

Sygn. akt: KIO 2151/14

WYROK

z dnia 31 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2014 r. przez wykonawcę: **W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. w Warszawie (01-934), ul. Arkuszowa 43** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie (00-848), ul. Żelazna 61**

przy udziale:

- wykonawcy: **SITA Polska Sp. z o.o. w Warszawie (02-981), ul. Zawodzie 5,**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polsuper sp. z o.o. w Warszawie (00-333), ul. Krakowskie Przedmieście 4/6 oraz „AG-Complex” sp. z o.o. w Warszawie (03-046), ul. Płytowa 14**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę: W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. w Warszawie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy: **W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Utrzymanie w czystości przystanków lokalnego transportu zbiorowego w Warszawie będących we władaniu Zarządu Transportu Miejskiego*” zostało wszczęte przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 074-128212) w dniu 14 kwietnia 2014 r.

W dniu 13 października 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności uznania za najkorzystniejszą odpowiednio: w części A, B oferty złożonej przez SITA Polska sp. z o.o. oraz w części C, D i E oferty złożonej przez konsorcjum: POLSUPER sp. z o.o. i AG-Complex sp. z o.o., a także wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia powołanych ofert. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie: „*art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw, z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) [zwaną dalej ustawą o znk] oraz art. 58 §1 KC poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SITA Polska sp. z o.o. oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się zamówienie Konsorcjum POLSUPER sp. z o.o. oraz AG-Complex sp. z o.o. w sytuacji, gdy złożenie tych ofert - z racji istnienia pomiędzy wskazanymi wykonawcami oraz Konsorcjum w składzie Remondis sp. z o.o. oraz Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o. umowy przetargowej — stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a nadto w czynnościach tych wykonawców w postaci złożenia przedmiotowych ofert da się stwierdzić postać zachowań co najmniej zmierzających do obejścia prawa, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 oraz 6 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów [(Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą o okk] oraz art. 58 §1 KC, bowiem oferta wskazanych wykonawców jest z tych względów nieważna na podstawie odrębnych przepisów.”*

Odwołujący stał na stanowisku, iż porozumienie pomiędzy wskazanymi przez niego wykonawcami zawarte zostało jeszcze przed upływem terminu składania ofert, a jego efektem było zaniechanie przez poszczególnych wykonawców, odmiennie w przypadku każdej z pięciu części zamówienia, wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a także wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia, co z kolei doprowadziło do tego, że w każdej z pięciu części zamówienia pozostały jedynie dwie niepodlegające odrzuceniu oferty. W takim przypadku, zgodnie z postanowieniami pkt XV.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Zamawiający został pozbawiony możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a Odwołujący – możliwości w niej udziału, a w konsekwencji możliwości uzyskania zamówienia w każdej z poszczególnych części zamówienia. W ocenie Odwołującego te właśnie okoliczności, w szczególności rezygnacja przez wykonawców z dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia w poszczególnych częściach zamówienia, w sytuacji, gdy nie było jeszcze wiadomym, że aukcje elektroniczne dla każdej z części zamówienia się nie odbędą, potwierdzały to, iż pomiędzy wskazanymi przez niego wykonawcami istniało niedozwolone porozumienie. Zdaniem Odwołującego powołani wykonawcy „w istocie dążyli do «podziału» między nimi tego zamówienia”, a podejmowane przez nich działania, mimo że z formalnego punktu widzenia niesprzeciwiające się prawu, w rzeczywistości zmierzały do zrealizowania celu, którego osiągnięcie przez to prawo jest zakazane. Na poparcie swych twierdzeń Odwołujący odwoływał się do innych postępowań, których wyniki również miały być owocem istniejącej między tymi samymi wykonawcami zmowy – miało to potwierdzać stosowanie przez nich określonego mechanizmu postępowania. W jego ocenie przedstawione przez niego dowody służyć miały wykluczeniu przypadkowości działania poszczególnych wykonawców, a także tego, że działania te podejmowane były jako wynik swobodnych decyzji tych wykonawców.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu „*unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w każdej z części zamówienia, a następnie powtórzenia badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert SITA Polska sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum POLSUPER sp. z o.o. oraz AG-Complex sp. z o.o. i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego*”.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- w dniu 16 października 2014 r. doręczył Prezesowi Izby wykonawca: SITA Polska Sp. z o.o. w Warszawie,

