

WYROK
z dnia 7 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 maja 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę: **J..... Z..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU J..... Z....., ul. Porzeczkowa 19/54, 15-815 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Sp. K., KOM Drog Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1/412,419, 15-482 Białystok** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **J..... Z..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU J..... Z....., ul. Porzeczkowa 19/54, 15-815 Białystok, i :**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **J..... Za..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU J..... Z....., ul. Porzeczkowa 19/54, 15-815 Białystok** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Utrzymanie działek gminnych, Skarbu Państwa zlokalizowanych na terenie miasta Białegostoku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod Nr 2014/S 026-041377 dnia 6 lutego 2014 r.

Wykonawca PHU J..... Z..... z siedzibą w Białymstoku wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego w części II i III zamówienia, poprzez bezpodstawne uznanie, iż odwołujący uczestniczył w porozumieniu z innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, które jakoby miało na celu „(...) wymuszenie wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy”, czyli popełnienie przez odwołującego czynu z art. 15 ust. 1 pkt. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej zwanej „uznk”;
2. unieważnieniu postępowania w części I zamówienia w wyniku nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego w części I zamówienia, poprzez bezpodstawne uznanie, iż odwołujący uczestniczył w porozumieniu z innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, które miało na celu „(...) wymuszenie wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy” czyli popełnienie przez odwołującego czynu z art. 15 ust. 1 pkt. 5 uznk.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez:

- w części I, II i III - niezasadne zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, podczas gdy nie zaszyły okoliczności przewidziane w dyspozycji ww. przepisu oraz zaniechanie zastosowania przepisu art. 91 ust. 1 Pzp pomimo, iż oferta odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą spośród wszystkich ważnych ofert;
- w części I - nieuprawnione zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w tej części, podczas gdy oferta odwołującego jest ofertą ważną, której wartość jednocześnie nie przekracza kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej - oferty konsorcjum firm: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Spółka komandytowa oraz KOM Dróg Sp. z o.o. w zakresie II i III części zamówienia oraz czynności unieważnienia postępowania w zakresie I części zamówienia;
- dokonania powtórnej oceny ofert w zakresie I, II i III części oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 14 kwietnia 2014 r. dokonał czynności

wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Za najkorzystniejszą w zakresie części II i III zamówienia została uznana oferta konsorcjum MOP J..... T..... Sp. k., Kom Dróg Sp. z o.o. Oferty firm Garden-Com K..... R....., „TOP 2001” Sp. z o.o. i odwołującego zostały odrzucone. Ponadto zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie części I przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem odwołującego, wybór wskazanej wyżej oferty jako najkorzystniejszej jest następstwem mylnej oceny zamawiającego, co doprowadziło również do niesłusznego odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający uznał, że doszło do zмовы przetargowej, a więc czynu nieuczciwej konkurencji, i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oferty odrzucił. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego powołał się na art. 15 ust. 1 pkt uznk, zgodnie z którym utrudnieniem uczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez działanie mające na celu wymuszenie na kliencie wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy. Zdaniem zamawiającego, wniosek o uczestniczeniu przez odwołującego w zмовie przetargowej należy wywodzić z samego faktu, iż dwaj inni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, uzupełniając dokumenty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, popełnili błędy i uzupełnili je nieprawidłowo.

Zamawiający nie wskazał żadnego dowodu, który przemawiałby za istnieniem zмовы, jak również udziału w niej odwołującego. W ocenie zamawiającego, dowodem pośrednim miałyby być okoliczność, iż „wskazani Wykonawcy niejednokrotnie uczestniczą w przetargach organizowanych przez Zamawiającego przy tak samo określonych warunkach udziału w postępowaniu, zatem trudno sobie wyobrazić, że profesjonalista nie jest w stanie poprawnie uzupełnić dokumentu na precyzyjne żądanie Zamawiającego działającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp”. Przedstawiona przez zamawiającego hipoteza nie opiera się jednak na faktach. Zamawiający nie wykazał logicznego związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy okolicznością, iż oferty innych wykonawców zawierały błędy oraz powodami dla których odrzucił ofertę odwołującego. Jak pokazuje praktyka sam fakt wielokrotnego uczestnictwa w postępowaniach nie powoduje, iż doświadczeni wykonawcy nie popełniają błędów na etapie przygotowania ofert, czy też przy uzupełnianiu dokumentów.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Sp. K. oraz KOM Drog Sp. z o.o., z siedzibą w Białymstoku zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie części II i III zamówienia, w których oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Na rozprawie podtrzymał swoje stanowisko, jak w informacji o rozstrzygnięciu przetargu z dnia 14 kwietnia

