prawidłowego dokonania zaproszeń);

6) art. 91 ust. 1 Pzp przez wadliwe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty;

7) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieprawidłowe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia ofert;

8) art. 99 k.c. w związku z art. 14 Pzp przez błędne przyjęcie, że udzielenie pełnomocnictwa jest równoznaczne z podjęciem działania przez pełnomocnika;

9) art. 24b ust. 2 Pzp przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez odwołującego,

10) art. 36 i 41 Pzp przez nieprawidłową ocenę ofert;

11) art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej i art. 22 Konstytucji RP przez ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej;

12) art. 66 Konstytucji RP przez ograniczenie wolności podjęcia i wyboru pracy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia ofert odwołującego i dokonania ponownej oceny ofert, unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszych ofert w zakresie części zamówienia dotyczących Rejonu I, Rejonu V i Rejonu IX, unieważnienie aukcji elektronicznej i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zakresie części zamówienia dotyczących Rejonu I, Rejonu V i Rejonu IX, powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców do udziału; w aukcji elektronicznej w zakresie części zamówienia dotyczących Rejonu I, Rejonu V i Rejonu IX, powtórzenia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w zakresie części Zamówienia dotyczących Rejonu I, Rejonu V i Rejonu IX.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że na istnienie porozumienia między Remondis a

Zakładem Zieleni Sp. z o.o. nie może wskazywać sam fakt powiązań osobowych, polegających na zatrudnieniu przez odwołującego członka zarządu Zakładu Zieleni Sp. z o.o., ani to, że Zakład Zieleni Sp. z o.o. współpracował z odwołującym na zasadzie podwykonawstwa, w zakresie realizacji zamówienia poprzednio udzielonego przez zamawiającego. Wskazał również, że upoważnienie do prowadzenia aukcji Pani H. B. – B. do czynności w aukcji elektronicznej jako swojego wieloletniego pracownika jest bez znaczenia, gdyż wykonawca nie może odpowiadać za działania swoich pracowników podejmowane poza sferą powierzonych im czynności. Decyzja o złożeniu ofert przez odwołującego została podjęta w gremiach decyzyjnych spółki holdingowej Remondis.

AG - Complex Sp. z o.o. w Warszawie zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zaś W. F. prowadzący działalność pod firmą Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze W. F. w Kacicach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli odpowiednio o oddalenie odwołania i o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt 5.3) SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na 9 części (rejonów). Zamawiający zastrzegł, że wykonawca może złożyć ofertę w zakresie maksymalnie trzech części zamówienia (dowód: str. 3 SIWZ, kopia w aktach sprawy).

Odwołujący Zakład Zieleni Sp. z o.o. złożył ofertę na rejony II, III i VIII. Ofertę podpisała Pani Z. E. - prokurent. Prezesem Zarządu i jedynym wspólnikiem jest Pani H. B. – B. . Zakład Zieleni Sp. z o.o. powstał w wyniku przekształcenia spółki „Zakład Zieleni” Spółka jawna H. B. – B., J. G. (dowód: oferta, kopia w aktach sprawy).

Odwołujący Remondis Sp. z o.o. złożył ofertę na rejony I, V i IX. Ofertę podpisał w imieniu spółki Pan G. C., Dyrektor Zakładu w Warszawie. Do oferty zostało załączone pełnomocnictwo, w którym Pani H. B. – B. została upoważniona do reprezentacji i składania ofert w aukcji elektronicznej w imieniu wykonawcy (dowód: oferta, kopia w aktach sprawy).

13 listopada 2014 r. zamawiający skierował do Zakład Zieleni Sp. z o.o. i Remondis Sp. z o.o. pismo, w którym wskazał, że Pani H. B. – B. jest jednocześnie jedynym wspólnikiem i Prezesem Zarządu uprawnionym do samodzielnej reprezentacji Zakładu Zieleni Sp. z o.o. oraz osoba uprawnioną do składania ofert w aukcji elektronicznej i nadzorowania prac w rejonie I w ofercie Remondis Sp. z o.o. W związku z tym żądał wyjaśnień w sprawie powiązań organizacyjnych i osobowych pomiędzy wykonawcami (występowania Pani H. B. – B. jako pełnomocnika Remondis) oraz o wyjaśnienie, jaka jest podstawa prawna dysponowania jej osobą i w jakim charakterze

zdobyła ona 11 letnie doświadczenie zawodowe w spółce Remondis (podanie formy zatrudnienia) (dowód: pismo, kopia w aktach sprawy).

