

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 20 kwietnia 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Renata Tubisz**

**Paweł Trojan**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **20 kwietnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 kwietnia 2017 r.** przez konsorcjum: **1) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33 02-738 Warszawa; MATPOL GRUPA Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa; 3) Grupa City Security 1 Sp. z o.o., ul. Stawki 2; 28 00-193 Warszawa; 4) PNS Polska Sp. z o.o., ul. Czerniakowska 54, 0-717 Warszawa,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **12 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Toruniu, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń,** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca:

- A. Konsorcjum: **1) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 2) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118,53-111 Wrocław; 3) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 4) IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 5) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118,53-111 Wrocław; 6) ITM Poland S.A., ul Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra; 7) Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. J. Kazimierza 55, 01-267 Warszawa; 8) Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. J. Kazimierza 55; 9) Koncesjonowany Zakład Ochrony Osób i Mienia „Auto-Trezor” R. G., ul. Gen. Sowińskiego 5 87-100 Toruń; 10) „Auto-Trezor” Sp. z o.o. sp. k., ul. Gen. Sowińskiego 5 87-100 Toruń** - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu.**

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 662/17**

### **Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego pn. „Usługi w zakresie ochrony terenów, obiektów, urządzeń oraz osób, mienia i porządku na terenie chronionym realizowane przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO)”, (ogłoszenie z dnia 24 lutego 2017r. Nr 2017/S 039-070925), w dniu 3 kwietnia 2017 r. zostało wniesione w postaci pisemnej odwołanie przez konsorcjum: 1) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33 02-738 Warszawa; MATPOL GRUPA Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa; 3) Grupa City Security 1 Sp. z o.o., ul. Stawki 2; 28 00-193 Warszawa; 4) PNS Polska Sp. z o.o., ul. Czerniakowska 54, 0-717 Warszawa - w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 24 marca 2017 r. o wyborze oferty konsorcjum zgłaszającego przystąpienie wykonawcy na część 2 i 3 zamówienia.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 24.02.2017 r. i mają do niego zastosowanie przepisy, obowiązujące od daty wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Ustalona wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2017 r. przesłane za pośrednictwem faksu, pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego (w kopii przesłane stronom) złożył w dniu 7 kwietnia 2017 r. wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w części 2 i 3 zamówienia - konsorcjum: 1) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 2) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 3) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 4) IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 5) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 6) ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra; 7) Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. J. Kazimierza 55, 01-267 Warszawa; 8) Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. J. Kazimierza 55; 9) Koncesjonowany Zakład Ochrony Osób i Mienia „Auto-Trezor” R. G., ul. Gen. Sowińskiego 5 87-100 Toruń; 10) „Auto-Trezor” Sp. z o.o. sp. k., ul. Gen. Sowińskiego 5 87-100 Toruń - po stronie zamawiającego, który powołał się na interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: 12 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Toruniu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265), dalej „ustawy Pzp”, tj.: art. 89 ust 1 pkt 3 oraz art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zaniechanie:

- odrzucenia oferty konsorcjum [dalej: Konsorcjum Impel], którego liderem jest Impel Security Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [partnerzy to: Impel Provider Security Partner Sp. z o.o., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław, ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp. k, ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław, IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp. k ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław, Impel Monitoring Sp. z o.o., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław, ITM Poland S.A. ul. Kostrzyńska 3; 65-127 Zielona Góra, Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. - ul. Jana Kazimierza 55; 01-267 Warszawa, Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55; 01-267 Warszawa, Koncesjonowany Zakład Ochrony Osób I Mienia "Auto - Trezor" R. G., ul. Gen. Sowińskiego 5; 87-100 Toruń, Auto Trezor - Ochrona" Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 5; 87-100 Toruń), która to oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w części nr 2 i części nr 3 zamówienia, a której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w konsekwencji zaś zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty odwołującego.

Wobec powyższego odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Impel w części 2 i części 3,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert a w jej efekcie odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Impel, jako że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a ponadto wnosil
- 3) o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku uchybień zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego, które winno być mu przyznane, gdyż złożył ofertę najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny w oparciu o postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu został podzielony na 12 części. Odwołujący złożył ofertę dotyczącą części 2 i 3 obejmujące odpowiednio:

Część nr 2 - Ochrona fizyczna realizowana przez SUFO w Centrum Szkolenia Artylerii i Uzbrojenia [CSAiU] w Toruniu - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 2a do SIWZ - 159 415 rbh,

Część nr 3 - Ochrona fizyczna realizowana przez SUFO w 2 Pułku Inżynieryjnym (2 pinż.) w Inowrocławiu - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 3a do SIWZ - 121 062 rbh.

