

**WYROK**  
**z dnia 14 września 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Członkowie: Barbara Bettman**  
**Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez X od czynności Zamawiającego: Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża X i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez X stanowiącego koszty postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez X na rzecz Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) 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:**

.....

**Członkowie**

.....

.....

**Sygn. akt: KIO/1874/10**

**Uzasadnienie**

Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa (zwany dalej: „Zamawiającym”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) (zwanej dalej: „ustawą” lub „ustawą Pzp”), prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie na: „Implementację i wdrożenie Systemu Informatycznego Państwowego Monitoringu Środowiska – Ekoinfonet Etap II”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 4 czerwca 2010 r. wywieszając ogłoszenie w swojej siedzibie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniach od 10 czerwca 2010 r. do dnia 20 lipca 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 czerwca 2010 r. pod numerem 2010/S 113-171547.

W dniu 28 lipca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawcę X o wynikach przedmiotowego postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy X oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (dalej zwanym: „Odwołującym”).

W dniu 19 sierpnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto w dniu 24 sierpnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta wykonawcy konsorcjum: 1. Adasa Sistemas S. A. U C/, 2. SEGI AT Sp. z o.o., wykonawca Softm Polska Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania, zaś oferta wykonawcy X została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 30 sierpnia 2010 r. wykonawca X wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Kopię odwołania Odwołujący przekazał Zamawiającemu tego samego dnia, t.j. 30 sierpnia 2010 r.

Wykonawca X złożył odwołanie zaskarżając czynność Zamawiającego polegającą na:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na uchyleniu ostatecznej decyzji o wyborze oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, gdy nie zaszły żadne okoliczności uzasadniające uchylenie decyzji o wyborze;

2. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu polegającej na powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu w sytuacji, gdy nie zaszły żadne okoliczności uzasadniające dokonanie ponownej oceny ofert;

3. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy, pomimo że złożenie oferty przez X nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji;

4. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Adasa Sistemas S.A. U C, SEGI AT Sp. z o. o. (dalej „Konsorcjum SEGI”)/ pomimo iż oferta złożona przez tego wykonawcę nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - dokonanie uchylecia decyzji o wyborze oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, gdy oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą nie podlegająca odrzuceniu;

2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - powtórzenie czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu w sytuacji, gdy brak jest podstaw do takiego działania;

3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, podczas gdy brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego;

4. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum SEGI w sytuacji, gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum SEGI jako oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;

3. dokonania powtórnego badania i oceny ofert.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu na podstawie art. 186 ust. 2 Ustawy Odwołujący żądał od Zamawiającego:

1. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum SEGI jako oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
3. dokonania powtórnej oceny ofert,
4. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, iż odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1pkt 3) Ustawy, jako iż - wedle oceny Zamawiającego - jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zaznaczył, iż w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego Zamawiający oparł się na domniemaniu, nie popartym żadnymi dowodami, iż Odwołujący i Wykonawca SoftM Polska Sp. z o. o. (dalej „SOFTM”) działali w zмовie przetargowej. Faktami, których wystąpienie spowodowało wystąpienie podejrzenia Zamawiającego zaistnienia zмовy przetargowej między tymi wykonawcami, były:

- 1) złożenie oferty dwu spółek z grupy X oraz SOFTM;
- 2) podobieństwo złożonych przez Odwołującego i SOFTM ofert;
- 3) nie uzupełnienie przez SOFTM dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego zdolności finansowej;
- 4) wykluczenie SOFTM z postępowania;
- 5) wybór jako najkorzystniejszej droższej oferty Odwołującego;
- 6) złożenie przez SOFTM pisma, z którego wynika, że firma ta nie dysponowała i nie mogłaby dysponować środkami finansowymi umożliwiającymi złożenie ważnej oferty.

