

Sygn. akt: KIO 2766/10

WYROK
z dnia 5 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Brzeska**

Członkowie: **Bogdan Artymowicz**

Emil Kawa

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ekośrodowisko Sp. z o.o., 41-909 Bytom, ul. Cyryła i Metodego 50** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Sosnowiec - Miejski Zakład Zasobów Lokalowych, 41-200 Sosnowiec, ul. Partyzantów 10a**

przy udziale wykonawcy **Remondis Sp. z o.o. Oddział w Sosnowcu, 41-203 Sosnowiec, ul. Baczyńskiego 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Ekośrodowisko Sp. z o.o., 41-909 Bytom, ul. Cyryła i Metodego 50

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Ekośrodowisko Sp. z o.o., 41-909 Bytom, ul. Cyryła i Metodego 50,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Ekośrodowisko Sp. z o.o., 41-909 Bytom, ul. Cyryła i Metodego 50** na rzecz **Gminy Sosnowiec - Miejskiego Zakładu Zasobów Lokalowych, 41-200 Sosnowiec, ul. Partyzantów 10a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Sosnowiec: Miejski Zakład Zasobów Lokalowych – Zakład Budżetowy Gminy Sosnowiec, Ul. Partyzantów 10a, 41—200 Sosnowiec, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Odbiór odpadów komunalnych wytwarzanych w zasobach zarządzanych przez Miejski Zakład Zasobów Lokalowych w Sosnowcu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 12 października 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2010 r. pod numerem 2010/S 202-308240.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 12 października 2010 r. do dnia 23 listopada 2010 r.

Wykonawca Ekośrodowisko Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 24 grudnia 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remondis Sp. z o.o. Oddział w Sosnowcu, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Remondis Sp. z o.o. Oddział w Sosnowcu z dnia 14 grudnia 2010 roku,
- nakazanie powtórzenia uchybionej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,
- nakazanie wykonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty Remondis Sp. z o.o. Oddział w Sosnowcu.

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

Odwołujący wskazał, iż oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyli trzej Wykonawcy:

1. Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. – 867.171,44 zł,
2. Remondis Sp. z o.o., Oddział w Sosnowcu – 925.107,02 zł,
3. Ekośrodoowisko Sp. z o.o. – 1.059.177,25 zł.

Odwołujący wskazał również, iż w dniu 30 listopada 2010 roku Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. z wezwaniem do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt 8.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W odpowiedzi przekazanej Zamawiającemu w zakreślonym terminie tj. w dniu 3 grudnia 2010 roku, wykonawca przedłożył tytułem uzupełnienia dokument, o którym mowa w pkt 8.4. SIWZ Uzupełniony dokument nie potwierdzał jednak spełniania przez wykonawcę Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Przedmiotowy dokument podlegający uzupełnieniu został bowiem wystawiony w dniu 25 listopada 2010 r. tj. w dwa dni po terminie składania ofert upływającym w dniu 23 listopada 2010 r. W konsekwencji uchybienia wykonawca Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona. W dniu 14 grudnia 2010 roku wykonawca dokonał wyboru oferty Remondis Sp. z o.o. Oddział Sosnowiec jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego zaistniały w przedmiotowym postępowaniu stan faktyczny nosi znamiona „zmowy przetargowej”, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 roku, nr 50, poz. 331 - z późn. zm.), co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Wykonawcy Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. oraz Remondis Sp. z o.o. Oddział Sosnowiec stanowią własność Remondis International GmbH, a więc należą do jednej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 ust 1. pkt 14 ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów(Dz. U. z 2007 roku, nr 50, poz. 331 - z późn. zm.).

Jedynym właścicielem pierwszego z Wykonawców - Spółki Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. - jest spółka Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o., której to jedynym właścicielem jest Spółka Remondis Sp. z o.o. - drugi z wykonawców, ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia z pośrednictwem Oddziału Sosnowiec. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu brały udział dwa bezpośrednio powiązane ze sobą kapitałowo podmioty, należące do jednej grupy kapitałowej.