Za kluczowy w przedmiotowej sprawie uznał fakt, iż kryterium wyboru ofert zostało określone w następujący sposób:

Liczba punktów = A + B gdzie

A stanowi maksymalną liczbę punktów uzyskanych w kryterium - cena oferty i waga 90%.

B stanowi maksymalną liczbę punktów uzyskanych w kryterium - doświadczenie Wykonawcy, waga 10%

Przy czym odwołujący zwracał uwagę, że pierwotnie kryterium wyboru oferty stanowiła w 100 % cena. Dopiero w wyniku odwołania złożonego przez Impel Security Polska Sp. z o.o. kryterium to zostało zmienione. Odwołujący uznał, że miało to istotne znaczenie.

Przedstawił sytuację w branży ochroniarskiej i stwierdził, że w Polsce charakteryzuje się ona niską rentownością. Podstawowym kosztem działalności świadczącego usługi ochrony osób i mienia są koszty wynagrodzeń i ich pochodne. Wprowadzone w minionym roku zmiany w prawie dotyczące tej, istotnej z punktu widzenia branży ochrony materii, w tym w szczególności oskładkowanie umów zleceń oraz wprowadzenie minimalnej stawki godzinowej od umowy zlecenia, a także zwiększenie minimalnego wynagrodzenia za pracę spowodowały, iż obecnie ceny zawarte w ofertach składanych przy przetargach publicznych przez wykonawców działających na rynku ochrony osób i mienia zróżnicowane są w sposób minimalny. W takiej sytuacji każdy inny niż cena czynnik, będący składową oceny ofert - ma duże znaczenie z punktu widzenia wykonawców.

Odwołujący podnosił, że do przetargu oprócz niego stanęło także konsorcjum Impel, którego liderem jest Impel Security Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Partnerami w tym konsorcjum są następujące spółki:

- 1) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. - ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław,
- 2) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp. k. ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław,
- 3) IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp. k. ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław,
- 4) Impel Monitoring Sp. z o.o. ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław,
- 5) ITM Poland S.A., ul. Kostrzyńska 3; 65-127 Zielona Góra,

- 6) Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55; 01-267 Warszawa,
- 7) Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55; 01-267 Warszawa,
- 8) Koncesjonowany Zakład Ochrony Osób i Mienia "Auto - Trezor" R. G., ul. Gen. Sowińskiego 5; 87-100 Toruń,
- 9) Auto Trezor - Ochrona" Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 5; 87-100 Toruń.

Odwołujący wszystkie firmy wchodzące w skład ww. konsorcjum podzielił na podmioty z czterech grup, powiązanych kapitałowo lub osobowo:

1. Impel (spółki Impel oraz ISP i IPSP);
2. Konsalnet;
3. Auto- Trezor;
4. ITM.

Wyjaśniał, że na polskim rynku usług w branży usług ochrony - Konsalnet zajmuje drugie miejsce w Polsce pod względem dochodów (nieznacznie tylko ustępując SOLID'owi), zaś notowany na giełdzie Impel ze swoimi dochodami plasuje się w tym zestawieniu na miejscu trzecim (dane o przychodach ww. spółek są regularnie ujawniane publicznie, w tym na łamach prasy zarówno „papierowej” jak i elektronicznej oraz publikowane w corocznych rankingach wiodących przedsiębiorstw z różnych dziedzin rynku. Odwołujący załączył do odwołania przykładowe publikacje, potwierdzające wielkość wiodących przedsiębiorstw /i ich przychodów/, które weszły w skład konsorcjum Impel).

Wskazywał, że zarówno Impel, jak i Konsalnet posiadają status specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych (SUFO) i - każda z osobna z tych spółek - ma ogromne doświadczenie oraz wiedzę i zaplecze w realizacji tego typu usług. Łącznie Konsalnet oraz Impel niemalże zmonopolizowały (w mniej więcej 75 jego procentach) polski rynek usług ochrony SUFO na rzecz Jednostek Wojskowych/Wojskowych Oddziałów Gospodarczych. Z powyższego odwołujący wywodził, że zarówno Impel, jak i Konsalnet mogłyby samodzielnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie nie tworząc żadnych konsorcjów, z zastrzeżeniem poczynionych przez odwołującego poniższych uwag.