Wzewani wykonawcy udzielili wyjaśnień pismami z 17 listopada 2014 r. Zakład Zieleni Sp. z o.o. oświadczył, że pomiędzy Remondis Sp. z o.o. a Zakładem Zieleni Sp. z o.o. brak jest powiązań, które pozostawałyby w kognicji zamawiającego, czyli wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, dokładnie art. 4 pkt 14 oraz art. 14 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - bezpośrednich lub pośrednich powiązań kapitałowych. Podał również, że Pani H. B. – B. jest zatrudniona w Remondis na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony od roku 2001 r., w tym od roku 2003 na stanowisku Kierownik Działu Zieleni, na którym kieruje wykonywaniem, organizacją oraz rozliczaniem prac zieleniarskich w spółce Remondis.

Remondis Sp. z o.o. oświadczył, że pomiędzy nim a Zakładem Zieleni Sp. z o.o. nie występują powiązania organizacyjne oraz, że Pani Hanna B. – B. jest zatrudniona w Remondis na podstawie umowy o pracę od roku 2001 r. Jednocześnie, w związku z pismem Zamawiającego, wskazał jako osobę upoważnioną do dokonywania czynności w aukcji elektronicznej Pana G. C. . Odwołujący ocenił, że zatrudnienie Pani H. B. – B. przy jednoczesnej jej działalności w Zakładzie Zieleni Sp. z o.o. nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji i nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający po ocenie wyjaśnień odrzucił oferty wskazanych wykonawców. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym podał, że oferty zostały złożone przez dwa podmioty tj. Remondis Sp. z o.o. i Zakład Zieleni Sp. z o.o., których działanie doprowadziło do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podał, że mając na celu zwiększenie konkurencji w postępowaniu oraz ograniczenie znacznego udziału w rynku jednego lub wybranych podmiotów, ograniczył możliwość składania ofert przez jednego wykonawcę do maksymalnie trzech części zamówienia.

Zamawiający ocenił, że z okoliczności sprawy wynika, iż pomiędzy wykonawcami Remondis Sp. z o.o. oraz Zakład Zieleni Sp. z o.o. występują powiązania prowadzące do naruszenia uczciwej konkurencji.

Pani H. B. – B. posiada bowiem 100% udziałów w Spółce Zakład Zieleni i jest Prezesem Zarządu i jednocześnie jest pełnomocnikiem w Remondis Sp z o.o. upoważnionym do reprezentowania w trakcie aukcji elektronicznej oraz od 2001 r. jest pracownikiem Remondis Sp. z o.o., w tym od 2003 r. jest zatrudniona jako kierownik Działu Zieleni.

Zdaniem zamawiającego o powiązaniach nie tylko osobowych ale i organizacyjnych świadczy również zamieszczenie w ofertach identycznych numerów telefonu i faksu jakim posługują się oba podmioty, co znajduje swoje potwierdzenie na pieczętkach, które spółki zamieściły na pierwszej stronie swoich ofert. W ocenie zamawiającego, wynikającej z wieloletniej współpracy zarówno z Remondis Sp. z o.o jak i Zakładem Zieleni Sp. z o.o, prace utrzymania zieleni świadczone na rzecz Zarządu Oczyszczania Miasta w Warszawie, których stroną umowy jest Remondis Sp. z o.o. wykonywane są przez podwykonawcę tj. Zakład Zieleni Sp. z o.o. W analogicznym postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w 2013 r., w którym nie było ograniczenia liczby części zamówienia na jakie składana może być oferta przez jednego wykonawcę, z Remondis Sp. z o. o. złożyła ofertę na



wszystkie części zamówienia a Pani H. B. – B. była pełnomocnikiem upoważnionym do reprezentowania Spółki w trakcie aukcji elektronicznej. Natomiast Zakład Zieleni Sp. z o.o. w ogóle nie złożył w tym postępowaniu oferty.