Na wstępie Odwołujący przywołał definicję zмовy przetargowej, która zawarta jest w art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zgodnie z którą zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i

przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Dokonując przełożenia definicji zmowy przetargowej na komentowany stan faktyczny jak wskazał Odwołujący sytuacja taka miałaby miejsce w przypadku, gdyby X zawarł jakiegokolwiek porozumienie z SOFTM, którego skutkiem lub celem byłoby *wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym*, poprzez działanie wykonawców polegające na celowym nieuzupełnieniu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez SOFTM, tak aby SOFTM - nie mógł być wybrany jako oferta najkorzystniejsza. Zatem w celu zaistnienia zmowy przetargowej musiałby zaistnieć celowe działanie zarówno po stronie Odwołującego, jak i po stronie SOFTM.

Powyzsza ocena faktyczna zaistniałej sytuacji (przytoczona przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty X) jest całkowicie błędna i nie ma odzwierciedlenia w stanie faktycznym.

Odwołujący dowiedział się o fakcie, iż inny podmiot z Grupy Kapitałowej X złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, dopiero w chwili otwarcia ofert. Zaś o rzekomej „zmowie przetargowej” X dowiedział się dopiero z pisma o odrzuceniu oferty X. W celu wyjaśnienia zaistniałej sytuacji Odwołujący najpierw w dniu 25 sierpnia 2010 roku dokonał wglądu do protokołu przedmiotowego postępowania wraz z załącznikami, a następnie w dniu 26 sierpnia 2010r. skierował do SOFTM zapytanie (w załączeniu) - czy SOFTM kiedykolwiek kontaktował się z jakimkolwiek pracownikiem X w celu dokonania jakichkolwiek ustaleń odnośnie przedmiotowego postępowania, jeżeli tak to jakie były to ustalenia, w szczególności - czy SOFTM zawarł jakąkolwiek umowę będącą zmwą przetargową z X, a także dlaczego SOFTM nie uzupełnił wymaganych przez Zamawiającego dokumentów.

Odwołujący otrzymał odpowiedź, iż SOFTM przygotowując ofertę nie dochował należytej staranności w jej sporządzeniu, bowiem na etapie przygotowania oferty nie sprawdzono, czy SOFTM spełnia komentowany warunek udziału w postępowaniu, w szczególności osoba sporządzająca ofertę (A.B.) był przekonany, iż SOFTM taką zdolność posiada, jednakże z uwagi na zbyt krótki czas na przygotowanie oferty złożył ją bez wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, zakładając, iż uzupełni je na żądanie Zamawiającego. SOFTM przedstawił pismo z banku, w którym SOFTM posiada rachunek, datowane na dzień 19 sierpnia 2010 roku - w którym to bank oświadczył, iż SOFTM nie posiadał w terminie wymaganym warunkiem zabezpieczenia finansowego w wymaganej wysokości. W związku z powyższym SOFTM nie był w stanie sprostać zadaniu Zamawiającego w tym zakresie, o czym SOFTM poinformował Zamawiającego pismem z dnia 20 sierpnia 2010 roku. Nadto SOFTM poinformował X, iż nie dokonywał żadnych ustaleń odnośnie niniejszego postępowania z jakimkolwiek pracownikiem Odwołującego i nie

zawierał z nikim żadnych porozumień dotyczących przedmiotowego postępowania przetargowego.

Zamawiający w § 5.1.2) SIWZ wskazał, iż aby spełnić warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego należy wykazać się wykonaniem co najmniej czterech wyspecyfikowanych usług. Usługi te musiały być wykonane okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. SOFTM uzupełniając dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w wykazie wykonanych usług dołączonym do pisma z dnia 26 lipca 2010 roku wskazał cztery usługi odpowiadające zakresem wymogom Zamawiającego, jednakże usługa wskazana w poz. 4 wykazu została zakończona 12 lutego 2007 roku, a więc wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Z kolei Zamawiający w 5.1.3) SIWZ wskazał, iż aby spełnić warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia trzeba m.in. dysponować osobą na stanowisku Kierownika projektu, który musi *posiadać certyfikat z zakresu metodologii zarządzania projektami PMI lub PMP lub inny równoważny*. SOFTM w tabeli przedstawiającej kwalifikacje, wykształcenie i doświadczenie zawodowe osób za pomocą, których wykonałby zamówienie wskazał Kierownika projektu, który nie posiadał ww. certyfikatu.