Analiza złożonych przez konsorcjum Impel (lidera i partnerów) referencji do przedmiotowego postępowania przetargowego, przywiodła odwołującego do wniosków, że:

1. Spółki Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Provider Security Partner Sp. z o. o. oraz Impel Monitoring Sp. z o.o. tworząc konsorcjum świadczyły podobne zakresowo jak w przedmiotowym postępowaniu usługi SUFO na rzecz:
  - a) 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Świątoszowie,
  - b) 33 Bazy Lotnictwa Transportowego w Powidzu, gdzie odległość między Toruniem a Powidzem wynosi ok. 45 km,

2. Spółki Impel Provider Security Partner Sp. z o. o. oraz Impel Monitoring Sp. z o.o. tworząc konsorcjum świadczyły podobne zakresowo jak w przedmiotowym postępowaniu usługi SUFO na rzecz:

a) Jednostki Wojskowej 1156 w Poznaniu, gdzie odległość między Toruniem a Poznaniem wynosi ok. 160 km,

3. Spółki Impel Security Polska Sp. z o.o. oraz Impel Provider Security Partner Sp. z o. o. tworząc konsorcjum świadczyły podobne zakresowo jak w przedmiotowym postępowaniu usługi SUFO na rzecz:

a) Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A.

4. Spółka Impel Security Polska Sp. z o.o. samodzielnie świadczyła podobne zakresowo jak w przedmiotowym postępowaniu usługi SUFO na rzecz:

a) 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Świątoszowie,

b) Jednostki Wojskowej nr 4246 w Bydgoszczy, gdzie odległość między Toruniem a Bydgoszczą wynosi ok. 45 km,

5. Spółki Konsalnet Ochrona sp. z o.o. oraz Konsalnet Security Sp. z o.o. tworząc konsorcjum świadczyły podobne zakresowo jak w przedmiotowym postępowaniu usługi SUFO na rzecz:

a) 33 Bazy Lotnictwa Transportowego w Powidzu, gdzie odległość między Toruniem a Powidzem wynosi ok. 45 km,

b) Przedsiębiorstwa Państwowe „Port Lotnicze” (wraz z Konsalnet Holding S.A.),

c) 21 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Świdwinie (wraz z Agencją Ochrony „Szabel” Sp. z o.o.),

d) Komendy Portu Wojennego Świnoujście (wraz z innymi podmiotami),

6. Spółka Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. samodzielnie świadczyła podobne zakresowo jak w przedmiotowym postępowaniu usługi SUFO na rzecz:

a) Jednostki Wojskowej 4929 w Dęblinie,

7. Spółka Konsalnet Security Sp. z o.o. samodzielnie świadczyła podobne zakresowo jak w przedmiotowym postępowaniu usługi SUFO na rzecz:

a) 18 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Wejherowie,

b) 22 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Malborku.

Z przedstawionej analizy, odwołujący wyprowadził wnioski, iż ww. spółki z grupy Impel posiadały odpowiednie zaplecze i możliwości do uczestniczenia w przedmiotowym przetargu samodzielnie (Impel Security Polska Sp. z o.o.) ewentualnie tworząc konsorcjum trzech spółek, jak było to czynione w ww. przetargach. Podobnie spółki z grupy Konsalnet.

Zdaniem odwołującego stworzenie tak dużego konsorcjum przez ww. podmioty było nieuzasadnione. Jedynym zdaniem odwołującego - celem stworzenia tak dużego konsorcjum

była kumulacja referencji. Przy minimalnych różnicach cenowych (w tym na korzyść odwołującego), to właśnie kryterium - „doświadczenie Wykonawcy, waga 10%” – zdecydowało o wyborze oferty złożonej przez konsorcjum Impel.

Odwołujący przedstawił poglądy na temat dopuszczalności zawierania konsorcjów w Prawie zamówień publicznych. Nie zaprzeczał, że zawarcie umowy konsorcjum wynika z zasady swobody umów. Konsorcjum nie jest odrębnym przedsiębiorcą, nie posiada osobowości prawnej - jako odrębny podmiot, gdyż to konsorcjanci zachowują status odrębnych przedsiębiorców. Konsorcjum nie posiada własnego majątku, odrębnego od majątku konsorcjantów, a każdy z konsorcjantów zachowuje posiadane tytuły prawne do przedmiotów, przy pomocy których w ramach kooperacji (umowy konsorcjum) będzie wykonywał swoje zadania. Prawo zamówień publicznych dopuszcza tworzenie i udział w postępowaniach przetargowych konsorcjów, stanowi o tym art. 23 Pzp.

Zdaniem odwołującego, wspólne (w tym poprzez tworzenie konsorcjów) ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia musi być podyktowane w zasadzie faktem, iż samodzielnie nie byłiby oni w stanie albo w ogóle „startować” w przetargu, albo też nie mieliby realnie szans na jego wygranie.

Odwołujący sugerował, że celem utworzenia konsorcjum przystępującego było zamierzone naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tzw. zmowa przetargowa.

Odwołujący powołał się na art. 1 ust 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 229), dalej: ustawa „uokik”, który wskazuje, iż ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Celem ustawy jest przede wszystkim ochrona konsumentów i przedsiębiorców przed niewłaściwymi zachowaniami innych przedsiębiorców, w szczególności eksploatacją ze strony silniejszych od nich uczestników rynku. W związku z tym interes publiczny można zdefiniować jako konieczność zapewnienia prawidłowych zasad funkcjonowania rynku, aby każdy przedsiębiorca miał równe szanse wejścia na ten rynek i funkcjonowania na nim (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r. sygn. VI ACa 651/15). Zgodnie z art. 6 ust 1 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Rozpatrując kwestię celu, w jakim konsorcjanci wybrali tę formę współpracy, zdaniem odwołującego trzeba mieć na względzie, że o tym, iż mamy do czynienia z antykonkurencyjnym porozumieniem, świadczyć mogłyby okoliczności takie jak:



- oferta jest składana przez „dużych graczy” na określonym rynku, a więc mają oni znaczny udział w rynku właściwym
- konsorcjanci oddzielnie spełniali wymogi określone w SIWZ i byli w stanie samodzielnie wziąć udział w przetargu i złożyć samodzielne oferty, a samo zamówienie nie zawierało „wyśrubowanych” warunków
- konsorcjanci oddzielnie mieli realne szanse wygrania przetargu
- konsorcjanci byli w stanie samodzielnie wykonać zadanie objęte postępowaniem przetargowym
- po zawarciu umowy z zamawiającym nie dochodzi do połączenia potencjałów konsorcjantów, a doszło między nimi wyłącznie do podziału zamówienia w zakresie jego wykonania.

Wystąpienie tych okoliczności zdaniem odwołującego może uzasadniać przypuszczenie, że umowa konsorcjum ma charakter niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r. sygn. VI ACa 651/15). Zgodnie z art. 6 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

1. ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;
2. ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;
3. podziale rynków zbytu lub zakupu;
4. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
5. uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
6. ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;
7. uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Odwołujący przedstawił stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKIK) zaprezentowane szczególnie w decyzji RLU 38/2012, którego to prawidłowość potwierdził Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 8 czerwca 2016 r. sygn. akt VI ACa 651/15. Zdaniem UOKIK zawarcie konsorcjum, jakkolwiek jest prawnie dopuszczalne, nie zwalnia uczestniczących w nim przedsiębiorców od odpowiedzialności za ewentualne

naruszenie prawa konkurencji. UOKiK przyjmuje, iż zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłoby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi - ze szkodą dla zamawiającego. W uproszczeniu - konsorcjum jest zgodne z prawem konkurencji, jeśli jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu, gdyby nie zostało zawiązane. UOKiK przyjmuje, iż jeśli konsorcjum wywołuje antykonkurencyjne skutki, to naruszony zostaje art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (por. Przemysław Wierzbicki w - Konsorcja na bakier z prawem konkurencji).

Następczo odwołujący powołał się na art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503), gdzie zawarto generalną klauzulę czynu nieuczciwej konkurencji i wskazano, iż czynem takim jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Klauzula generalna w opinii odwołującego stanowi *lex generalis* dla czynów wymienionych w art. 3 ust 2 i zdefiniowanych w rozdz. 2 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jedną z funkcji klauzuli generalnej jest funkcja uzupełniająca, albowiem zawarte w art. 3 ust 2 i art. 15 ustawy wyliczenie, nie jest wyczerpujące, ponieważ niepodobna przewidzieć i zdefiniować wszystkie możliwe, także w przyszłości, zachowania naruszające zasady uczciwej konkurencji. W art. 15 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazano przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji polegające na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
- 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Czyn, o którym mowa w ust 1 pkt 5, może polegać w szczególności na:

- 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy;

- 2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym;
- 3) emisji, oferowaniu oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowane przez jednego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców pozostających w związku gospodarczym, w okolicznościach wskazanych w pkt 1 lub 2.

Odwołujący podnosił, że zwrot „w szczególności” użyty w art. 15 ust 1 ustawy sugeruje, że katalog czynów wymienionych w ww. przepisie nie ma charakteru zamkniętego. Można zatem w oparciu o ww. klauzulę generalną wskazać inne, niż wprost opisane w art. 15 ust 1 ustawy czyny polegające na utrudnianiu dostępu do rynku. W sposób następczy odwołujący wskazywał, że utrudnianiem dostępu do rynku będzie także praktyka polegająca na zawieraniu porozumień ograniczających konkurencję, o których stanowi art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

1. ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;
2. ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;
3. podziale rynków zbytu lub zakupu;
4. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
5. uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
6. ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;
7. uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Odwołujący wskazywał, że co do zasady zgodnie z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 K.c. ciężar dowodu w postępowaniu spoczywa na tym, kto wywodzi z niego skutki prawne. Zakładał jednak, że mamy do czynienia ze złą złą przetargową, i z tych względów powoływał się na orzecznictwo KIO, że zasada ta, z uwagi na utrudnienia dowodowe doznaje pewnej liberalizacji. Przytoczył tezę z wyroku KIO z dnia 30 marca 2014 (309/14) „(...) wykrzywie złą przetargowej w oparciu o reguły dowodowe określone w art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy P.z.p., oparte o dowody w postaci dokumentów, zeznań świadków, przesłuchania

stron, byłoby najczęściej niemożliwe. Z powyższych względów istnienie zmywy przetargowej należy oceniać przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniając całość towarzyszących okoliczności, a przede wszystkim wynikających z nich skutków. A więc, już w przypadku stwierdzenia pewnych zdarzeń, sytuacji faktycznych w wysokim stopniu uprawdopodobniających zmywę przetargową, zamawiający winien odrzucić ofertę z postępowania. Ustawa prawo zamówień publicznych chroni istnienie mechanizmu niezakłóconej konkurencji, jako optymalnego sposobu udzielania zamówień, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi w interes publiczny w celu realizacji, którego zamówienie jest udzielane." Odwołujący zaznaczał, że podobne zapatrywanie wynika z orzeczeń sądowych: "Przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe". Istnienie zmywy przetargowej będzie najczęściej oceniane nie na podstawie "twardych" dowodów w postaci kopii pisemnego porozumienia lub korespondencji - takie dowody zazwyczaj nie będą dostępne - lecz na podstawie analizy rezultatów i skutków działań podjętych przez wykonawców w kontekście wszystkich okoliczności danej sprawy (Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006r., sygn. III SK 6/06).

Zdaniem odwołującego do naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez konsorcjum Impel, jako czynu nieuczciwej konkurencji - doszło poprzez stworzenie sztucznego konsorcjum składającego się z dziesięciu spółek:

a) w sytuacji, gdy część spółek wchodzących w skład konsorcjum mogła samodzielnie lub w mniejszych konsorcjach startować w przetargu, a stworzenie tak dużego konsorcjum nie było ekonomicznie uzasadnione,

b) celem stworzenia takiego konsorcjum, zdaniem odwołującego było uzyskanie maksymalnej oceny za zsumowane referencje (doświadczenie) wszystkich konsorcjantów. O celu takiego działania świadczy także, zdaniem odwołującego, aktywność spółki Impel Security Polska Sp. z o.o. w zakresie wprowadzenia do SIWZ zmiany kryterium wyboru ofert z 100% cena, na kryterium wyboru ofert 90% cena i 10% doświadczenie/ referencje. SIWZ został zmieniony po wniesieniu przez ww. spółkę odwołania z dnia 2 marca 2017 r. Odwołujący uznał, że sam wpływ na wprowadzenie takiej zmiany nie jest niczym nadzwyczajnym, to jednak jego zdaniem uzasadnia twierdzenia o zmywie przetargowej. Takie działanie w opinii odwołującego narusza art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępu do rynku innym podmiotom, które nie mają szans wykazać się większą wartością doświadczenia, a tym samym wygrać postępowania przetargowego. Przypominał, że Impel i Konsalnet to odpowiednio 3-a i 2-a pod względem wielkości spółki na rynku ochrony),

c) według odwołującego - działanie takie narusza także interesy zamawiającego, który otrzymuje mniejszą liczbę ofert, a oferty korzystniejsze cenowo i tak nie mają możliwości wygrania, jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący podtrzymał, że zawiązanie konsorcjum Impel a następnie złożenie przez to konsorcjum oferty prowadzi do naruszenia zasad konkurencji w dwóch aspektach:

1. Po pierwsze jest nieuzasadnione ekonomicznie ani pragmatycznie - współdziałanie podmiotów, które co do zasady konkurują ze sobą na rynku usług ochrony osób i mienia, co doprowadziło do wyeliminowania naturalnej konkurencji pomiędzy tymi podmiotami, a tym samym do ograniczenia zamawiającego w możliwości wyboru realnie najkorzystniejszej oferty. Gdyby, bowiem konsorcjanci Impel odrębnie złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu - wzajemna konkurencja zmusiłaby te podmioty do poszukiwania możliwości zaproponowania zamawiającemu atrakcyjniejszych niż ich konkurenci warunków oferty, co prowadziłoby do urozmaicenia oferowanych warunków pozwalając zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie połączenie sił przez dwa z trzech największych przedsiębiorstw w Polsce, działających w branży ochrony, w warunkach gdy współdziałanie takie nie było konieczne i przy tak określonym przez zamawiającego kryterium wyboru, uniemożliwia jakąkolwiek konkurencję, praktycznie eliminując mniejsze podmioty z możliwości wygrania przetargu i uzyskania zamówienia.

Odwołujący podnosił, że skutkiem wykrycia działań konsorcjum Impel - naruszających ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji obowiązkiem zamawiającego było zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowiącego, iż zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy uwzględnieniu unormowań art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowiącego, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zaś ust. 3 cytowanego przepisu stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący podsumował, że obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Impel.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia wniesionego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Odwołujący powołał się na cele zdefiniowane w art. 1 ust 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 229), dalej: ustawa „uokik”, który wskazuje, iż ustawa ta określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i przedsiębiorców. Celem ustawy jest przede wszystkim ochrona konsumentów i przedsiębiorców przed niewłaściwymi zachowaniami innych przedsiębiorców, w szczególności eksploatacją ze strony silniejszych od nich uczestników rynku. W związku z tym interes publiczny można zdefiniować, jako konieczność zapewnienia prawidłowych zasad funkcjonowania rynku, aby każdy przedsiębiorca miał równe szanse wejścia na ten rynek i funkcjonowania na nim.

Jako zasadniczą podstawę prawną wskazanych w odwołaniu naruszeń prawa odwołujący podał art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiący, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie winny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

1. ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;
2. ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;
3. podziale rynków zbytu lub zakupu;
4. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
5. uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
6. ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;
7. uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Art. 6 ust. 2 uokik przewiduje, że porozumienia, o których mowa w ust. 1 są w całości lub w odpowiedniej części nieważne z zastrzeżeniem art. 7 i 8.

Odwołujący pominął, że zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów decyzje o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję wydaje Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazów określonych w art. 6 lub w art. 9 ustawy, lub w art. 102 TFUE.

Skoro odwołujący oparł zarzuty odwołania na naruszeniu art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zwłaszcza wskazywał na pkt 7) uzgadnianie przez

przedsiębiorców przystępujących do przetargu (w tym przypadku konsorcjum Impel) warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny - winien zwrócić się o wydanie decyzji do właściwego organu.

Powyższe potwierdza przywoływane przez odwołującego stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zaprezentowane w decyzji RLU 38/2012, którego prawidłowość potwierdził Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 8 czerwca 2016 r. sygn. akt VI ACa 651/15. Zdaniem UOKiK *„zawarcie konsorcjum, jakkolwiek jest prawnie dopuszczalne, nie zwalnia uczestniczących w nim przedsiębiorców od odpowiedzialności za ewentualne naruszenie prawa konkurencji. UOKiK przyjmuje, iż zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłoby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygraną przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na związane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi - ze szkodą dla zamawiającego.”*

Krajowa Izba Odwoławcza nie może wchodzić w kompetencje zastrzeżone ustawowo na rzecz innego organu. Jak każdy organ państwowy działa na podstawie prawa i w granicach prawa. Z tych względów należało stwierdzić, że w sprawie ww. zarzutów - nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie jest władna prowadzić postępowania, które leży w gestii innego organu, w tym weryfikować przesłank „rynku właściwego”. Mogłaby jedynie uwzględnić jako dowód - decyzję wydaną przez Prezesa UOKiK w danej sprawie, której to decyzji odwołujący nie przedstawił i nie powołał się na okoliczność, że postępowanie takie zostało przeprowadzone.

Z okoliczności wiadomych Izbie z urzędu na podstawie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, np. z akt sprawy sygn. KIO 480/17 wynika, że ofertę w przetargu dotyczącym wymienionej sprawy odwoławczej złożyło konsorcjum firm w składzie:

- 1) ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 2) IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 3) Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
- 4) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.K., ul. Ślężna 118,53-111 Wrocław,
- 5) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ul. Ślężna 118,53-111 Wrocław,
- 6) ITM Poland S.A., ul Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra,
- 7) Usługowa Spółdzielnia „UNIWERSUM”, ul. Marcina Kasprzaka 24, 01-211 Warszawa,
- 8) Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa  
(*nota bene*: konsorcjant odwołującego)

Liczebność uczestników danego konsorcjum była tylko nieznacznie mniejsza, a jedynym kryterium oceny ofert w danym postępowaniu pozostawała cena. Nie zachodzi więc

prosty związek, jak utrzymywał odwołujący - liczebności uczestników konsorcjum Impel z wyznaczonymi kryteriami oceny ofert.

Skoro pierwotnie kryterium wyboru oferty stanowiła w 100 % cena, a dopiero w wyniku odwołania złożonego przez Impel Security Polska Sp. z o.o. kryterium to zostało zmienione w ten sposób, że:

A - stanowi maksymalną liczbę punktów uzyskanych w kryterium - cena oferty i waga 90%.

B - stanowi maksymalną liczbę punktów uzyskanych w kryterium - doświadczenie Wykonawcy, waga 10%

- odwołujący mógł temu przeciwdziałać w drodze przystąpienia do postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 410/17 na podstawie art. 185 ustawy Pzp, jeżeli znając zwyczaje tej branży mógł się spodziewać, że konsorcjum Impel będzie dążyło do uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium - doświadczenie Wykonawcy, waga 10%, poprzez zwiększenie liczebności jego uczestników. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały ustalone i na obecnym etapie postępowania pozostają niewzruszalne.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 89 ust. 1 pkt 3, wymieniając podstawę odrzucenia oferty wykonawcy - jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji - nie odsyła do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503).

Istotą zarzutów odwołującego pozostawało natomiast naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie winny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające (...) w szczególności przywoływany pkt: 7. uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące zaniechania odrzucenia oferty skarżonego konsorcjum Impel mają charakter wtórny - gdyż zostały wywiedzione jako konsekwencja zaniechania przez zamawiającego zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Następczo jedynie odwołujący powołał się na art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503), gdzie zawarto generalną klauzulę czynu nieuczciwej konkurencji i wskazano, iż czynem takim jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 15 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazano przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji polegające na utrudnianiu



dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
- 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Odwołujący powołując się na zwrot „w szczególności” użyty w art. 15 ust 1 ustawy podnosił, że katalog czynów wymienionych w ww. przepisie nie ma charakteru zamkniętego. W oparciu zatem o ww. klauzulę generalną ponownie w sposób wtórny wskazywał, że utrudnianiem dostępu do rynku będzie także praktyka polegająca na zawieraniu porozumień ograniczających konkurencję, o których stanowi art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie winny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: (...) 7. uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Skoro Krajowa Izba Odwoławcza nie jest władna wypowiadać się o zaistnieniu, lub nie - deliktów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, tym samym należało stwierdzić, że do rozpoznania odwołania nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, zachodzi zatem obligatoryjna przesłanka odrzucenia odwołania, wymieniona w art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które pozostają ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Stosownie do § 13 ust. 1 i 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014, poz. 964, z 2017 r. poz. 14), skład orzekający Izby dokonuje na posiedzeniu niejawnym niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających. W zależności od poczynionych ustaleń faktycznych skład orzekający w szczególności wydaje postanowienie o odrzuceniu odwołania.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. (Dz. U. z 2014 r., poz. 964), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....