2014 r. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że podjął decyzję o odrzuceniu trzech ofert, w tym oferty odwołującego, w oparciu o notoryczne zachowania trzech wykonawców (GARDEN-COM K..... R....., „TOP 2001” Sp. z o.o., PHU J..... Z.....) od 2010 r., polegające na nieuzupełnianiu wymaganych dokumentów w ofertach tańszych, uchylania się od podpisania umowy wówczas, gdy oferta wybrana (jedna z trzech ofert złożonych przez tych wykonawców) jest tańsza, a kolejną ofertą (złożoną przez innego z ww. trzech wykonawców) jest oferta droższa od oferty wybranej. Zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu brakujące dokumenty (zawierające nadal błędy) zostały uzupełnione przez dwóch wykonawców w tym samym dniu i o tej samej porze, co oznacza, że ta sama osoba dostarczyła wszystkie dokumenty w imieniu obu wykonawców. Według informacji wynikających z dokumentacji innych postępowań wykonawcy ci zwykle nie składają w ofertach kompletnych dokumentów, chociaż warunki zamówień w których uczestniczą są najczęściej takie same, a zatem dobrze znane wykonawcom. W ramach uzupełnienia dokumentów składają oni dokumenty zawierające proste błędy, np. co do ilości osób wymaganych w postępowaniu (17 zamiast 18) lub ilości sprzętu. W zależności od sytuacji, która ukształtuje się w konkretnym postępowaniu, ww. wykonawcy albo uzupełniają dokumenty prawidłowo (np. jeden z nich), albo też (pozostali) uzupełniają dokumenty nieprawidłowo (tak aby nie stracić wadium) i wówczas zamawiający musi wybrać ofertę najdroższą z trzech. Zamawiający podniósł, że powyższe okoliczności nie są kwestią przypadku, a działania wykonawców należy uznać za celowe.

Zamawiający wyjaśnił również, że w 2011 r. skierował zawiadomienie do UOKiK, na skutek którego zostało wszczęte przez Urząd postępowanie wyjaśniające, jednak zamawiający nie posiada informacji odnośnie ewentualnego zakończenia tego postępowania.

Zamawiający po raz pierwszy w niniejszym przetargu postanowił podjąć działania w celu ukrócenia nieuczciwych praktyk, stosowanych przez ww. wykonawców, ze względu na to, że po raz kolejny, działanie tych samych wykonawców zmierzało do pozostawienia w postępowaniu jako ważnej – tylko oferty najdroższej z trzech ofert, złożonych przez tych wykonawców.

Zamawiający wskazał także na inne okoliczności świadczące o wzajemnych powiązaniach osobowych tych wykonawców, tj. że w przedmiotowym postępowaniu wskazane trzy firmy złożyły wadium gwarancyjne ubezpieczeniowe udzielone przez to samo towarzystwo ubezpieczeniowe i w tym samym dniu, gwarancje zostały złożone do kasy zamawiającego w tym samym czasie, co oznacza, że doręczyła je ta sama osoba w imieniu trzech firm. Ponadto, na etapie realizacji zawartych już umów, kontakt z ramienia zamawiającego do tych trzech firm odbywa się pod jednym numerem telefonu i z tą samą

osobą, wskazaną w umowach z ww. wykonawcami, jako przedstawicielem poszczególnych wykonawców. Poprzednio był to T..... W....., a następnie R..... G..... .

Zamawiający wskazał także na inne powiązania osobowe, tj. rodzinne ww. firm. Jak wynika z umowy zawartej w 2012 r. Generalnym Dyrektorem firmy „Top 2001” Sp. z o.o. był p. K..... R....., natomiast żona tego pana, pani K..... R..... reprezentowała w tym samym czasie firmę GARDEN-COM.