- w dniu 17 października 2014 r. doręczyli Prezesowi Izby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Polsuper sp. z o.o. w Warszawie oraz „AG-Complex” sp. z o.o. w Warszawie,

zwani dalej również odpowiednio Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby w sprawie KIO 2151/14, oraz wcześniej, w sprawie KIO 1535/14, a także dokumenty i wydruki przedstawione przez Strony i uczestników postępowania, za wyjątkiem zestawień tabelarycznych przedstawionych przez Przystępującego: AG-Complex i Polsuper, co do których wyłączył on jawność i wnioskował o nieudostępnianie ich Odwołującemu oraz drugiemu z Przystępujących. W ocenie Izby ze względu na niewypełnienie obowiązku wynikającego z przepisu § 24 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964), wniosek ten nie mógł zostać uwzględniony, a tym samym powołane zestawienia nie mogły zostać uwzględnione, jako dowód w rozpoznawanej sprawie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt IV.1 SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, przy czym przedmiot zamówienia podzielił na pięć części oznaczając je kolejnymi literami alfabetu, od A do E.

W pkt XIII SIWZ Zamawiający przesądził, iż wykonawcy, którzy złożą mu swoje oferty będą nimi związani przez 90 dni, zgodnie zaś z pkt X.1 SIWZ wykonawcy byli zobowiązani wnieść wadium w wysokości 400 000 zł na każdą z pięciu części osobno.

W pkt XV.1 SIWZ postanowiono, że „jeżeli dla każdej z części osobno zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, zamawiający przeprowadzi aukcje elektroniczne na te części”.

Termin składania ofert, zgodnie z pisemnym protokołem postępowania, upłynął w dniu 20 czerwca 2014 r., o godzinie 10:00. Przed jego upływem, dla części A, B i C czterech wykonawców, zaś dla części D i E – trzech wykonawców, złożyło swoje oferty Zamawiającemu. Były to odpowiednio:

- w części A oferty złożone przez: SITA Polska sp. o.o. (cena: 12 268 995,42 zł), konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. (cena: 12 958 043,82 zł), konsorcjum: Remondis sp z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o. (cena: 19 141 458,62 zł) oraz Odwołującego (cena: 12 391 247,55 zł),
- w części B oferty złożone przez: SITA Polska sp. o.o. (cena: 11 867 802,22 zł), konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. (cena: 13 975 252,70 zł), konsorcjum: Remondis sp z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o. (cena: 19 096 773,84 zł) oraz Odwołującego (cena: 15 240 659,97 zł),
- w części C oferty złożone przez: SITA Polska sp. o.o. (cena: 13 706 836,50 zł), konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. (cena: 13 421 245,23 zł), konsorcjum: Remondis sp z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o. (cena: 19 144 473,90 zł) oraz Odwołującego (cena: 14 120 441,12 zł),
- w części D oferty złożone przez: SITA Polska sp. o.o. (cena: 19 940 970,57 zł), konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. (cena: 18 483 534,50 zł) oraz Odwołujący (cena: 19 578 239,82 zł),
- w części E oferty złożone przez: SITA Polska sp. o.o. (cena: 16 305 615,97 zł), konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. (cena: 15 254 082,52 zł) oraz Odwołującego (cena: 16 665 382,26 zł).

Każdy z wykonawców wniósł wymagane dla poszczególnych części zamówienia wadium w formie odpowiednich gwarancji – były one ważne odpowiednio do dnia:

- 30 września 2014 r. w przypadku wykonawcy SITA Polska sp. z o.o.
- 20 września w przypadku konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o.
- 18 września 2014 r. w przypadku konsorcjum: Remondis sp z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o.
- 20 września 2014 r. w przypadku Odwołującego.