Zamawiający stwierdził, że w tym stanie faktycznym naruszenie uczciwej konkurencji nie polega na pozornym konkurowaniu w tym samym przetargu lub w tej samej części - wykonawcy złożyli oferty w różnych częściach postępowania. Dochodzi natomiast do naruszenia uczciwej konkurencji poprzez uzyskanie przewagi konkurencyjnej w niedozwolony sposób, poprzez ominięcie zakazu składania ofert na więcej, niż trzy części zamówienia. Wykonawcy działający w porozumieniu mają szersze pole działania - uczestnicząc łącznie w aukcjach na sześć części zamówienia posiadają większą swobodę w kształtowaniu swojej oferty cenowej, w zależności od wyniku wcześniejszych aukcji mogą dostosować strategię postępowania w kolejnych aukcjach przeprowadzanych w dalszych częściach zamówienia. Takiej możliwości pozbawieni są wykonawcy, którzy zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w SIWZ złożyli ofertę maksymalnie na trzy części zamówienia.

W ocenie zamawiającego z powyższych okoliczności wynika, iż działania ww. wykonawców zostały podjęte w celu ominięcia zakazu składania ofert na więcej, niż trzy części zamówienia. Współdziałanie wykonawców prowadzi do niedozwolonego naruszenia uczciwej konkurencji i jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dowód: pismo z 3 grudnia 2014 r., w aktach sprawy).

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej zamawiający wybrał w rejonie I i IX ofertę złożoną przez AG – Complex Sp. z o.o. (dowód: pismo z 3 grudnia 2014 r., w aktach sprawy).

#### **Izba zważyła, co następuje:**

#### **Odwołania wniesione przez Zakład Zieleni Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2640) i Remondis Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2652/14):**

Oba odwołania dotyczą takiej samej czynności zamawiającego – odrzucenia ofert odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Wspólna podstawa prawna oraz te same okoliczności faktyczne pozwalają na łączne odniesienie się do zarzutów obu odwołań, mimo że dotyczą one innych części zamówienia.

Odwołujący są uprawnieni do wniesienia odwołania. Odrzucenie złożonych przez nich ofert uniemożliwia odwołującym uzyskanie zamówienia w częściach, na które złożyli oferty, zatem przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp zostały spełnione.

Odwołania okazały się bezzasadne.

Odwołujący nietrafnie zarzucają zamawiającemu brak powołania okoliczności uzasadniających zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W ocenie Izby zamawiający sprostą tej powinności, gdyż samo powołanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających popełnienie wskazanego czynu nieuczciwej konkurencji jest wystarczające. Zamawiający w

uzasadnieniu odrzucenia ofert odwołujących powołał okoliczności faktyczne, na których się oparł uznając, że odwołujący dopuścili się czynu wskazanego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Rozpoznając odwołanie Izba jest zobowiązana dokonać subsumcji tych okoliczności do danej normy prawnej w celu ustalenia, czy znamiona czynu zabronionego przepisami prawa zostały wypełnione.

Nie ma racji odwołujący Remondis, gdy twierdzi, że zamawiający nie podał charakterystyki czynu, który wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Sam brak przyporządkowania przez zamawiającego powołanych okoliczności do poszczególnych przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie może przesądzać o wadliwości czynności odrzucenia ofert.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Mimo, że - co do zasady - zamawiający winien w pierwszej kolejności badać, czy nie zostały spełnione przesłanki jednego z deliktów nazwanych wskazanymi w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a dopiero w braku możliwości przyporządkowania dokonanych ustaleń do któregoś z nich, sięgać do art. 3 ust. 1, to ziszczenie przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012r., KIO 2819/11).