Zamawiający wskazał również na postępowanie przeprowadzone w 2011r. na „zimowe oczyszczanie ulic, chodników (...)”, w którym firmy biorące udział w postępowaniu, w tym trzy firmy, których oferty zostały odrzucone w przedmiotowym postępowaniu, podzieliły się sektorami, składając odpowiednio oferty. W tej sprawie zamawiający skierował zawiadomienie w sprawie nieuczciwych praktyk do UOKiK.

Zamawiający złożył do akt sprawy dokumentację dotyczącą 7 postępowań oraz plik umów zawartych z poszczególnymi wykonawcami, które potwierdzają argumentację przedstawioną przez zamawiającego. W ocenie zamawiającego, z analizy tych dokumentów wynika, że działania wykonawców są celowe i wynikają ze zмовы pomiędzy nimi.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący wykazał, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. W świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu zgłoszonych wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, odwołanie zostało rozpoznane w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Sp. K., KOM Drog Sp. z o.o., skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wypełniając przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zamawiający, decyzją z dnia 14 kwietnia 2014 r., odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oferty złożone przez wykonawców: PHU J..... Z..... (odwołujący), „TOP 2001” Sp. z o.o. oraz GARDEN-COM K..... R....., złożone w części I, II i III zamówienia. Zamawiający uznał, że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji. Zamawiający stwierdził, że sprzeczne z dobrymi obyczajami jest działanie w ścisłym porozumieniu wykonawców, którzy winni konkurować w postępowaniu, co narusza interes zamawiającego, biorąc pod uwagę cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto działanie takie stanowi czyn, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, jako że utrudnia dostęp do rynku innym przedsiębiorcom,

w szczególności poprzez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru, jako kontrahenta, określonego przedsiębiorcy. Zamawiający stwierdził, że ww. wykonawcy przystępując do przetargu stworzyli pozory rzeczywistej rywalizacji, ponieważ złożyli celowo wadliwe oferty, a następnie na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dwaj wykonawcy z najniższymi cenami ofert w ramach uzupełnienia złożyli dokumenty, które nie potwierdziły jednak spełniania warunków udziału w postępowaniu, co miało na celu wybór przez zamawiającego oferty najdroższej - złożonej przez wykonawcę działającego w porozumieniu ograniczającym konkurencję tj. oferty odwołującego. Zamawiający stwierdził powyższe na podstawie doświadczenia wyniesionego z poprzednich przetargów, w których uczestniczyli wskazani wykonawcy, którzy działali w ten sam sposób. Zdaniem zamawiającego, uzupełnienie dokumentów nie stanowiło trudności dla tych wykonawców, ponieważ uczestniczyli oni wielokrotnie w podobnych przetargach organizowanych przez zamawiającego, w których składali wymagane dokumenty prawidłowo. Zamawiający powołał się na orzeczenie SN z dnia 9 sierpnia 2006 r. (sygn.. akt III SK 6/06), w którym Sąd stwierdził, że „przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe”. Zamawiający uznał powyższe działanie wykonawców za świadome i celowe, wyczerpujące przesłankę opisaną w art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk oraz naruszające art. 3 ust. 1 ww. ustawy.

W części I zamówienia zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, ponieważ cena oferty najkorzystniejszej (1 410 895,00 zł – oferta MPO Sp. z o.o.) przekraczała kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (888 260,00 zł). W części II i III zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Sp. K., KOM Drog Sp. z o.o.