W dniu 2 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie przedstawionych przez niego dokumentów i oświadczeń mających potwierdzać

spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym pismem poinformował go również o poprawieniu w złożonej mu ofercie oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych. W tym samym dniu podobne wezwanie skierowane zostało do konsorcjum Remondis sp z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o.

W dniu 3 lipca 2014 r., tak Odwołujący, jak i konsorcjum Remondis sp z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o., takie wyjaśnienia Zamawiającemu przedstawili.

W dniu 3 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia podstaw objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z jego ofertą.

W dniu 4 lipca 2014 r. Odwołujący podtrzymał w całości poczynione w złożonej przez siebie ofercie zastrzeżenie.

W dniu 4 lipca 2014 r. konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec nieudostępnienia mu przez Zamawiającego kompletnej oferty złożonej przez Odwołującego (sprawa KIO 1380/14). Odwołanie to, postanowieniem Izby z dnia 15 lipca 2014 r., zostało odrzucone. Tym samym bieg terminu związania ofertą, zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, który pierwotnie miał zakończyć się w dniu 17 września 2014 r., uległ zawieszeniu w dniu 4 lipca 2014 r., by w dniu 16 lipca podjąć dalszy bieg. Stąd termin związania ofertą na ten czas winien upłynąć w dniu 28 września 2014 r.

Pismem z dnia 22 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy o to wnioskowali, o zakończeniu badania zasadności zastrzeżenia przez Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa oraz o uznaniu tego zastrzeżenia za zasadne.

W dniu 28 lipca 2014 r. SITA Polska sp. z o.o. wobec powyższego wniosła odwołanie (sprawa KIO 1535/14). Odwołanie to, wyrokiem z dnia 11 sierpnia 2014 r., zostało uwzględnione. Tym samym bieg terminu związania ofertą, zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, który miał zakończyć się w dniu 28 września 2014 r., uległ zawieszeniu w dniu 28 lipca 2014 r., by w dniu 12 sierpnia podjąć dalszy bieg. Stąd termin związania ofertą na ten czas winien upłynąć w dniu 12 października 2014 r.

Po uzyskaniu dostępu do udostępnionych im odtajnionych na mocy wyroku Izby dokumentów, tak SITA Polska sp. z o.o., jak i konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o., kolejnymi pismami z dnia 2, 3 i 5 września 2014 r. zgłosili Zamawiającemu swe

wątpliwości i zastrzeżenia odnoszące się do dokumentów i oświadczeń złożonych przez Odwołującego.

W dniu 11 września 2014 r. Odwołujący doręczył Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą w każdej z pięciu części zamówienia o kolejne 60 dni ponad termin wynikający ze zobowiązania zawartego w ofercie, a zatem (przy uwzględnieniu dwóch okresów zawieszenia tegoż terminu, o kolejne 60 dni poza pierwotny termin związania ofertą, którego bieg, jak to już wskazano, kończył się w dniu 12 października 2014 r.) do dnia 11 grudnia 2014 r. Wraz z tym oświadczeniem, Odwołujący przedstawił aneksy do każdej z pięciu gwarancji wadialnych złożonych wraz z ofertą przedłużające ich ważność do 21 października 2014 r., co miało stanowić wypełnienie nałożonego na wykonawców zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp obowiązku jednoczesnego przedłużenia ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Zamawiający pismami z dnia 15 września 2014 r. wezwał pozostałych wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, a także do przedłużenia lub złożenia nowego wadium.

Pismami z dnia 17 września 2014 r. konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. przedłużyło termin związania ofertą w części C, D i E o kolejne 60 dni, a zatem (analogicznie, jak w przypadku Odwołującego) do dnia 11 grudnia 2014 r. Przedstawiło też aneksy z dnia 17 września 2014 r. do gwarancji wadialnych przedłużające ich ważność do 20 listopada 2014 r., co miało stanowić wypełnienie nałożonego na wykonawców zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp obowiązku jednoczesnego przedłużenia ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą. Konsorcjum to oświadczyło jednocześnie, iż po analizie kalkulacji kosztów dla części B, doszło do wniosku, iż nie może złożyć w toku aukcji elektronicznej ceny korzystniejszej, niż ta zaoferowana przez SITA Polska sp. z o.o., dlatego też, w celu uniknięcia kosztów wniesienia nowego wadium, podjęło decyzję o odstąpieniu od ubiegania się o udzielenie zamówienia w tej części.