Reasumując, zdaniem Odwołującego SOFTM winien podlegać wykluczeniu z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Ustawy, bowiem nie spełnił warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganego doświadczenia, osób zaplanowanych przez SOFTM do wykonania zamówienia. Zatem bez znaczenia był fakt, czy SOFTM uzupełniłby przedmiotową opinię z banku - gdyż i tak podlegał wykluczeniu jako podmiot niespełniający wymagania w zakresie zdolności kredytowej.

Odwołujący wskazał, iż nie wie zatem, jak miałyby wyglądać zmowa przetargowa kreowana przez Zamawiającego, pomiędzy X a SOFTM, skoro w żaden sposób oferta złożona przez SOFTM nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w świetle postawionych warunków udziału w niniejszym postępowaniu, chociażby z uwagi, iż SOFTM nie był w stanie uzupełnić w taki sposób dokumentów, aby nie podlegać wykluczeniu, m.in. ze względu na nieposiadanie zdolności finansowej w wymaganej wysokości czy też za brak stosownego doświadczenia.

Pismem z dnia 8 września 2010 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 8 września 2010 r. (bezpośredni wpływ do Izby) zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Adasa Sistemas S.A.U, Barcelona oraz SEGI AT Sp. z o.o., ul. Baletowa 30, 02-876 Warszawa.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w pkt § 5.3 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków, oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, żądał przedłożenia m. in. następujących dokumentów:

- 1) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert – a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, sporządzony według wzoru (załącznik nr 3 do SIWZ), oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie,
- 2) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami (załącznik nr 4 do SIWZ),
- 3) informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 500.000 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W niniejszym postępowaniu zostały złożone oferty przez 4 wykonawców:

- 1) Softm Polska Sp. z o.o.,
- 2) X,
- 3) Konsorcjum: 1. Adasa Sistemas S. A. U C/, 2. SEGI AT Sp. z o.o.,
- 4) S&T Services Polska Sp. z o.o.

Izba ustaliła, także, że spółki Softm Polska Sp. z o.o. oraz X. są ze sobą powiązane kapitałowo, t.j. spółka X. posiada udziały spółki Softm Polska Sp. z o.o.

Ponadto ustalono, że Zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2010 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy X. i uznaniu jej za najkorzystniejszej oraz wykluczeniu z postępowania wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z niespełnieniem warunku z pkt 3.10 SIWZ t.j. przedstawienia informacji z banku lub spółdzielni kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 500.000 zł wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.



Pismem z dnia 20 sierpnia 2010 r. wykonawca Softm Sp. z o.o. wystąpił do Zamawiającego o niezatrzymanie wadium na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W dniu 24 sierpnia 2010 r. Zamawiający udzielił wykonawcom informacji, iż dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, i za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta wykonawcy konsorcjum: 1. Adasa Sistemas S. A. U C/, 2. SEGI AT Sp. z o.o., wykonawca Softm Polska Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania, zaś oferta wykonawcy X. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, treść złożonych ofert, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania, oraz zeznania świadka złożone w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”. Zatem do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych powyżej nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 r. oraz w dniu 29 stycznia 2010 r.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia, t.j. w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do rozpoznania odwołania na rozprawie.

W dniu 8 września 2010 r. (data wpływu do Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Adasa Sistemas S.A.U, Barcelona oraz SEGI AT Sp. z o.o., ul. Baletowa 30, 02-876 Warszawa zgłosili przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Z uwagi na przepis art. 185 ust. 2 Pzp, Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Adasa Sistemas S.A.U, Barcelona oraz SEGI AT Sp. z o.o., ul. Baletowa 30, 02-876 Warszawa, gdyż zgłosili przystąpienie w dniu 8 września 2010 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby), tj. po upływie 3-dniowego terminu, liczonego od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 31 sierpnia 2010 r. oraz ze względu na niewłaściwe umocowanie osób zgłaszających ww. przystąpienie.

Mając powyższe na względzie, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Spór wniesiony odwołaniem sprowadza się do pytania czy w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z istnieniem „zmony przetargowej” i czy w konsekwencji działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego było zgodne z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto zgodnie z art. 7 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Z powyższych przepisów ustawy należy wnioskować, iż Zamawiający na każdym etapie postępowania zobowiązany jest do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł on udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. To na Zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, stanowiących w swym założeniu czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm). Zamawiający zobowiązany jest do wykazania powyższych okoliczności poprzez podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego takiego odrzucenia.