Zamawiający w toku prowadzonego postępowania w dniu 26 marca 2014 r. wezwał wykonawców: TOP 2001 Sp. z o.o., PHU J..... Z..... oraz GARDEN-COM K..... R....., którzy nie złożyli wymaganych dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W dniu 31 marca 2014 r. o godz. 13.07 wykonawcy: „TOP 2001” Sp. z o.o. i PHU J..... Z..... oraz o 13.22 wykonawca GARDEN-COM K..... R..... złożyli brakujące

dokumenty – jednak w przypadku wykonawcy „TOP 2001” Sp. z o.o. oraz GARDEN-COM K..... R....., nie potwierdzały one spełniania ww. warunków.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu ofert wykonawców: „TOP 2001” Sp. z o.o., GARDEN-COM K..... R..... oraz oferty odwołującego, zamawiający wskazał, jako dowód pośredni na działanie ww. wykonawców w zmwie przetargowej - okoliczność, iż ww. wykonawcy często uczestniczą w przetargach organizowanych przez zamawiającego, przy tak samo określonych warunkach udziału w postępowaniu, zatem trudno sobie wyobrazić, że profesjonalista nie jest w stanie poprawnie uzupełnić dokumentu na precyzyjne żądanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust 3 Pzp. Zamawiający stwierdził, że działanie to stanowi dowód na zmwę przetargową pomiędzy wykonawcami, biorąc pod uwagę doświadczenie wyniesione przez zamawiającego z poprzednich przetargów, w których uczestniczyli wskazani wykonawcy, działając w ten sam sposób.

Na rozprawie zamawiający złożył do akt sprawy dokumentację postępowań, przeprowadzonych przez zamawiającego we wcześniejszych latach:

- Postępowanie nr DOS-IV.271.4.2012, w którym na wszystkie części zamówienia (I-VI) złożyli oferty wykonawcy „PHU J..... Z.....”, „TOP 2001” i GARDEN-COM. W części I zawarto umowę z wykonawcą „TOP 2001”, ponieważ wykonawca GARDEN-COM (oferta tańsza) odmówił podpisania umowy. W części II umowę zawarto z „TOP 2001” ponieważ wykonawca GARDEN-COM został wykluczony z powodu niezpełnienia dokumentów (oferta tańsza). W części III umowę zawarto z GARDEN-COM. W części IV i V umowę zawarto z „TOP 2001” (oferta droższa) ponieważ wykonawca GARDEN-COM (oferta tańsza) odmówił podpisania umowy.

- Postępowanie nr DOS-IV.271.16.2012, w którym w części I, II i III zamówienia zostały złożone oferty przez wykonawców GARDEN-COM, PHU J..... Z..... oraz „TOP 2001”. W części I i II z powodu niezpełnienia dokumentów wykluczeniu podlegały oferty tańsze złożone przez GARDEN-COM oraz PHU J..... Z....., a wybrano ofertę najdroższą (3 pozycja) złożoną przez „TOP 2001”. W części III umowa została zawarta z PHU J..... Z..... . Oferta tańsza złożona przez „GARDEN-COM” została odrzucona – wykonawca wykluczony z powodu niezpełnienia dokumentów. Oferta najdroższa z trzech uzyskała w tej części zamówienia dopiero 4 pozycję.

- Postępowanie nr DOS-IV.271.14.2011, w którym wykonawca GARDEN-COM został wykluczony z powodu niezpełnienia dokumentów w ofercie (oferta najtańszej). Podpisano umowę z wykonawcą PHU J..... Z..... . Oferta „TOP 2001” najdroższa z trzech ofert złożonych przez tych samych wykonawców uzyskała 4 miejsce w rankingu ofert.

- Postępowanie nr DOS-IV.271.95.2012, w którym w części III zamówienia pierwsze miejsce pod względem ceny uzyskała oferta GARDEN-COM, która została odrzucona ze względu na wyjaśnienia wykonawcy GARDEN-COM, który potwierdził, że jego oferta zawiera rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wybrana została oferta droższa złożona przez „TOP 2001”. Oferta jeszcze droższa złożona przez PHU J..... Z..... uzyskała dopiero 5 miejsce w rankingu ofert. Różnica w cenie ww. ofert wynosiła proporcjonalnie ok. 300 000,00 zł.

- Postępowanie nr DOS-IV.271.24.2011, w którym na część I i II zamówienia zostały złożone oferty przez PHU J..... Z..... i „TOP 2001”. Oferta tańsza (J..... Z.....) nie została uzupełniona, w związku z czym wykonawcę wykluczono, a wybrana została w obu częściach oferta „TOP 2001” znacznie droższa.