Izba podziela wyrażany w orzecznictwie i piśmiennictwie pogląd, że przeprowadzenie dowodów bezpośrednich potwierdzających zawarcie między uczestnikami rynku porozumień o charakterze antykonkurencyjnym jest praktycznie niemożliwe, zatem dopuszczalne jest oparcie się przez organ orzekający na dowodach o charakterze pośrednim, domniemaniach faktycznych (tak m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006r., III SK 6/06 - Orzecznictwo Sądu Najwyższego Zbiór Urzędowy Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych 2008/1-2/25).

Izba oparła się okolicznościach powołanych przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia ofert odwołujących i uwzględniając stan rzeczy ustalony w dniu zamknięcia rozprawy uznała, że w badanym postępowaniu łączne wystąpienie następujących okoliczności:

1. złożenie przez odwołujących ofert na odrębne części zamówienia (po trzy przez każdego z wykonawców);
2. zatrudnienie w Remondis Sp. z o.o. Pani H. B. – B., która podpisała ofertę, w imieniu tego wykonawcy i była uprawniona do reprezentowania go w postępowaniu, w tym do uczestnictwa w

aukcji elektronicznej, będąc jednocześnie Prezesem Zarządu i jedynym wspólnikiem Zakładu Zieleni Sp. z o.o.,

3. identyczne dane teleadresowe obu odwołujących - numery telefonu i faxu na pieczęci firmowej na pierwszej stronie ofert;

4. dane teleadresowe Remondis Sp. z o.o. oraz oznaczenie firmy na okazanej przez przystępującego Polsuper Sp. z o.o. wizytówce pracownika Zakładu Zieleni Sp. z o.o.;

5. niezaprzeczone przez odwołujących twierdzenia zamawiającego, że w sytuacji, gdy dzwoni od do Zakładu Zieleni, telefon odbierany jest przez pracownika Remondis Sp. z o.o.;

6. wskazanie adresu mailowego Zakładu Zieleni Sp. z o.o. wskazującego na związek z Remondis Sp. z o.o. w oficjalnych informacjach zamieszczonych na stronie (stan istniejący w dniu zamknięcia rozprawy);

7. wcześniejsze wykonywanie przez Zakład Zieleni Sp. z o.o. zleceń na rzecz Remondis Sp. z o.o. w charakterze podwykonawcy,

uprawnia zamawiającego do odrzucenia ofert odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Mimo, że każda z powołanych przyczyn rozpoznawana odrębnie mogłaby być uznana za nienaruszającą prawo, to przywołane fakty rozpoznawane łącznie wskazują na powiązania organizacyjne i personalne między wykonawcami, tworzą domniemanie faktyczne działania przez odwołujących w porozumieniu i wyczerpują przesłanki art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Użycie przez ustawodawcę pojęcia „złożenie oferty” w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp wyraźnie adresuje omawiane przepisy do stanu rzeczy istniejącego w dacie złożenia ofert. Zatem późniejsze wycofanie pełnomocnictwa Pani H. B. – B. do uczestnictwa w aukcji elektronicznej w imieniu Remondis Sp. z o.o. pozostaje bez znaczenia dla oceny czynności zamawiającego.

Przywołane ustalenia nakazują uznanie, że Remondis Sp. z o.o. i Zakład Zieleni Sp. z o.o. nie występują w obrocie jako dwa całkowicie odrębne i niezależne podmioty. Mimo, że nie są one powiązane kapitałowo, to istniejące powiązania osobowe i organizacyjne wskazują na ścisłą współpracę. Zakład Zieleni Sp. z o.o. w świetle dokonanych ustaleń prezentuje się jak podmiot wchodzący w skład holdingu Remondis, działającego w Polsce poprzez kilkadziesiąt spółek i oddziałów, nie zaś jako samodzielny uczestnik rynku. Trudno też uznać, że prowadzenie przez pracownika Remondis Sp. z o.o. Panią H. B. – B., działalności gospodarczej, w segmencie rynku na którym działa Remondis Sp. z o.o., mogło nastąpić bez wiedzy i zgody pracodawcy.