Izba zauważa, iż w świetle art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie

w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (tzw. „zmowa przetargowa”).

Zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, iż działanie takie w świetle dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, nr 153, poz.1503 ze zm.) jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zmowa przetargowa to praktyka polegająca na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców i organizatora przetargu warunków składanych ofert. W ocenie Izby, przykładem zmowy przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami (t.j. zmowy w ujęciu horyzontalnym) może być celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów (czyli celowe wpływanie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzje Zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania), tak aby doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy, proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmowie. Wykazując znowę przetargową konieczne jest wykazanie celu lub skutku wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Nie ulega wątpliwości, że wykazanie istnienia porozumienia, (czy też inaczej zmowy przetargowej) jest niezmiernie trudne pod względem dowodowym, jednakże w ocenie Izby istnienie zmowy przetargowej powinno być oceniane po rezultatach, skutkach oraz wszystkich okolicznościach sprawy, dlatego też Zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powinien w pierwszej kolejności odpowiedzieć sobie na pytanie czy z całokształtu okoliczności towarzyszących złożonej ofercie zachowanie wykonawcy proponującego niższą cenę nie było ukierunkowane na wybór oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę w postępowaniu i czy w związku z tym można mówić o porozumieniu tych wykonawców, które w świetle ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), jest zakazane.

Zdaniem Izby zarzut naruszenia przez Zamawiającego treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w niniejszym stanie faktycznym nie potwierdził się, a Zamawiający zgodnie z dyspozycją tego przepisu dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że Zamawiający w świetle przepisów ustawy uprawniony był do dokonania w niniejszym postępowaniu ponownej oceny ofert, skoro ujawnione zostały okoliczności skutkujące obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy X. na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zaś unieważnienie czynności wyboru oferty z dnia 28 lipca 2010 r. ma jedynie charakter wtórny w stosunku do czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza dokonała analizy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy X., badając jednocześnie przesłankę celowości działania/zaniechania wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. (spółki należącej do grupy kapitałowej X.) w toku niniejszego postępowania na podstawie całokształtu okoliczności przedstawionych Izbie w toku postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła, iż spółka Softm Polska Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej X, a w niniejszym postępowaniu zostały złożone oferty przez 4 wykonawców z następującymi cenami oraz punktacją:

- 1) Softm Polska Sp. z o.o. – cena: 894.983,46 zł (wykonawca wykluczony z postępowania),
- 2) X. – z ceną 1.144.510,06 zł z punktacją - 94,53 pkt,
- 3) Konsorcjum: 1. Adasa Sistemas S. A. U C/, 2. SEGI AT Sp. z o.o. – z ceną 1.055.149,94 zł z punktacją - 85,6 pkt,
- 4) S&T Services Polska Sp. z o.o. – z ceną 1.991.735,40 zł, z punktacją – 67,08 pkt.

Ofertą najkorzystniejszą cenowo była oferta wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. z ceną: 894.983,46 zł, do której nie dołączono (pozostawiając w złożonej ofercie puste strony) następujących dokumentów, t.j.: wykazu wykonywanych usług, wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.

W wyniku wezwania do uzupełnienia wykonawca Softm Polska Sp. z o.o. w dniu 26 lipca 2010 r. uzupełnił złożoną przez siebie ofertę o wykaz zrealizowanych usług oraz wykaz osób, jednocześnie nie przedkładając, informacji z banku.

Izba podzieliła pogląd Odwołującego, iż złożenie ofert przez spółki działające w ramach jednej grupy kapitałowej, jak również podobny wygląd złożonych ofert, ich forma nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, iż podobieństwo złożonych przez wykonawcę X. oraz Softm Polska Sp. z o.o. ofert) oraz przynależność tych wykonawców do jednej grupy kapitałowej może, zdaniem Izby budzić uzasadnione wątpliwości. Należy zauważyć, iż przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.) nie wyłączają spod stosowania ustawy działań, które podejmowane są przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej.

Izba dokonując analizy złożonych ofert stwierdziła, że obie oferty, t.j. oferta wykonawcy X. oraz Softm Polska Sp. z o.o. są do siebie podobne m. in. w następujących punktach, t.j:

- oferty te zawierają identyczne podziały na rozdziały i akapity,
- obie oferty zawierają te same nagłówki,
- obie oferty zawierają identyczne spisy treści z charakterystycznymi nazwami rozdziałów („Informacja z KRK Ludzie”, „Informacja z KRK Podmiot”),
- w spisie treści oferty Softm Polska Sp. z o.o. podobnie jak w ofercie X widnieją rozdziały „Wykaz osób”, oraz „Deklaracje uczestnictwa”,
- obie oferty zawierają również identyczne zastrzeżenie niejawności rozdziałów 14-18, podczas gdy oferta wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. nie zawiera w ogóle rozdziałów 17-18, a rozdziały 15-16 nie zawierają żadnych informacji.

Powyższe okoliczności Zamawiający powinien mieć na względzie, dokonując porównania merytorycznej strony złożonych ofert, co zostało również przez Zamawiającego podniesione na rozprawie. Izba zauważa, iż sporządzenie ofert według pewnego mechanizmu może stanowić jedną z okoliczności potwierdzającą, że zachowanie wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu polegające na złożeniu oferty oraz nieuzupełnienie brakujących dokumentów ukierunkowane było na wybór oferty innego wykonawcy (wybór oferty wykonawcy X.), proponującego wyższą cenę w niniejszym postępowaniu za wykonie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Odwołującego, że metodyka wyliczania może być podobna ze względu na fakt, iż pracownicy Softm Polska Sp. z o.o. wywodzą się z firmy X. Izba ustaliła w tym zakresie, że cena oferowana przez wykonawcę X. za wykonanie etapu 1 wyniosła 286.127,82 zł natomiast cena zaproponowana przez wykonawcę Softm Polska Sp. z o.o. - 223.745,56 zł. Stosunek tych cen do siebie wynosił 1,28. Pozostałe ceny porównane w odpowiednich częściach ze sobą również różnią się dokładnie o ten sam wskaźnik tj. 1,28, zawsze więc o 1,28 cena zawarta w ofercie X. jest wyższa od ceny zaproponowanej przez wykonawcę Softm Polska Sp. z o.o. Powyższy mechanizm, na co zwrócił uwagę Zamawiający powtarzał się również w pozycji numer 2 i 3 formularza w obu ofertach oraz w pozycji nr 4 a także w zakresie wartości autorskich praw majątkowych. Nie można zgodzić się również z Odwołującym, co zostało podniesione na rozprawie, iż argumentacja Zamawiającego wskazująca na sposób kalkulowania cen w obu ofertach opiera się wyłącznie na formalnym podobieństwie złożonych ofert. Kalkulacja cen w obu ofertach stanowi, zdaniem Izby jej merytoryczną treść.

Biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego Izba uznała, iż mało prawdopodobnym jest dokonanie tak precyzyjnej wyceny obu ofert, aby w żadnej z pozycji nie było innych rozbieżności pomiędzy poszczególnymi pozycjami, niż określone o wskaźnik 1,28, dlatego też Izba uznała argumentację Zamawiającego za słuszną.

Następnie Izba badała czy wykonawca Softm Polska Sp. z o.o. spełniał warunki udziału w postępowaniu, a skoro ich nie spełniał, co próbował udowodnić Odwołujący to dlaczego w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Softm Polska Sp. z o.o. zdecydował się na złożenie oferty.

Izba uznała, że złożenie oferty przez wykonawcę Softm Polska Sp. z o.o. a następnie nieuzupełnienie brakujących dokumentów było celowym działaniem zmierzającym do wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania, tak aby Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy X., proponującego wyższą cenę w niniejszym postępowaniu. Izba uznała, że obaj wykonawcy działali w zмовie.

Na powyższe zdaniem Izby wskazują następujące okoliczności faktyczne:

Istotnym argumentem, który wskazuje na celowość działania wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. jest fakt, iż wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego nie uzupełnił informacji z banku (nie przedstawiając żadnej informacji w tym zakresie) a mającej potwierdzać spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że oferta wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. została podpisana przez Pana A.B. – x.y. Y – spółki kapitałowej X. na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 lipca 2010 r. udzielonego przez Pana B. C. - Prezesa Zarządu Softm Polska Sp. z o.o.

Izba nie dała również wiary wyjaśnieniom Odwołującego, iż nieuzupełnienie brakujących dokumentów jest efektem niedochowania należytej staranności przez osobę odpowiedzialną za przygotowanie oferty wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o., bowiem na etapie przygotowania oferty ze względu na zbyt krótki okres czasu nie sprawdzono czy wykonawca Softm Polska Sp. z o.o. spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

Ponadto na podstawie zeznań świadka Pana B. C. – Prezesa zarządu Softm Polska Sp. z o.o. Izba ustaliła, że osoba podpisująca ofertę w imieniu wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. - Pan A.B. posiada około 10 letnie doświadczenie w zakresie zamówień publicznych. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę iż Pan A.B. jako profesjonalista, zajmujący się doradztwem w zamówieniach publicznych od około 10 lat i pełniący funkcję z.y. podpisał ofertę mało prawdopodobnym jest, aby sporządzając ofertę w pierwszej kolejności nie dokonał analizy czy jego mocodawca spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Budzi również wątpliwość, aby osoba ta nie wiedziała o konsekwencjach

niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, t.j. wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ustawy oraz zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Należy na marginesie dodać również, iż różnica pomiędzy cenami zawartymi w ofertach wykonawcy X. oraz Softm Polska Sp. z o.o. wynosiła 249.526,60 zł, zaś wymagane wadium należało wpłacić w kwocie 20.000 zł.

Ponadto Izba zwróciła uwagę, na treść pisma z dnia 20 sierpnia 2010 r. skierowanego przez Pana A.B. do Zamawiającego (a dotyczącego prośby o zwrot wpłaconego wadium) w którym to potwierdzono, że wykonawca Softm Polska Sp. z o.o. „(...) *nigdy takowej zdolności kredytowej na 500.000,00 zł ani środków w takiej wysokości nie posiadał*”, co oznacza zdaniem Izby iż osoba składająca ofertę, miała świadomość, iż wykonawca Softm Polska Sp. z o.o. takiego warunku nie spełnia.

W świetle treści ww. pisma oraz doświadczenia Pana A.B. nie sposób uznać, że dana osoba nie była świadoma skutków wywołanych jej zachowaniem (złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu) o czym świadczy następcze działanie Pana A.B. w postaci skierowania pisma z dnia 20 sierpnia 2010 r. Powyższe, zdaniem Izby potwierdza, że pełnomocnik wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. działał w określonym celu, t.j. wyboru oferty wykonawcy X., proponującego w niniejszym postępowaniu wyższą cenę od wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. Zdaniem Izby doświadczenie Pana A.B. oraz skierowanie przez niego pisma z dnia 20 sierpnia 2010 r. implikuje istnienie zarówno wiedzy jak i woli wywołania określonych skutków swoim zachowaniem w postaci wykluczenia wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. z postępowania z powodu niezuzupełnienia brakujących dokumentów w celu wyboru oferty wykonawcy X., będącej ofertą droższą.

Izba zauważa również, że niedochowanie przez pełnomocnika – Pana A.B. należytej staranności w ramach udzielonego mu pełnomocnictwa przez wykonawcę Softm Polska Sp. z o.o. wywołuje bezpośrednie skutki dla tegoż mocodawcy, nie wpływając jednocześnie na istotę stosunku zewnętrznego łączącego go z osobą trzecią – Zamawiającym, dlatego Izba uznała że argumenty i wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie są niezasadne.

Ponadto, odnosząc się do zeznań świadka Pana B. C. – Prezesa zarządu Softm Polska Sp. z o.o., wskazującego iż spółka Softm Polska Sp. z o.o. nie czyniła żadnych ustaleń na szczeblu zarządu pomiędzy spółkami (Softm Polska Sp. z o.o. oraz X.), Izba zauważa, iż uznanie porozumienia za ograniczające konkurencję nie wymaga ustalenia, czy porozumienie zostało zawarte przez osoby upoważnione do reprezentowania danego podmiotu (np. wyrok SOKiK z dnia 12 lipca 2007 r., XVII Ama 64/06).

Odnosząc się do argumentów Odwołującego, że wykonawca Softm Polska Sp. z o.o. nie dokonywał żadnych ustaleń odnośnie niniejszego postępowania i nie zawierał z nikim żadnych porozumień dotyczących przedmiotowego postępowania Izba zauważa, iż zakaz

zawarty w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.) dotyczy zarówno uzgodnień potwierdzonych pisemnie jak i zarówno nieformalnych przejawów/działań przedsiębiorców w tym zakresie, dlatego też Zamawiający zobowiązany jest do badania nie tylko samego porozumienia, ale wszelkich okoliczności towarzyszących jego zawarciu i późniejszej jego realizacji. Dla stwierdzenia porozumienia (zmowy przetargowej) nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć.

Izba zauważa, iż zawarcie porozumienia o którym mowa w art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.) jest z mocy samego prawa nieważne i nie wywołuje skutków prawnych zarówno pomiędzy stronami jak i wobec osób trzecich.

Ponadto Izba nie zgadza się również z twierdzeniem Odwołującego, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał celu i zamiaru zaistnienia umowy przetargowej. Izba zauważa, iż ów cel i zamiar porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami wynika w sposób obiektywny z całokształtu okoliczności towarzyszących zawarciu i wykonywaniu porozumienia.

Zdaniem Izby w niniejszym stanie faktycznym złożenie dwóch ofert przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej (Softm Polska Sp. z o.o. oraz X.) miało wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania, dlatego też należy uznać iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy cel porozumienia jest ściśle powiązany z jego skutkiem polegającym na wyborze oferty wykonawcy, proponującego wyższą cenę a pozostającego jednocześnie z innym wykonawcą w zмовie.

Wątpliwość budzi również fakt, iż jak twierdzi Odwołujący wobec „*posiadania przez wykonawcę Softm Polska Sp. z o.o. odpowiednich kompetencji i doświadczenia*”, pomimo niespełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej nie zdecydował się on na poleganiu na zdolności finansowej innych podmiotów czy też nie rozważał przystąpienia do postępowania z innym w wykonawcą w charakterze konsorcjum. Takie zachowanie wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. wskazuje na brak zamiaru, aby jego oferta została w niniejszym postępowaniu uznana za najkorzystniejszą, zaś inne okoliczności tego postępowania wskazują wręcz na wolę wyboru oferty wykonawcy X., proponującego w niniejszym postępowaniu wyższą cenę za realizację przedmiotowego zamówienia. Izba zauważa, że dla stwierdzenia porozumienia znaczenie ma obiektywny cel, a nie subiektywne



wyobrażenie jego stron o zamiarach i motywach działania (dec. Prezesa UOKiK Nr RWR – 20/2007).

Wątpliwe oraz niespójne jest również twierdzenie Odwołującego, iż wykonawca Softm Polska Sp. z o.o. z jednej strony zdaniem Odwołującego „*posiada odpowiednie kompetencje i doświadczenie*” z drugiej zaś Odwołujący w treści odwołania przyznaje, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału zawartych w § 5.1.2) oraz 5.1.3) SIWZ. Powyższe potwierdza, iż złożenie oferty przez wykonawcę Softm Polska Sp. z o.o. zostało złożone wyłącznie w celu wyboru oferty wykonawcy X., proponującego wyższą cenę.

W świetle opisanego stanu faktycznego, całokształtu okoliczności towarzyszących złożonym ofertom, oraz podnoszonej argumentacji należy uznać iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający miał podstawę przypuszczać, iż wykonawcy Softm Polska Sp. z o.o. oraz X

. zawarli porozumienie, stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji będące podstawą do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w świetle niniejszych rozważań Izba stwierdziła, że powyższe zarzuty są również niezasadne i nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie**

.....

.....