- Postępowanie nr OSGK.IV-341/07/10, w którym wykonawca GARDEN-COM K..... R....., odstąpił od podpisania umowy ze względu na stwierdzenie po wyborze jego oferty najkorzystniejszej, że w ofercie popełnił omyłkę w kalkulacji ceny, uniemożliwiającą wykonanie umowy za cenę podaną w ofercie. Umowa została zawarta zatem z kolejnym wykonawcą - PHU J..... Z..... . Oferta złożona przez „TOP 2001” w tym przetargu uzyskała czwarte miejsce.

- Postępowanie nr DOS-IV.271.40.2011, w którym poszczególni wykonawcy złożyli oferty na poszczególne sektory (części zamówienia) dzieląc się de facto rynkiem pomiędzy sobą. W tej sprawie zamawiający w dniu 26 października 2011 r. skierował zawiadomienie do UOKiK Delegatura w Lublinie w sprawie podejrzenia stosowania przez wykonawców stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

oraz umowy zawarte z ww. wykonawcami:

- umowa nr DOS-IV.272.84.2011 – umowa zawarta w dniu 14 listopada 2011 r. z wykonawcą „TOP 2001”, w której p. T..... W..... (tel. 519 334 701) występuje jako przedstawiciel wykonawcy przy realizacji umowy. Pan K..... R..... występuje w ww. umowie jako Dyrektor Generalny wykonawcy.

- umowa nr DOS-IV.272.88.2011 – sektor II, umowa zawarta w dniu 27 marca 2011 r. z wykonawcą GARDEN-COM, w której p. T..... W..... (tel. 519 334 701) występuje jako przedstawiciel wykonawcy przy realizacji umowy.

- umowa nr DOS-IV.272.4.2012 – sektor III, umowa zawarta w dniu 11 kwietnia 2012 r. z wykonawcą GARDEN-COM, w której p. T..... W..... (tel. 519 334 701) występuje jako przedstawiciel wykonawcy przy realizacji umowy.

- umowa nr DOS-IV.272.4.2012 – sektor I, umowa zawarta w dniu 11 kwietnia 2012 r. z wykonawcą „TOP 2001”, w której p. T..... W..... (tel. 519 334 701) występuje jako przedstawiciel wykonawcy przy realizacji umowy.

- umowa nr DOS-IV.272.5.2012 – sektor 1, umowa zawarta w dniu 12 kwietnia 2012 r. z wykonawcą PHU J..... Z....., w której p. T..... W..... (tel. 519 334 701) występuje jako przedstawiciel wykonawcy przy realizacji umowy.

- umowa nr DOS-IV.272.98.2012 – sektor I, umowa zawarta w dniu 15 kwietnia 2013 r. z wykonawcą GARDEN-COM, w której występuje p. R..... G..... (tel. 519 334 713) jako przedstawiciel wykonawcy przy realizacji umowy. K..... R..... występuje jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GARDEN-COM
- umowa nr DOS-IV.272.95.2012 – sektor V, umowa zawarta w dniu 15 kwietnia 2013 r. z wykonawcą „TOP 2001”, w której w której występuje p. R..... G..... (tel. 519 334 713) jako przedstawiciel wykonawcy przy realizacji umowy.
- umowa nr DOS-IV.272.5.2012 – sektor III, umowa zawarta w dniu 12 kwietnia 2012 r. z wykonawcą „TOP 2001”. W umowie wskazano osobę p. K..... R..... jako Dyrektora Generalnego tego wykonawcy. w której p. T..... W..... (tel. 519 334 701) występuje jako przedstawiciel wykonawcy przy realizacji umowy.
- umowa nr DOS-IV.272.5.2012 – sektor II, umowa zawarta w dniu 12 kwietnia 2012 r. z wykonawcą PHU J..... Z..... . W umowie j p. T..... W..... (tel. 519 334 701) występuje jako przedstawiciel wykonawcy przy realizacji umowy.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Izba zważyła, co następuje.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez niezasadne zastosowanie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp (w części I, II i III zamówienia) jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego.