SITA Polska sp. z o.o., pismem z dnia 17 września 2014 r., przedłużyło termin związania ofertą w części A i B o kolejne 60 dni, a zatem (analogicznie, jak w przypadku Odwołującego) do dnia 11 grudnia 2014 r. Przedstawiło też aneksy z dnia 17 września 2014 r. do gwarancji wadialnych przedłużające ich ważność do 30 stycznia 2015 r.

Konsorcjum Remondis sp z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o. pozostawiło to wezwanie Zamawiającego bez odpowiedzi.

Zamawiający, pismem z dnia 19 września 2014 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i odniesienia się do zarzutów zawartych w pismach z dnia 2, 3 i 5 września 2014 r., które skierowali do niego SITA Polska sp. z o.o oraz konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o.

W dniu 18 września 2014 r. konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec wezwania Odwołującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień oraz zaniechania wykluczenia tegoż wykonawcy z udziału w postępowaniu (sprawa KIO 1912/12). Postępowanie odwoławcze, postanowieniem Izby z dnia 23 września 2014 r., zostało umorzone. Tym samym bieg terminu związania ofertą, zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, który miał zakończyć się w dniu 12 października 2014 r., uległ zawieszeniu w dniu 18 września 2014 r., by w dniu 24 września podjąć dalszy bieg. Stąd termin związania ofertą na ten czas winien upłynąć w dniu 17 października 2014 r.

W dniu 25 września 2014 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu odpowiedź na wezwanie z dnia 19 września 2014 r., a wraz z nią zbiór dokumentów mających potwierdzać słuszność jego stanowiska.

W tym samym dniu Odwołujący wezwał Zamawiającego do niezwłocznego wyznaczenia terminu aukcji elektronicznej.

Zgodnie z notatką służbową z dnia 29 września 2014 r. w siedzibie Zamawiającego odbyło się spotkanie z Odwołującym, podczas którego ten wnioskował o unieważnienie postępowania. Podobny wniosek został zwarty w piśmie Odwołującego z dnia 2 października 2014 r.

Zamawiający pismem z dnia 3 października 2014 r. poinformował Odwołującego, iż nie znajduje podstaw do unieważnienia prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym samym dniu poinformował wykonawców o uznaniu za najkorzystniejszą w ramach części A i B ofert złożonych przez SITA Polska sp. z o.o., zaś w ramach części C, D i E ofert złożonych przez konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. Jednocześnie Zamawiający, z uwagi na brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie wniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą, wykluczył z udziału w postępowaniu konsorcjum Remondis sp z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o. w ramach części A, B i C, SITA Polska sp. z o.o. w ramach części C, D i E oraz konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. w ramach części A i B.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby rozpoznawane odwołanie i podnoszone w nim zarzuty oparte zostały na wyrażonym przez Odwołującego przekonaniu, iż działania podejmowane przez innych niż on wykonawców biorących udział w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego były efektem zawartego przez nich porozumienia. To właśnie to porozumienie miało determinować czynności przez tych wykonawców podejmowane, a jego istnienie miało przemawiać za słusnością zarzutów przez Odwołującego stawianych. Celem wykazania faktów, które miałyby przemawiać za uwzględnieniem zarzutów (zachowań tych samych wykonawców w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych w ostatnich latach na terenie całego kraju), Odwołujący odwoływał się do pojęcia „rotacji ofert”, jako do tego, które właściwie opisywało mechanizm postępowania wykorzystywany przez wykonawców: SITA Polska sp. o.o., konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. oraz konsorcjum: Remondis sp z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o.

Skład orzekający, uwzględniając całokształt materiału dowodowego zebranego w sprawie, uznał, iż nie zostały w toku postępowania odwoławczego przedstawione dowody, które przemawiałyby za uznaniem formułowane przez Odwołującego twierdzenia za należycie udowodnione. Izba podejmując swe rozstrzygnięcie uwzględniła stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06). Uznała bowiem, iż ustalenie dopuszczenia się przez wykonawców niedozwolonych, w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, praktyk możliwe jest również, z uwagi na dostrzeżoną przez Sąd Najwyższy w powołanym orzeczeniu specyfikę tych spraw, na podstawie dowodów pośrednich – *„wobec braku bezpośrednich środków dowodowych co do zawarcia porozumienia (...), konieczne stało się w postępowaniu sądowym konstruowanie domniemań faktycznych”*. Jak słusznie zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 517/13: *„udowodnienie zaistnienia zмовы przetargowej, siłą rzeczy, w większości*

przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawną-karną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego”.

W ocenie Izby, w obliczu przedstawionych przez Odwołującego dowodów (a to na nim, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp ciążył obowiązek wykazania i należytego udowodnienia faktów, z których wywodził korzystne dla siebie skutki prawne), brak było podstaw, aby uznać, że działania podejmowane przez trzech wykonawców (wykonawców: SITA Polska sp. o.o., konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. oraz konsorcjum: Remondis sp z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o.) są czymś więcej, niż tylko działaniem zgodnym z prawem, które mieści się w ramach dopuszczonych przepisami ustawy Pzp. Uprawnieniem wszak, nie obowiązkiem wykonawcy, jest możliwość przedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą i wniesienia nowego wadium, czy to samodzielnie, czy to na wezwanie Zamawiającego. W świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, brak takiej zgody ze strony wykonawcy będzie jednoznaczny z jego rezygnacją z dalszego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co po stronie Zamawiającego rodzi obowiązek wykluczenia wykonawcy, który takiej zgody nie wyraził. Tak też w rozpoznawanej sprawie każdy z dwóch wykonawców (SITA Polska sp. o.o. oraz konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o.), korzystając z wypływającego z ustawy uprawnienia, oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą jedynie w odniesieniu do wybranych przez siebie części – tej w której złożona przez każdego z nich oferta była najtańszą spośród wszystkich złożonych ofert. Brak bowiem, w ocenie Izby, podstaw dla przyjęcia, iż takie postępowanie przywołanych wykonawców było wynikiem porozumienia zawartego przez trzech wskazanych przez Odwołującego wykonawców. Co istotne, Odwołujący, w odniesieniu do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, wskazywał jedynie na czynności, które, jak sam zresztą przyznawał, były czynnościami znajdującymi swe oparcie w przepisach ustawy Pzp.

Nie podważało wiarygodności uzasadnienia decyzji konsorcjum AG-Complex sp. z o.o. i Polsuper sp. z o.o. o odstąpieniu od ubiegania się o udzielenie zamówienia w części B przywoływane przez Odwołującego podstawienie cen zaoferowanych przez to konsorcjum w częściach C, D i E. Odwołujący nie przeczył bowiem tezie, iż dla każdej z części

zamówienia, inne czynniki mogły oddziaływać w różny sposób, na ostateczną cenę tej właśnie części zamówienia. Co istotne, jak wynika z przedstawionej przez niego oferty, sam Odwołujący nie przedstawił dla każdej z części, w odniesieniu do tych samych czynności takich samych cen jednostkowych, różnicując je w zależności od tego, do której z części się one odnoszą. Tym samym Izba uznała, że w przypadku gdy sam Odwołujący nie zastosował prostego przełożenia cen jednostkowych z jednej części na drugą, nie mógł on takiego prostego przełożenia cen oczekiwać od innych wykonawców.

Zdaniem składu orzekającego, w materiale dowodowym przedstawianym przez Odwołującego nie znalazły potwierdzenia jakiegokolwiek inne aspekty postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, które przemawiałyby za zawarciem przez trzech wykonawców niedozwolonej przepisami prawa umowy przetargowej, przejawiającej się pod postacią przywoływaną przez Odwołującego, tj. zjawiskiem określanym pojęciem „rotacji ofert”.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby konsorcjum: Remondis sp. z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o. miało jakikolwiek interes w uczestniczeniu w porozumieniu, którego istnienie wywodził Odwołujący. Wykonawca ten złożył w postępowaniu ofertę na trzy części, przy czym w każdej z nich zaoferował najwyższe ceny. Stąd zrozumiałym jest, iż mógł nie być zainteresowany w dalszym uczestniczeniu w tym postępowaniu. Odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (brak tej zgody w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego) była w takim przypadku, choćby z uwagi na ewentualne koszty przedstawiania nowego wadium, zrozumiała. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił dowodów, z których można wywieść przekonanie, iż brak dalszego zainteresowania ze strony konsorcjum Remondis sp. z o.o. i Mazowiecka Higiena Komunalna sp. z o.o. wynikać miał z innych, naganych w świetle przytoczonych przez Odwołującego przepisów prawa, okoliczności.

Zgodnie z przedstawionym przez Odwołującego opracowaniem UOKiK poświęconym znikom przetargowym, przywoływane jako adekwatne do opisanego zachowań trzech wykonawców przez niego wskazywanych, pojęcie „rotacji ofert” odnosić się miało do „metody dzielenia zysków”, gdzie „ustalenia dotyczą kolejności wygrywania przetargów przez przedsiębiorców”. Wskazano tam również, że najczęściej wykonawcy stosujący tę metodę umawiają się, że będą wygrywać kolejno ogłaszane przetargi (na zmianę, rotacyjnie), a o występowaniu tegoż mechanizmu świadczyć ma fakt, iż „*istnieje grupa przedsiębiorców, którzy wygrywają podobne przetargi w przewidywalnej kolejności*”.

Tymczasem Odwołujący nie przedstawił w toku postępowania odwoławczego dowodów, które potwierdzałyby istnienie takiej prawidłowości w działaniach podejmowanych

przez wskazanych przez niego trzech wykonawców. Odwołał się on w przedstawionych przez siebie dowodach do kilku wybranych przez siebie postępowań, z zestawienia których, w ocenie Izby, nie sposób wywieść tezy, iż potwierdzają one istnienia między powołanymi wykonawcami porozumienia, którego efektem miałyby być wygrywanie przez każdego z nich „*podobnych przetargów w przewidywalnej kolejności*”.

W przypadku postępowania do którego odnosi się informacja z 9 maja 2014 r., podzielone zostało ono na 8 części. W ramach części III i IV oferta złożona przez wykonawcę Polsuper sp. z o.o. została odrzucona, z uwagi na oświadczenie przez tegoż wykonawcę o zniżeniu własnej ceny w toku aukcji elektronicznej, zaś w ramach części VII i VIII wykonawca ten został wykluczony z uwagi na brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powołanego pisma wynika, iż tylko jedną z powołanych części wygrał podmiot mający, zdaniem Odwołującego, uczestniczyć w zarzucanym w odwołaniu porozumieniu (w części III – Remondis sp. z o.o.). Część IV i VIII wygrały inne podmioty (niezaliczone przez Odwołującego do statuowanego przez niego porozumienia). W części VII wygrał Odwołujący. Tym samym dokument ten nie potwierdza tego, iż jedynym beneficjentem działań podejmowanych przez Polsuper sp. z o.o. były podmioty z grupy zakreślonej w odwołaniu. Stąd też trudnym jest wywodzenie z tegoż pisma, aby celem powołanego wykonawcy było odstąpienie każdej z części, czy też poszczególnych z nich, określonym, wybranym przez niego, wykonawcom.

Z przedstawionej przez Odwołującego informacji prasowej odnoszącej się do postępowania prowadzonego w Częstochowie w maju 2013 r. wynika jedynie, iż wynik tej procedury wzbudził zainteresowanie prasy i radnych, co owocowało złożeniem doniesień do właściwych organów. Nie zawiera ona jednak informacji o podjęciu przez te organy wiążących rozstrzygnięć, które przemawiałyby za słusznością twierdzeń Odwołującego. Mowa tam jedynie o złym społecznym odbiorze opisanego tam zjawiska.

W przypadku postępowania, do którego odnosi się informacja z 17 grudnia 2012 r., podzielone zostało ono na 9 części. Odwołujący odnosił się do części VIII, w której pierwotnie za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez AG-Complex sp. z o.o., by następnie po wniesieniu odwołania przez SITA Polska sp. z o.o. (brak w przedstawionych przez Odwołującego pismach jakichkolwiek informacji o tym, co stanowiło podstawę tegoż odwołania i jakie zapadło w jego sprawie rozstrzygnięcie), firma AG-Complex sp. z o.o. odmówiła przedłużenia terminu związania ofertą, zaś kolejny wykonawca (niezaliczony przez Odwołującego do statuowanego przez niego porozumienia) odmówił podpisania umowy, w wyniku czego oferta złożona przez SITA Polska sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą. Z powołanego pisma, jak to już zostało wskazane,

nie wynika, aby można było wykluczyć, że wniesione przez SITA Polska sp. z o.o. odwołanie nie było zasadne i nie doprowadziłoby ono do wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy AG-Complex sp. z o.o., czy też do odrzucenia złożonej przez niego oferty, a tym samym, że odwołanie to nie sprokurowało takiego właśnie postępowania tegoż wykonawcy. Nie było zatem podstaw by uznać, że za taką właśnie decyzją stały inne, pozamerytoryczne, względy, w szczególności zarzucane przez Odwołującego porozumienie.

Z przedstawionego przez Odwołującego wyroku Izby wydanego w sprawie KIO 1424/13 wynika, iż Remondis sp. z o.o. (w konsorcjum z drugą spółką), zdaniem Izby rozpoznającej to odwołanie złożyło w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnienia, których lakoniczna treść zobowiązywała zamawiającego (w tym postępowaniu była to gmina Radzymin) do odrzucenia oferty przez tego wykonawcę złożonej. To też Izba swym wyrokiem nakazała. Odwołujący twierdził, iż beneficjentem tegoż orzeczenia była SITA Polska sp. z o.o. W ocenie Izby sam fakt przedstawienia przez wykonawcę wadliwych, zdaniem Izby następnie je oceniającej, wyjaśnień, nie świadczy o porozumieniu określonych wykonawców. Wiedzą powszechną bowiem jest, iż nie było to jedyne w roku 2013 orzeczenie Izby, w którym nakazała ona odrzucenie oferty, z uwagi na przedstawienie przez oferenta wyjaśnień, które w świetle przepisów ustawy Pzp nie mogły zostać uznane za wystarczające. A z samego faktu, iż orzeczenie takie zapadło, czy też z faktu, że Remondis sp. z o.o. złożyło niedostateczne wyjaśnienia, nie wynika jeszcze potwierdzenie porozumienia pomiędzy powołanymi dwoma wykonawcami.

Nie potwierdza, zdaniem Izby, istnienia porozumienia, o którym mówił Odwołujący, również fakt, iż Polsuper sp. z o.o. w dwóch postępowaniach wskazanych przez Odwołującego był podwykonawcą świadczącym swe usługi na rzecz Remondis sp. z o.o. Taka bowiem incydentalna współpraca (innych przypadków Odwołujący nie wskazał), nie może świadczyć wspólnym działaniu tych wykonawców w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego i zawarciu przez nich niedozwolonej zmywy przetargowej, co zdaniem Odwołującego miało miejsce.

Oceny tej nie mogło zmienić przedstawienie przez Odwołującego kopii wezwania UOKiK do przedstawienia mu odpowiednich wyjaśnień – pismo to nie dowodzi bowiem niczego ponadto, że wezwanie takie zostało sporządzone i odnosiło się ono w swej treści do trzech podmiotów. Nie można z niego jednak wywodzić, iż UOKiK poczynił określone ustalenia, które potwierdzałyby słuszność podnoszonych przez Odwołującego zarzutów.