Według Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, iż jeden z podmiotów należący do tej samej grupy kapitałowej (oferujący niższą cenę) składa ofertę zawierającą usuwalne braki formalne. Drugi z podmiotów należący do tej samej grupy kapitałowej, składa ofertę zawierającą cenę wyższą, przy czym oferta drugiego z podmiotów nie zawiera braków formalnych. Z chwilą otwarcia ofert i ogłoszenia cen, wykonawca oferujący cenę niższą nie uzupełnia następnie brakujących dokumentów umożliwiając w ten sposób uzyskanie zamówienia przez podmiot oferujący cenę wyższą. Dzieje się tak jedynie w sytuacji gdy pomimo nieuzupełnienia dokumentu, zamówienie zostanie udzielone drugiemu z wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż podobną praktykę przyjęły w/w podmioty ubiegając się o udzielenie zamówienia „na wywóz odpadów komunalnych” prowadzonego przez Urząd Miejski w Bytomiu. Operacja dokonana została jednak w innej konfiguracji za pośrednictwem spółek Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. oraz Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. Podobnie jak w niniejszym postępowaniu jeden z podmiotów - w tym wypadku Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. - oferujący niższą cenę (148.058,47 zł), złożył ofertę zawierającą usuwalne braki formalne. Drugi z podmiotów należący do tej samej grupy kapitałowej - Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. - złożył natomiast ofertę zawierającą cenę wyższą (162.995,85 zł), przy czym oferta drugiego z podmiotów nie zawiera braków formalnych. Z chwilą otwarcia ofert i ogłoszenia cen, wykonawca oferujący cenę niższą nie uzupełnił brakujących dokumentów, umożliwiając w ten sposób uzyskanie zamówienia przez podmiot oferujący cenę wyższą, albowiem oferta zawierająca cenę 81.486,74 zł zawierała błąd rachunkowy.

W obu wypadkach stosunek ceny wyższej do ceny niższej w przypadku obu ofert jest również zbliżony i wynosi w niniejszym postępowaniu 1,07 natomiast w postępowaniu UM Bytom 1,10. Dodatkowo w obu wypadkach nieuzupełnienie braków formalnych miało miejsce w sytuacji gdy oferta zawierająca cenę wyższą zapewniała uzyskanie zamówienia. Uzasadnia to, iż wykonawcy podlegają w sposób hierarchiczny decyzji jednego kierownictwa, realizując wcześniej przyjęty model postępowania.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 27 grudnia 2010 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Remondis Sp. z o.o. Oddział w Sosnowcu, 41-203 Sosnowiec, ul. Baczyńskiego 11 (zwany dalej: „Przystępującym”).

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 12 października 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2010 r. pod numerem 2010/S 202-308240.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 12 października 2010 r. do dnia 23 listopada 2010 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone przez trzech Wykonawców:

1. Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. – 867.171,44 zł,
2. Remondis Sp. z o.o., Oddział w Sosnowcu – 925.107,02 zł,
3. Ekośrodowisko Sp. z o.o. – 1.059.177,25 zł.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 23 listopada 2010 r. W dniu 30 listopada 2010 roku Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. wzywając go do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt 8.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W odpowiedzi przekazanej Zamawiającemu pismem z dnia 2 grudnia 2010 r. wykonawca Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. przedłożył tytułem uzupełnienia dokument, o którym mowa w pkt 8.4. SIWZ Uzupełniony dokument wystawiony został na dzień 25 listopada 2010 r. tj. w dwa dni po terminie składania ofert, który upływał w dniu 23 listopada 2010 r.

Pismem z dnia 14 grudnia 2010 r. Zamawiający wykluczył wykonawcę Spectrum Silesia Service Sp. z o.o., uznając jego ofertę za odrzuconą.

W dniu 14 grudnia 2010 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Remondis Sp. z o.o. Oddział Sosnowiec i uznał ją jako najkorzystniejszą.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismem z dnia 14 grudnia 2010 r.) została przekazana Odwołującemu w dniu 14 grudnia 2010 r. za pośrednictwem faksu.

Izba ustaliła, także, że spółki Spectrum Silesia Service Sp. z o.o. oraz Remondis Sp. z o.o. są ze sobą powiązane w ten sposób, t.j. spółka Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. posiada udziały spółki Spectrum Silesia Service Sp. z o.o., zaś spółka Remondis International GmbH posiada udziały spółki Remondis Sp. z o.o., zaś udziały spółki Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. posiada spółka Remondis Sp. z o.o. oraz Gmina Tarnowskie Góry.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, ofertę Przystępującego, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu wejścia w życie ustawy 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) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Zdaniem Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zachowanie odrzucenia oferty Przystępującego może pozbawić Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym naraża go na poniesienie szkody.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 27 grudnia 2010 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Remondis Sp. z o.o. Oddział w Sosnowcu, 41-203 Sosnowiec, ul. Baczyńskiego 11, zaś wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 grudnia 2010 r.

Biorąc pod uwagę przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Remondis Sp. z o.o., gdyż zgłosił przystąpienie w terminie ustawowym (t.j. w dniu 27 grudnia 2010 r., ponieważ 3 dzień jako dzień ustawowo wolny od pracy upływał w dniu 25 grudnia 2010 r.), liczonym od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, co miało miejsce w dniu 22 grudnia 2010 r. Tym samym zdaniem Izby zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w świetle powyższego przepisu należało uznać za skuteczne.

Ponadto 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.

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

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

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutów w pierwszej kolejności Izba ustaliła, że istota rozpoznania niniejszego odwołania sprowadza się do oceny czy w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z istnieniem „zmowy przetargowej” i czy w konsekwencji Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy Remondis Sp. z o.o. Oddział w Sosnowcu, 41-203 Sosnowiec, ul. Baczyńskiego 11 (zwanego dalej: „Przystępującym”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Następnie Izba zajęła się rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp oraz w konsekwencji również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego złożonej, według twierdzeń Odwołującego jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia powyższych przepisów nie potwierdziły się w zebranych materiale dowodowym. Izba dokonując analizy materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, stwierdziła, że brak jest podstaw uzasadniających odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie argumentacji wskazanej przez Odwołującego w odwołaniu złożonym w dniu 24 grudnia 2010 r.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Ponadto 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 wpływianie 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.

Dla stwierdzenia „zmowy przetargowej” konieczne jest wykazanie, iż na podstawie przedstawionych dowodów doszło do negatywnych zjawisk/przejawów wskutek skoordynowanych działań co najmniej dwóch przedsiębiorców. Aby stwierdzić istnienie porozumienia między przedsiębiorstwami, konieczne jest wykazanie, że określone decyzje podjęte przez przedsiębiorców nie były samodzielne, lecz w uzgodnieniu podjętym w jakiegokolwiek formie (umów, uchwał, czy też innych porozumień podjętych w formie uzgodnionej praktyki).

Stąd też skoro Odwołujący podnosi, iż w niniejszym postępowaniu dopuszczono się czynu nieuczciwej konkurencji 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.), to powinien powyższe wykazać, wskazując w tym zakresie na konkretne dowody uzasadniające istnienie takiego porozumienia, tzw. „zmowy przetargowej”.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż: *„w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, iż jeden z podmiotów należący do tej samej grupy kapitałowej (oferujący niższą cenę) składa ofertę zawierającą usuwalne braki formalne, zaś drugi z podmiotów należący do tej samej grupy kapitałowej, składa ofertę zawierającą cenę wyższą, przy czym oferta drugiego z podmiotów nie zawiera braków formalnych”*, należy stwierdzić iż powyższa argumentacja Odwołującego jest niewystarczająca do stwierdzenia istnienia takiej „zmowy przetargowej” i nie zasługuje w konsekwencji na uwzględnienie.

Należy podkreślić, iż zakwalifikowanie danego zachowania wykonawcy i uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga analizy i oceny konkretnego stanu faktycznego.

Jednakże, co należy wyraźnie podkreślić, iż nie można z góry założyć, że wykonawcy, których łączy stosunek zależności nie mogą brać udziału w tym samym postępowaniu przetargowym, ze względu na powiązania kapitałowe, prowadzoną politykę handlową czy też działalność gospodarczą.

Izba przypomina, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym, złożenie ofert przez spółki działające w ramach jednej grupy kapitałowej, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w oparciu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Izba podziela pogląd, iż istnienie

„zmowy przetargowej” powinno być oceniane na podstawie całokształtu okoliczności przedstawionych Izbie w toku postępowania odwoławczego.

Jednakże, zdaniem Izby w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp nie można przyjąć domniemania, iż działania wykonawców powiązanych ze sobą kapitałowo należy kwalifikować jako działania jednego podmiotu, co w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle zapisu 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.).

Przyjęcie takiego domniemania byłoby, zdaniem Izby zbyt dalekoidące oraz sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych w obowiązującym jej kształcie i prowadzić może do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, wedle którego *„uregulowanie, oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu, bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami”* (wyrok ETS w sprawach połączonych C 21/03 i C 34/03 Fabricom przeciwko państwu belgijskiemu z dnia 3 marca 2005 r.).

Na aprobatę zasługuje pogląd, w myśl którego grupy kapitałowe spółek mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, stąd też nie można arbitralnie założyć, że wykonawcy powiązani ze sobą kapitałowo nie będą dysponowali pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. Ustalenie czy rozpatrywany stosunek zależności miał wpływ na treść ofert przedstawionych przez zainteresowanych wykonawców w ramach tego samego postępowania przetargowego, wymaga rozpatrzenia i oceny stanu faktycznego, czego powinien dokonać Zamawiający dokonując szczegółowej analizy złożonych ofert. Dopiero ustalenie i prawidłowa ocena takiego wpływu, niezależnie jaką postać przybierze, uzasadniać będzie odrzucenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Natomiast samo stwierdzenie, że zainteresowani wykonawcy w tym samym postępowaniu przetargowym pozostają względem siebie w stosunku zależności, nie wystarczy do automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp bez dokonania analizy, czy taki stosunek zależności miał wpływ na zachowania wykonawców w ramach jednego postępowania przetargowego (orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 maja 2009 r., w sprawie C 538/07 Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura Milano).

Co do argumentacji Odwołującego, iż „podobna praktyka przyjęta została przez podmioty powiązane ze sobą kapitałowo w postępowaniu na wywóz odpadów komunalnych prowadzonym przez Urząd Miejski w Bytomiu, w którym to operacja dokonana została jednak w innej konfiguracji za pośrednictwem spółek Spectrum Silesia Services Sp. z o.o. oraz Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o., gdzie jeden z podmiotów - w tym wypadku Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. - oferujący niższą cenę, złożył ofertę zawierającą usuwalne braki formalne, drugi z podmiotów należący do tej samej grupy kapitałowej - Spectrum Silesia Services Sp. z o.o. - złożył natomiast ofertę zawierającą cenę wyższą, przy czym oferta drugiego z podmiotów nie zawierała braków formalnych. Z chwilą otwarcia ofert i ogłoszenia cen, wykonawca oferujący cenę niższą nie uzupełnił brakujących dokumentów, umożliwiając w ten sposób uzyskanie zamówienia przez podmiot oferujący cenę wyższą” należy stwierdzić, że w toku niniejszego postępowania odwoławczego Odwołujący nie wykazał, że równoległe działania/zaniechania wykonawców w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Bytom miały swoje bezpośrednie przełożenie na treść złożonych ofert w niniejszym postępowaniu i wpływ na jego wynik oraz iż równoległe zachowania tych wykonawców są wyłącznie działaniami uzgodnionymi, skoordynowanymi oraz ze sobą powiązanymi.

Zdaniem Izby równoległe, niezależne od siebie działania wykonawców podejmowane przez nich w toku innego postępowania nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto Odwołujący sam na rozprawie przyznał, iż nie posiada szczegółowych informacji kto sporządzał oferty złożone przez wykonawców Spectrum Silesia Services Sp. z o.o. oraz Remondis Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu, stąd też argumentacja Odwołującego co celowości działań tych wykonawców nie została poparta konkretnymi dowodami, dlatego trudno stwierdzić w niniejszym postępowaniu że równoległe zachowania tych wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej były działaniami uprzednio uzgodnionymi i ukierunkowanymi na wybór oferty wykonawcy Remondis Sp. z o.o. zawierającej wyższą cenę w niniejszym postępowaniu.

Kolejną uwagę, którą należy podnieść, która zdaniem Izby nie przesądza jednoznacznie o istnieniu „zmowy przetargowej” to wyłącznie subiektywne przekonanie Odwołującego nieoparte jednocześnie konkretnymi dowodami w tym zakresie, iż oferta złożona przez wykonawcę Spectrum Silesia Services Sp. z o.o. zawiera cenę na granicy opłacalności.

Izba wskazuje, iż na wykonawcy, który skorzysta z prawa zaskarżenia czynności Zamawiającego spoczywa ciężar wykazania, że konkretne zachowanie Zamawiającego

(działanie bądź zaniechanie) w przedmiotowym postępowaniu jest sprzeczne z przepisami ustawy. Odwołujący powinien przedstawić na tą okoliczność konkretne dowody.

Rozpoznając zarzuty odwołania oraz analizując argumentację Odwołującego przywołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (choćby orzeczenie KIO z dnia 14 września 2010 r., sygn. akt KIO 1874/10), należy uznać, iż niniejsze orzecznictwo niejednokrotnie odnosi się do odmiennych stanów faktycznych, dlatego też nie wystarczy, że wykonawca powoła się w tym zakresie na bogate orzecznictwo, konieczne jest przede wszystkim wykazanie okoliczności, z których wywodzone są określone skutki prawne.

Mając powyższe na względzie argumentacja Odwołującego nie może się ostać w świetle braku dowodów wskazujących na istnienie w niniejszym stanie faktycznym „zmony przetargowej” będącej podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

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

.....

.....