Wybór wykonawcy zamówienia w trybie przetargu ma na celu zagwarantowanie wyłonienia oferty, która jest najbardziej korzystna z punktu widzenia zamawiającego, zgodnie z kryteriami oceny ofert ustalonymi w postępowaniu. Konkurencja pomiędzy niezależnymi wykonawcami sprzyja wyborowi oferty najkorzystniejszej, motywuje bowiem wykonawców do składowania ofert konkurencyjnych cenowo i jakościowo. W przypadku zmowy przetargowej, tzw. horyzontalnej (poziomej) wykonawcy przestają konkurować pomiędzy sobą, a wobec tego podwyższają ceny za przedmiot zamówienia, tak aby zwyciężyła w przetargu oferta możliwie najdroższa.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje czyn nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Ustawa jednocześnie wymienia przykładowo poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji, których katalog jednak nie jest zamknięty. W art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawa określa, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez 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.

W ust. 2 tego artykułu wskazano, na czym może polegać czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, tj. 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.

Są to przykłady zmowy cenowej przedsiębiorców. Jednym z rodzajów zmowy cenowej jest zмова przetargowa, która jest porozumieniem przedsiębiorców prowadzącym do rezygnacji jej uczestników z konkutowania między sobą na rzecz współpracy przy składaniu ofert. Zwykle jest to porozumienie polegające na ustaleniu pomiędzy przedsiębiorcami wysokości cen proponowanych w przetargu lub też na podziale rynku. Zmowa przetargowa podlega penalizacji – stosownie do art. 306 kodeksu karnego, „Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

W ustalonym stanie faktycznym brak jest bezpośredniego dowodu na istnienie zmowy przetargowej zawartej przez firmy: Garden-Com K..... R....., „TOP 2001” Sp. z o.o. oraz odwołującego. Nie ma dowodu w postaci porozumienia, rozumianego jako dokument pisemny. Jednakże nie stanowi to przeszkody w ustaleniu, że porozumienie pomiędzy ww. wykonawcami zostało zawarte na podstawie różnych okoliczności towarzyszących udziałowi tych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i w postępowaniach wcześniejszych. Zwykle w przypadku tego rodzaju praktyk przedsiębiorcy ukrywają swoje zamiary, co jest oczywiste z uwagi na kary grążące za takie nieuczciwe działania.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z kilkuletnią historią udziału ww. firm w przetargach organizowanych przez tego samego zamawiającego. Jak wynika z przebiegu udokumentowanych postępowań z lat ubiegłych, sposób działania ww. wykonawców i ich udziału w przetargach jest bardzo czytelny i jednoznaczny, w szczególności w świetle wielokrotnie powtarzanego w poprzednich przetargach identycznego zachowania tych wykonawców, zmierzającego zawsze do wyboru przez zamawiającego, jako oferty najkorzystniejszej, oferty możliwie najdroższej z ofert przez nich złożonych oraz dążeniu do podzielenia pomiędzy siebie poszczególnych części zamówień. Powyższe nie pozostawia wątpliwości, iż ww. wykonawcy działali w porozumieniu w przedmiotowym przetargu.

Ww. wykonawcy wielokrotnie występowali w podobnych przetargach prowadzonych przez zamawiającego, składając oferty różniące się ceną w sposób charakterystyczny, tj. np. w przedmiotowym postępowaniu w każdej z trzech części zamówienia, każda z trzech ofert jest droższa od poprzedniej o charakterystyczną jakby stałą wartość tj. o ok. 100 000, 00 zł.

Umowy zawarte z wykonawcami wskazują w sposób niewątpliwy na więzy rodzinne istniejące pomiędzy firmą GARDEN-COM, w której p. K..... R..... jest przedsiębiorcą oraz „TOP 2001” Sp. z o.o., w której Dyrektorem Generalnym jest mąż K..... R..... – p. K..... R..... .

Pomiędzy wykonawcami istnieją od lat również inne powiązania osobowe, co dowodzi bliskich związków organizacyjnych i biznesowych pomiędzy tymi przedsiębiorcami. Potwierdzeniem tych okoliczności jest to, że w tym samym czasie, te same osoby występują w umowach zawartych przez ww. wykonawców jako „przedstawiciel wykonawcy” przy realizacji umowy. W umowach zawartych z tymi wykonawcami wskazany jest również ten sam numer telefonu do kontaktu.