Co istotne dla rozstrzygnięcia, stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego było w swej istocie, w ocenie Izby, wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony twierdził on bowiem,

że wykonawcy przez niego wskazani unikają konkurencji między sobą, i kierując się zawartymi porozumieniami, rozstrzygają we własnym gronie, do którego z nich trafi określone zamówienie, chociażby poprzez uniemożliwienie zamawiającym przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Z drugiej zaś strony przywołał on szereg postępowań, których przebieg i wyniki tej tezie przeczą. Odwołujący złożył bowiem zbiór dokumentów potwierdzających, że wykonawcy ci uczestniczyli jednocześnie w tych samych postępowaniach, w tym również takich gdzie prowadzono aukcje elektroniczne, składając konkurencyjne wobec siebie ceny. W przypadku tych postępowań Odwołujący nie formułował twierdzeń, zgodnie z którymi przywoływani wykonawcy podejmowali próby doprowadzenia do tego, aby zamówienia uzyskał ten z nich, który przedstawił droższą ofertę. Nie wynika też z tych, przedstawionych przez Odwołującego, dokumentów żadna prawidłowość (a przynajmniej sam Odwołujący takiej z nich nie wywodzi – co jest szczególnie istotne wobec faktu, iż Izba orzeka w granicach twierdzeń zawartych w odwołaniu), o której mowa w powoływanej wcześniej definicji „rotacji ofert” pochodzącej z opracowania UOKiK przedstawionego przez Odwołującego.

Nie świadczy też o niczym fakt, iż w innym (jednym wskazanym przez Odwołującego) postępowaniu ci sami Wykonawcy wyrażali zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i przedstawiali na ten czas odpowiednie wadium. Z faktu takiego postępowania w toku procedury prowadzonej przez Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie w pierwszej połowie 2014 r. nie wynika bowiem to, iż analogiczne działania przywoływani Wykonawcy byli zobowiązani podejmować również w postępowaniu prowadzonym obecnie przez Zamawiającego. Nie wynikało również to, że tak działania podejmowane w tamtym, jak i działania podejmowane w obecnie prowadzonym postępowaniu, nie mogły zostać uznane za racjonalne i uzasadnione odpowiednimi, zgodnymi z prawem interesami każdego z tych podmiotów.

Mając to wszystko na uwadze, Izba uznała, iż w rozpoznawanej sprawie nie przedstawiono jej dowodów i okoliczności wskazujących na choćby pośrednio na istnienie porozumienia, którego zawarcie wskazywanym przez siebie wykonawcom zarzucał Odwołujący. W obliczu powyżej przywołanych i omówionych dowodów przedstawionych przez Odwołującego Izba uznała, że nie zostało jej wykazane, aby w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego miało miejsce takie nagromadzenie pewnych, wykazanych bez wątpliwości przez Odwołującego faktów, które występowałyby w odpowiedniej wadze i ilości, z których zaistnienia można byłoby przyjąć i wywnioskować, istnienie innych faktów – w szczególności zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu, kształtu swoich ofert, a także określonego postępowania

już w toku procedury prowadzonej przez Zamawiającego. Odwołujący nie był także w stanie w sposób konkretny wykazać momentu, w którym zostało zawarte rzekome nieuprawnione porozumienie. Tym samym brak było podstaw, aby przyjąć za zasadne domniemanie faktyczne wystąpienia zмовы przetargowej, a tym samym naruszenia w rozpoznawanej sprawie zasad konkurencji w tym postępowaniu, które miałyby stanowić podstawę do uwzględnienia odwołania.

Uznając, że nie było w rozpoznawanej sprawie możliwe do stwierdzenia, że wskazywani przez Odwołującego wykonawcy kierowali się zawartym przez siebie porozumieniem, Izba stanęła na stanowisku, że nie zostało tym samym wykazane, aby naruszone zostały przez Zamawiającego przepisy ustawy Pzp przywołane w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....