Przy ocenie, że powołane okoliczności wskazują, że odwołujący działali w porozumieniu i tym samym przez złożenie ofert dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, Izba uwzględniła, że zamawiający ustalił, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpi po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Z punktu widzenia interesów zamawiającego przeprowadzenie aukcji oznacza finalne uzyskanie oferty z warunkami korzystniejszymi, niż wynikałoby to z oferty złożonej do upływu terminu składania ofert (oferty papierowej). Z punktu widzenia wykonawców uczestnictwo w aukcji wiąże się z szansą na uzyskanie zamówienia, nawet jeśli oferta papierowa danego

wykonawcy nie była najkorzystniejsza, jednak barierą dla wykonawcy uczestniczącego w aukcji jest opłacalność wykonania zamówienia oraz możliwość osiągnięcia zysku, które określają granicę składania kolejnych postąpień.

W toku kolejnych postąpień wykonawca zbliża cenę swojej oferty do poziomu kosztów ograniczając spodziewany zysk. Z tego względu istotna jest nie tylko znajomość własnych możliwości ekonomicznych, ale również wiedza danego wykonawcy o poziomie cen wskazywanych przez innych konkurujących wykonawców. W konsekwencji powiązanie personalne odwołujących przez osobę Pani H. B. – B. ma doniosłe znaczenie dla zachowania zasad uczciwej konkurencji w procesie wyboru najkorzystniejszej oferty. Jej uczestnictwo w postępowaniu po stronie obydwóch odwołujących zapewniało transfer wiedzy istotnej dla możliwości uzyskania zamówienia lub osiągnięcia większego zysku przez obu odwołujących ze szkodą dla pozostałych wykonawców, którzy mają w tej sytuacji mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia, co prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Działanie odwołujących narusza interesy innych przedsiębiorców, gdyż ogranicza im możliwość uzyskania zamówienia oraz interes klienta - zamawiającego, który wprowadzając ograniczenie liczby części zamówienia, na jakie ofertę może złożyć jeden wykonawca, świadomie zamierzał zdywersyfikować wykonanie przedmiotu zamówienia. To, że obaj odwołujący są podmiotami formalnie i kapitałowo odrębnymi nie wystarcza dla uznania, że nie mogą się oni dopuścić czynu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy podejmują oni działania prowadzące do zachwiania uczciwej konkurencji.

Złożenie ofert przez odwołujących jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami.

Zamawiający stosownie do art. 83 ust. 3 Pzp ograniczył do trzech liczbę ofert częściowych, które może złożyć jeden wykonawca. Niezaskarżone w ustawowym terminie prekluzyjnym postanowienia SIWZ mają charakter wiążący. Fundamentalne znaczenie SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia nakazuje traktowanie jej jak prawa w postępowaniu. Naruszenie postanowień umowy może stanowić o niezgodności z prawem, o której stanowi art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz.” pod red. J. Szwejki, wyd. 3, str. 155, teza 84)

W ocenie Izby również naruszenie wymagań SIWZ (odnoszącej się do przedkontraktowych stosunków cywilnoprawnych) prowadzi do sprzeczności działania wykonawców z prawem i - przy zaistnieniu pozostałych przesłanek ustawowych - stanowi o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie miała również wątpliwości, że w okolicznościach badanej sprawy złożenie ofert w liczbie większej niż dopuszczona przez zamawiającego przez odwołujących działających w porozumieniu i funkcjonujących w obrocie gospodarczym w ścisłym powiązaniu jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Obejście ograniczenia liczby ofert jest sprzeczne z uczciwością kupiecką.

Reasumując, przesłanki wskazane w art. 3 ust. 1 zostały spełnione, zatem zamawiający w

celu eliminacji zachowań niekonkurencyjnych, w celu prawidłowego wyboru najkorzystniejszych ofert w poszczególnych częściach odrzucił oferty odwołujących.

Dopuszczenie do dalszych czynności w postępowaniu ofert odwołujących prowadziło do naruszenie zasady prawa zamówień publicznych dotyczącej równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz uczciwej konkurencji. Odwołujący pomijają, że konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest nieograniczona, lecz powinna odbywać się w granicach wyznaczonych przez przepisy prawa, wówczas ma ona charakter uczciwy.

Art. 190 ust. 2 Pzp wskazuje, że dowody na poparcie swoich twierdzeń oraz odparcie twierdzeń strony przeciwnej można powoływać do zamknięcia rozprawy. Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradiktoryjny i mimo, że w przypadku sporu dotyczącego odrzucenia ofert, ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym, to odwołujący się wykonawcy nie powinni pozostawać całkowicie bierni. Tymczasem odwołujący nie wywodzili, że opisany przez zamawiającego stan rzeczy nie zakłóca konkurencji. W charakterze dowodów odwołujący powoływali przede wszystkim fakty dotyczące zachowania zamawiającego w innych postępowaniach, co nie ma znaczenia dla oceny czynności zamawiającego w badanym postępowaniu oraz wskazywali na hipotetyczne powiązania między innymi wykonawcami uczestniczącymi w tym postępowaniu, co również jest niemiarodajne dla legalności działania zamawiającego, nawet w kontekście zasady równego traktowania wykonawców. Całokształt przyczyn, dla których zamawiający odrzucił oferty odwołujących był bowiem szerszy, niż okoliczności wskazane przez odwołującego.

Izba nie dopuściła zatem dowodów, o przeprowadzenie których wnosił Zakład Zieleni Sp. z o.o.

#### **Odwołanie wniesione przez AG – Complex Sp. z o.o. w Warszawie (sygn. akt KIO 2651/14):**

Odwołanie podlega oddaleniu, gdyż odwołujący nie wykazał przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, poniesienie lub możliwości poniesienia szkody połączonej adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Środki ochrony prawnej przysługują zatem tylko takiemu wykonawcy (uczestnikowi konkursu lub 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 (wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11 – Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze – M. Stręciwilk (red.), Zeszyt nr 14, str. 93, teza 166).

Legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością uzyskania ochrony

prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub uzyskaniem takiego zamówienia. Przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp nie są więc spełnione w przypadku wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż taki wykonawca wnosząc odwołanie w istocie kwestionuje wybór własnej oferty. Odwołanie jest tymczasem środkiem ochrony prawnej skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, nie zaś na uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, którego ofertę zamawiający wybrał, na korzystniejszych warunkach.

Dostrzec przy tym trzeba, że ponowienie aukcji elektronicznej nie oznacza, że odwołujący uzyska zamówienie. Po pierwsze: nie wiadomo, czy w wyniku ponowionych czynności, których domaga się odwołujący, do aukcji dojdzie. Po drugie: brak jest racjonalnej pewności, że odwołujący weźmie w niej udział. Po trzecie: nie wiadomo czy w ramach ponowionej aukcji oferta odwołującego zostanie wybrana.

Przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp stanowią samodzielne przesłanki dopuszczalności odwołania o charakterze materialno prawnym. Ich brak oznacza oddalenie odwołania, bez konieczności odnoszenia się do zarzutów podniesionych w odwołaniu (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08 - Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze - M. Stręciwilk red. Zeszyt nr 4, str.122, teza 197).

Dla prezentowanej oceny nie ma znaczenia, że zamawiający w zaproszeniu do udziału w aukcji skierowanym do odwołującego nie wskazał uczestników aukcji. Ustawa nie nakłada na zamawiającego na tym etapie powinności informowania wykonawców o efektach oceny ich oferty oraz o odrzuceniu oferty, czy też wykluczeniu wykonawców konkurencyjnych w danym postępowaniu. Z faktu nieinformowania wykonawców o wynikach oceny badania i oceny ofert na tym etapie postępowania, przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej i zaproszeniem do niej wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, nie można zamawiającemu postawić zarzutu, ani tym bardziej uzasadniać spełnienia przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp przez wykonawcę, który wygrał aukcję i w rzeczywistości wnosi odwołanie podważające ten wybór.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