Podzielić należy także stanowisko zamawiającego, że charakterystyczne jest również w przypadku ww. trzech wykonawców składanie w postępowaniach (również w przedmiotowym postępowaniu) uzupełnianych dokumentów w tym samym dniu (o tej samej godzinie), nieoczekiwane nieuzupełnienie dokumentów w poszczególnych ofertach tylko na niektóre części zamówienia, których złożenie zwykle nie stanowi dla tych przedsiębiorców żadnego problemu i jest bez problemu dokonywane w innych częściach zamówienia. Powyższe działania świadczą o istnieniu pomiędzy wykonawcami zmowy przetargowej, polegającej na tzw. rozstawianiu ofert i wycofywaniu (nieuzupełnieniu) ofert tańszych, po to aby wygrała oferta możliwie najdroższa z ofert złożonych przez tych wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu, działanie polegające na nieuzupełnieniu ofert przez wykonawców Garden-Com K..... R..... oraz „TOP 2001” Sp. z o.o. miało zatem istotny związek przyczynowo-skutkowy z powodami odrzucenia oferty odwołującego. Było to działanie celowe, wynikające z porozumienia (uzgodnienia) zawartego pomiędzy tymi wykonawcami, które miało na celu doprowadzenie do wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, która zawierała najwyższą cenę spośród ofert tych trzech wykonawców. W takim przypadku odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp podlegają wszystkie trzy oferty złożone przez wykonawców działających w zмовie.

Odwołujący formułując zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp pominął istotne okoliczności wskazane przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego (i pozostałych dwóch wykonawców, tj. Garden-Com K..... R..... oraz „TOP 2001” Sp. z o.o.), dotyczące zachowań tych przedsiębiorców w ten sam sposób we wcześniej prowadzonych postępowaniach.

Okoliczności te mają istotne znaczenie w „rozszyfrowaniu” zachowania ww. przedsiębiorców, w tym odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Izba rozstrzygając ten zarzut wzięła pod uwagę również, że odwołujący nie zaprzeczył faktom przedstawionym przez zamawiającego, dotyczącym poprzednich przetargów i sposobu działania ww. przedsiębiorców wynikającego z dokumentacji tych postępowań. Odwołujący nie przedstawił także jakiegokolwiek przypadków innych postępowań, prowadzonych przez zamawiającego, w których zachowania ww. przedsiębiorców, w tym odwołującego, byłyby podejmowane wbrew omówionym powyżej regułom działania tych wykonawców. Z powiązania wielu omówionych powyżej faktów, mających miejsce w poprzednich przetargach należy wyprowadzić jednoznaczny wniosek, że działania wskazanych trzech przedsiębiorców w przedmiotowym postępowaniu nie były przypadkowe, a zatem były to działania uzgodnione pomiędzy nimi, które miały zapewnić tym wykonawcom osiągnięcie maksymalnych korzyści z realizacji zamówienia, kosztem interesu zamawiającego, dążącego do wyboru oferty najkorzystniejszej, a wobec kryterium ustalonego w postępowaniu – cena 100% - do wyboru oferty najtańszej.

W tych okolicznościach należało stwierdzić, że odrzucenie oferty odwołującego oraz wybór oferty najkorzystniejszej jest wynikiem prawidłowej oceny ofert dokonanej przez zamawiającego w części II i III zamówienia.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez nieuprawnione zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp na podstawie którego nastąpiło unieważnienie postępowania w części I zamówienia, w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego, która została złożona z ceną (561 684,00 zł) nieprzekraczającą kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do wysokości ceny oferty najkorzystniejszej. Wobec odrzucenia trzech ofert, złożonych z cenami poniżej kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj. oferty odwołującego, oferty Garden-Com K..... R..... oraz oferty „TOP 2001” Sp. z o.o., ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu w części I pozostała oferta złożona przez MPO Sp. z o.o. Cena tej oferty w wysokości 1 410 895,00 zł – przekracza znacznie kwotę 888 260,00 zł, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w tej części. Wobec powyższego zamawiający miał podstawę do unieważnienia postępowania w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: