

WYROK

z dnia 3 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 marca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 lutego 2014 r.** przez wykonawcę **MPK Sp. z o.o., ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Sokołów Podlaski, ul. Wolności 21, 08-300 Sokołów Podlaski,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego MPK Sp. z o.o., ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego MPK Sp. z o.o., ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 **Siedlcach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Sokołów Podlaski z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy,” (Dziennik Urzędowy UE 2013/S 368086-2013 z 31.10.2013 r.), w dniu 17 lutego 2014 r. wobec czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zostało wniesione odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę MPK Sp. z o.o. z siedzibą Ostrołęce (dalej odwołujący lub MPK Sp. z o.o.), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Odwołanie zostało wniesione skutkiem powiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego - przesłanego faksem w dniu 7 lutego 2014 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Miastu Sokołów Podlaski naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, tj.:

I. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez bezpodstawne uznanie przez zamawiającego, że złożenie oferty przez odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na rzekome wystąpienie zmowy przetargowej pomiędzy odwołującym a spółką Czyścioch BIS Sp. z o.o., albowiem treść ofert złożonych przez odwołującego oraz spółkę Czyścioch BIS Sp. z o.o., jak i treść innych dokumentów składanych przez te podmioty w ocenie zamawiającego dowodzi, jakoby podmioty te uzgodniły sposób postępowania w toku postępowania przetargowego w celu uzyskania wpływu na wynik postępowania i dokonania wyboru określonego wykonawcy, tj. odwołującego, ograniczając i utrudniając zarazem dostęp do rynku, podczas gdy prawidłowo ocenione okoliczności faktyczne sprawy nie dają podstawy do przyjęcia, że złożenie oferty przez odwołującego wypełniało znamiona „zmowy przetargowej”, co dopiero mogłoby uzasadniać zgodne z prawem jej odrzucenie, a dodatkowo zamawiający pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu, nie wykazał w jakikolwiek sposób zasadności formułowanych przez siebie twierdzeń;

II. art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez zamawiającego i sporządzenie niepełnego, sprzecznego wewnętrznie uzasadnienia czynności w postaci odrzucenia oferty odwołującego, a także niepoprawne powołanie podstawy prawnej odrzucenia oferty;

III. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w celu udzielenia mu zamówienia w sytuacji, gdy oferta ta była najkorzystniejsza przy uwzględnieniu przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert;

IV. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego oraz bezpodstawnym w tych okolicznościach, zaniechaniu uznania oferty odwołującego za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, a także art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez nie wezwanie odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym firm spółek należących do tej samej grupy kapitałowej;

V. art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24 b ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołujący naruszył te przepisy nie składając prawidłowego oświadczenia, co do firm spółek należących do tej samej grupy kapitałowej;

VI. innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności w postaci odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 4) dopuszczenie dowodu z dokumentów z akt postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia prowadzonego przez Miasto Sokółów Podlaski, w tym z dokumentów powołanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na okoliczności tam wskazane;
- 5) dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, na okoliczności w nim wskazane;
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jest przedsiębiorcą specjalizującym się m.in. w prowadzeniu działalności w zakresie gospodarki

odpadami komunalnymi. Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 Pzp, albowiem ma on interes w uzyskaniu zamówienia objętego prowadzonym przez zamawiającego postępowaniem i w konsekwencji posiada interes w złożeniu odwołania. Niewyeliminowanie z obrotu niezgodnych z prawem czynności zamawiającego może doprowadzić do powstania po stronie odwołującego szkody związanej z brakiem udzielenia zamówienia publicznego i nieosiągnięciem podstawowego celu prowadzonej działalności, jaką jest generowanie zysku. Z kolei czynność i zaniechania zamawiającego w postępowaniu w konsekwencji są tożsame z naruszeniem przepisów ustawy, mającym wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wyjaśniał, że do wyznaczonego terminu składania ofert, tj. 13 grudnia 2013 r. oferty w postępowaniu złożyli m.in. odwołujący oraz wykonawca Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach (16- 400), przy ul. Hubala 18.

W dniu 17 grudnia 2013 r. wezwano odwołującego do uzupełnienia oferty o aktualne zaświadczenie z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego określone w pkt VI.2 ppkt 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SIWZ) oraz dokumentów potwierdzających odbiór odpadów komunalnych, jako dowód wiedzy i doświadczenia określonych w pkt VI. 1 lit. a SIWZ. W następnym dniu, tj. 18 grudnia 2013 r., odwołujący uzupełnił ofertę o brakujące dokumenty. Po uzupełnieniu zdaniem odwołującego, jego oferta była kompletna i w pełni zgodna z SIWZ.

Dowód: wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów z dnia 17 grudnia 2013 r.; odpowiedź odwołującego z dnia 18 grudnia 2013 r.

Jak wynika z uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty, wykonawca Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach został wezwany do uzupełnienia oferty o aktualne zaświadczenie z właściwego urzędu skarbowego określonego w pkt V 1.2 ppkt 3 SIWZ oraz aktualnego zaświadczenia z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia.

Zamawiający uznał złożone, w wyniku wezwania przez tegoż wykonawcę zaświadczenia za nieaktualne, a ofertę Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach uznał za niekompletną.

Dowód: zawiadomienie o odrzuceniu oferty z dnia 7 lutego 2013 r.; wezwanie do uzupełnienia dokumentów wystosowane do wykonawcy Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach.

Zgodnie z wymogiem określonym w przepisach Pzp odwołujący dołączył do oferty oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej w, skład której wchodziły:

1. Czyścioch Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (15-691), przy ul. Kleeberga 20,
2. Tojtoj Sp. z o.o. siedzibą w Białymstoku (15-691), przy ul. Kleeberga 20,
3. RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce (07-401), przy ul. Kołobrzeskiej 5,
4. PPHU Comprex J..... S..... wykonujący działalność gospodarczą w Ostrołęce (07-410), przy ul. 11 listopada 139,
5. ZZO Sokółka sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (15-691), przy ul. Kleeberga 20,
6. Ekopartner J..... S..... i wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Białymstoku (15-691), przy ul. Kleeberga 20.

Dowód: oferta odwołującego - Załącznik nr 6 do oferty;

Natomiast Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach (16- 400), przy ul. Hubala 18 w oświadczeniu o przynależności do grupy kapitałowej wskazał:

1. ZZO Euro-Sokółka Sp. z o.o. z siedzibą w Sokółce (16-100), przy u. Kolejowej 25.

Dowód: zawiadomienie o odrzuceniu oferty z dnia 7 lutego 2013 r.; oferta Czyścioch BIS.

W dniu 7 lutego 2014 r. zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował o odrzuceniu ofert odwołującego i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach.

Jako podstawę odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej „zkn”) oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (zwanej dalej „uokik”).

Oprócz zaskarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego, zdaniem odwołującego, zamawiający wbrew treści art. 91 ust. 1 Pzp nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, ani też nie unieważnił postępowania wbrew treści art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Na wstępie, odwołujący podnosił, że podstawą odrzucenia oferty nie mógł być „art. 6 ust. 1 pkt 7” ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż ustawa ta nie zawiera takiej jednostki redakcyjnej. Przepis art. 6 tej ustawy dzieli się jedynie na dwa ustępy, które nie zawierają punktów. Zamawiający nie wskazał, zatem prawidłowej podstawy prawnej odrzucenia oferty.

Oceniając przyczyny odrzucenia złożonej oferty, odwołujący doszedł do wniosku, że nie została wypełniona przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Jednocześnie zdaniem odwołującego - zamawiający nie przedstawił przy tym argumentacji, która pozwoliłaby zaskarżonej czynności ostać się w obrocie prawnym.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zbiorczo opisał przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty odwołującego i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, że:

- 1) złożone oferty zostały napisane odręcznym pismem, posiadają identyczną okładkę i niebieski grzbiet (listwa wsuwna) oraz identyczny układ graficzny, zaś nazwa firmy na ofertach została napisana komputerowo identycznym drukiem (czcionka i wielkość liter);
- 2) oferta Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach nie została uzupełniona w ocenie zamawiającego o poprawne dokumenty w postaci zaświadczenia z urzędu skarbowego oraz aktualnego zaświadczenia z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego;
- 3) w załączniku nr 6 do ofert zarówno odwołujący, jak i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach wskazali tożsamy podmiot należący do grupy kapitałowej - tj. ZZO Euro-Sokółka, zaś żaden z oferentów nie złożył oświadczenia, że okoliczność ta nie narusza zasad uczciwej konkurencji zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24b ust. 1 Pzp;
- 4) treść pełnomocnictw w ofercie odwołującego i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach w zakresie punktu 1-3 jest identyczna;
- 5) zarówno odwołujący, jak i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach złożyli gwarancje przetargowe zapłaty wadium pochodzące od tego samego podmiotu, tj. Towarzystwa Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. z siedzibą w Warszawie.

W przypadku oferty odwołującego zamawiający wskazał dodatkowo, że:

- 1) w ofercie odwołującego brak jest strony 25, gdzie winno się znajdować zaświadczenie z ZUS, strony są ponumerowane automatem, zaś brak tej strony świadczy o tym, że strona została wyjęta z oferty celowo;
- 2) oferta została podpisana przez pana M..... B..... S....., Dyrektora ds. Strategii i Rozwoju u odwołującego, zaś z informacji uzyskanych przez zamawiającego od Urzędu Miejskiego w Węgrowie wynika, że w postępowaniu na zagospodarowanie odpadów prowadzonym przez tę jednostkę oferta złożona przez Czyścioch BIS była podpisana również przez pana M..... B..... S.....

Na podstawie powyższych okoliczności zamawiający skonstatował, że Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach i odwołujący umówili się co do sposobu postępowania w zamówieniu prowadzonym przez zamawiającego. Konkretyzacja tych działań stanowiła w ocenie zamawiającego podstawę do przyjęcia, że wystąpiła tzw. zmowa przetargowa w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik oraz art. 3 uznk.

Dowód: zawiadomienie zamawiającego z dnia 7 lutego 2014 r. m.in. w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego;

Odwołujący argumentował, że w myśl art. 6 K.c. w zw. z art. 14 Pzp ciężar udowodnienia określonego faktu spoczywa na osobie, która wywodzi z niego skutki prawne. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podkreślił okoliczności, które nie są tożsame ze stanem udowodnienia, a nawet uprawdopodobnienia popełnienia przez odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji. Z kolei niedopuszczalne jest w tym zakresie przerzucanie obowiązku dowodowego na odwołującego. Zatem zamawiający nie ma racji twierdząc, że „obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie stanowią o konieczności udowodnienia okoliczności naruszenia zasad uczciwej konkurencji”. Zwłaszcza za nieprawidłową uznał tezę, że przepisy ustawy wprowadzają zasadę, że już w przypadku stwierdzenia pewnych zdarzeń, sytuacji faktycznych zamawiający winien odrzucić ofertę lub wykluczyć oferenta z postępowania. Odwołujący stwierdził, że konieczne jest wykazanie tych okoliczności przez zamawiającego, co jest podyktowane obowiązkiem równego traktowania przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie publiczne.

W celu wykazania bezzasadności decyzji zamawiającego, odwołujący odniósł się do poszczególnych argumentów, uznanych przez zamawiającego za świadczące o zмовie przetargowej.

a) Podobieństwo wizualne pomiędzy ofertą odwołującego a ofertą Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach.

Zamawiający stwierdził, że obie oferty zostały napisane odręcznym pismem, zawierają takie same okładki oraz niebieski grzbiet (listwa wsuwna), identyczny układ graficzny, zaś nazwa firm na ofertach jest napisana identycznym drukiem (czcionka i wielkość liter).

W przekonaniu odwołującego, okoliczność ta w żaden sposób nie świadczy o zaistnieniu zarzucanej zмовy przetargowej. Po pierwsze, wypisywanie ofert pismem odręcznym jest powszechnym zjawiskiem wśród wykonawców, Oferty zostały wypisane przy tym przez różne osoby różnym charakterem pisma. Miejsce pozostawiane przez zamawiającego na wypełnienie w ofercie wymaganych informacji *de facto* wymusiło na oferentach wpisywanie danych odręcznie. Bezsporne jest natomiast, że oferta winna być złożona na formularzu określonym przez zamawiającego. Stąd też nie uznał, że odręczne wypełnienie ofert przez odwołującego i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach nie świadczy o jakimkolwiek uzgodnieniu pomiędzy nimi ich treści (istnieniu zмовy).

Dodatkowo, fakt podobieństwa okładki oferty odwołującego i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach również w żaden sposób nie może wykazywać istnienia zмовy.

Odwołujący nie godził się z przedstawianiem mu zarzutu z tego powodu, że korzysta z produktów ogólnie dostępnych na rynku artykułów biurowych, w tym tych dostępnych także wykonawcy Czyścioch BIS Sp. z o.o.

Dodatkowo wskazywał na okoliczność, że oferta MPO Sp. z o.o. złożona w prowadzonym postępowaniu, również została wypełniona pismem odręcznym. To powoduje, że formułowanie zarzutu w tej mierze względem odwołującego nie dość, że nie jest uzasadnione (skoro oferta innego wykonawcy, któremu zamawiający nie stawia zarzutu z umowy również została wypełniona pismem odręcznym), to wywołuje wątpliwości co do równego traktowania wykonawców.

Dowód: oferta MPO sp. z o.o.

Odwołujący podnosił, że zamawiający nie rozwinął uzasadnienia zarzutu w postaci tożsamego układu graficznego ofert odwołującego i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, w związku z czym nie sposób się odnieść do sformułowanego w ten sposób zarzutu. Wyjaśniał, że nazwa „firmy”, która została wpisana rzekomo tę samą czcionką wynika z predefiniowanej wielkości czcionki ustawionej przez zamawiającego w wersji elektronicznej formularza ofertowego. Zatem nie zgodził się z powyższym zarzutem. Zaznaczał, że w formularzu ofertowym użyto czcionki Times New Roman, zatem konsekwentne było użycie przez odwołującego tej samej czcionki przy oznaczaniu nazwy wykonawcy. Fakt, że Czyścioch BIS Sp. z o.o. również wpisał firmę spółki tożsamą czcionką nie może budzić, zatem zdziwienia. Zarazem nie może to jednak świadczyć o zawarciu umowy przetargowej przez obydwu wykonawców.

Za uprawnioną poczytał swoją konstatację, że oferty odwołującego i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach nie wykazują podobieństw, mogących choćby sugerować istnienie umowy przetargowej.

Niezależnie od powyższego, odwołujący przywołał orzecznictwo KIO, w którym prezentowany jest pogląd, że nawet graficzne podobieństwo nie świadczy o zawarciu umowy (tak np. KIO sygn. akt: KIO 2276/12 z dnia 30 października 2012 r.). W wyroku tym wskazano, że podobieństwo ofert nie dowodzi działań niezgodnych z prawem i niedopuszczalnych również ustawą Prawo zamówień publicznych, takich jak zawarcie porozumienia pomiędzy wykonawcami, o której stanowi wskazany art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również współpracy kwalifikowanej, jako zjawisko nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym art. 3 ust. 1 oraz art. 5 ust. 1 pkt 5 tej ustawy.

Ponadto, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1244/10 stwierdzono, że: "(...) *Ewentualne uchybienia (niezgodności z*

wymaganiami siwz), co do kształtu przygotowanej oferty, sposobu oznaczenia lub prezentacji załączników czy formy prezentacji całej treści oferty pozostaje bez znaczenia dla oceny oferty w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przygotowanie oferty w formie nieodpowiadającej wymaganiom zamawiającego pozbawione jest sankcji w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p, który wyraźnie referuje do treści oferty, a nie jej formy (...) - Zamawiający powinien być skupić się na treści, nie na formie graficznej”.

b) Fakt niezpełnienia dokumentów przez Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach.

Odwołujący powoływał się na okoliczność, iż są to niezależne od siebie podmioty. Fakt, że inny podmiot składający ofertę w postępowaniu, oferujący niższą cenę nie składa poprawnych dokumentów (w konsekwencji czego jego oferta podlega odrzuceniu) uznał odwołujący za irrelevantny dla oceny swego postępowania w przetargu. Zaznaczał, że nie ma jakichkolwiek okoliczności przemawiających za tym, że złożenie niewłaściwych wg zamawiającego dokumentów przez Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach było w jakikolwiek sposób skorelowane z faktem złożenia poprawnej oferty przez odwołującego.

W interesie każdego wykonawcy jest dołożenie należytej staranności w celu umożliwienia poddania oferty ocenie przez zamawiającego. W tym kontekście ewentualne zaniedbania po stronie Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach nie mogą wywoływać negatywnych konsekwencji wobec odwołującego. Z tego powodu uznał argument zamawiającego za nietrafiony i całkowicie bezpodstawny.

c) Rzekome występowanie tej samej spółki handlowej w ramach grupy kapitałowej odwołującego i grupy kapitałowej Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach.

Odwołujący podkreślał, że zamawiający dokonał nieuprawnionego utożsamienia dwóch różnych spółek handlowych. W ofercie odwołującego (Załącznik nr 6 do oferty) wskazano, jako podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej spółkę ZZO Sokółka Sp. z o.o. Z kolei jak wynika z uzasadnienia odrzucenia ofert, spółka Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach wskazała jako podmiot należący do grupy kapitałowej m.in. spółkę ZZO Euro-Sokółka Sp. z o.o.

Odwołujący zwracał uwagę, że są to dwa odrębne podmioty prawa, posiadające siedziby w odrębnych miejscowościach. Nie są w żaden sposób powiązane kapitałowo czy osobowo. W związku z tym konstatację zamawiającego w zakresie istnienia jakoby tych samych podmiotów w grupach kapitałowych uznał za nieuprawnioną. Takie uznanie poczytał za wyniki pomyłki zamawiającego przy odczytywaniu treści oferty odwołującego i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach.

Dowód: odpis z KRS ZZO Sokółka Sp. z o.o.; odpis z KRS ZZO Euro-Sokółka Sp. z o.o.

Zaznaczał, że z tego powodu po stronie odwołującego nie było obowiązku składania oświadczenia w trybie art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24b Pzp. W konsekwencji, powoływanie się przez zamawiającego na tę okoliczność, przyjął za nieporozumienie, które prawdopodobnie wywołało u zamawiającego błędne przekonanie o zaistnieniu zmywy przetargowej. Żaden bowiem z pozostałych argumentów nie wskazuje na jakiegokolwiek związku odwołującego ze spółką Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach.

d) Zbieżność treści pełnomocnictw udzielonych przez odwołującego oraz Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach do występowania w postępowaniu przetargowym oraz okoliczność występowania przez pełnomocnika odwołującego w innym postępowaniu przetargowym również w imieniu Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach.

Kolejną w ocenie zamawiającego okolicznością przemawiającą za istnieniem rzekomej zmywy przetargowej była treść pełnomocnictwa w zakresie punktów 1-3 dołączonych do oferty odwołującego i oferty Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach. Odwołujący podnosił, że pełnomocnictwo wystawione przez odwołującego panu M..... B..... S..... w punktach 1-3 wskazuje na typowe, standardowe czynności jakie mogą i winny być podejmowane przez pełnomocnika w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

(pkt 1) - potwierdzanie za zgodność z oryginałem dokumentów;

(pkt 2) - podpisywanie ofert przetargowych;

(pkt 3) - podpisywanie wszelkich dokumentów składanych przez spółkę w trakcie trwania postępowania przetargowego.

Odwołujący wyjaśniał, że udziały w spółce Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach były do 31 sierpnia 2013 r. własnością odwołującego. W związku z tym pewne typowe sformułowania mogą być wykorzystywane obecnie przez Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach. Niezależnie od tego, wskazywał, że nawet bez uprzedniej więzi kapitałowej rodzaj czynności, do których zostali umocowani pełnomocnicy przy składaniu oferty MPK oraz Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach w żadnym stopniu nie odbiega od typowej, wzorcowej treści pełnomocnictwa do złożenia oferty w toczącym się postępowaniu. W szczególności treść pełnomocnictwa nie obejmuje szczegółowych czynności, które mogą być podejmowane w postępowaniu i wykazuje się dużym poziomem standardowości. To czyni wnioskowanie zamawiającego - nieuprawnionym. Dodatkowo odwołujący zauważył, że obaj wykonawcy brali wcześniej udział w tych samych postępowaniach przetargowych i mają dostęp do standardowych dokumentów załączanych przez nich do ofert (przykładowe postępowanie prowadzone w wyniku ogłoszenia o

zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19/01/2013 r. nr 2013/S 014-019526 (usługi). Zamawiający pominął również różnice w treści obu pełnomocnictw (pkt 4 pełnomocnictwa udzielonego przez odwołującego), jak i np. fakt ujęcia w treści pełnomocnictwa Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach sposobu reprezentacji osoby podpisującej dokument, w sytuacji, gdy pełnomocnictwo udzielone przez odwołującego zostało podpisane na przystawionej pieczęci Prezesa Zarządu. Pełnomocnictwa wypisane zostały także różną czcionką.

Odnosząc się z kolei do zarzutu dotyczącego składania oferty przez pana B..... S..... w imieniu MPK (w kontekście złożenia w innym postępowaniu i w innym czasie oferty przez tę samą osobę w imieniu Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, okoliczność ta w żaden sposób nie świadczy, a nawet nie ma zdolności wykazania tezy o istnieniu zmywy przetargowej – jak przekonywał odwołujący, wyjaśniając dalej, że pan M..... B..... S..... zawarł z Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach umowę o dzieło z dnia 4 listopada 2013 r., której przedmiotem było przygotowywanie ofert w imieniu Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, jednak z wyłączeniem ustalania ceny oferty. Na podstawie tej umowy ww. dokonywał czynności w związku z postępowaniem przetargowym prowadzonym przez Urząd Miejski w Węgrowie. Jednocześnie w tym okresie (25.11.13 - 28.11.13) pan M..... B..... S..... przebywał na urlopie u odwołującego.

Dowód: umowa o dzieło z dnia 4 listopada 2013 r. zawarta przez Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach; wniosek urlopowy M..... B..... S.....;

Zatem podejmowanie czynności przez p. M..... B..... S..... w innym postępowaniu w imieniu Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach w ocenie odwołującego w żaden sposób nie jest argumentem wspierającym tezę zamawiającego o istnieniu rzekomej zmywy przetargowej.

e) Przedłożenie przez odwołującego gwarancji zapłaty wadium udzielonej przez tożsamy podmiot.

Za kolejny absurdalny wręcz argument użyty przez zamawiającego przy uzasadnianiu istnienia zmywy przetargowej, odwołujący uznał przywoływaną okoliczność uzyskania zarówno przez odwołującego, jak i przez Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach gwarancji przetargowej zapłaty wadium u tego samego podmiotu, tj. Towarzystwa Ubezpieczeń Eurel Hermes S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wskazywał, że ubezpieczyciel ten prowadzi działalność na terytorium całego kraju poprzez stronę internetową, zatem zasięgiem działania obejmuje nieograniczony krąg odbiorców. Podmiot ten cieszy się dużym zainteresowaniem ze strony przedsiębiorców zajmujących się gospodarką odpadami. Z tego względu fakt, że zarówno odwołujący, jak i

Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach uzyskały gwarancję zapłaty wadium u tożsamego podmiotu nie może świadczyć w jakikolwiek sposób o powstaniu zmowy przetargowej. Jak wynika nawet z uzasadnienia zakwestionowanej czynności Zamawiającego, gwarancje nie posiadają kolejnych numerów (10/019315/13 i 10/019318/13). Gwarant wystawił, zatem jeszcze dwie gwarancje pomiędzy wydaniem obu wskazanych przez zamawiającego dokumentów.

Za absurdalny uznał odwołujący wniosek, jakoby uzyskanie gwarancji zapłaty wadium u tego samego podmiotu było wynikiem zmowy z uwagi na miejsce siedziby odwołującego (Ostrołęka) i Czyścioch BIS sp. z o.o. (Suwałki).

f) Brak strony nr 25 w ofercie odwołującego.

Argumentem przemawiającym w ocenie zamawiającego za istnieniem zmowy - był fakt braku strony 25 w ofercie odwołującego (zaświadczenie z ZUS). W rzeczywistości fakt, że strony były numerowane „automatem”, zaś w momencie kompletowania oferty zabrakło zaświadczenia z ZUS, było zwykłym niedopatrzaniem ze strony odwołującego. Na wezwanie zamawiającego m.in. brakujący dokument został uzupełniony. Doświadczenie życiowe podpowiada, że nawet po ponumerowaniu kart w ofercie są one rozkładane, przeglądane, a zatem nietrudno o pominięcie jakiejś kartki przed trwałym złączeniem oferty. W związku z tym wniosek zamawiającego, jakoby niezłączenie w pierwotnie złożonej ofercie strony nr 25 było działaniem umyślnym, nie zostało w żaden sposób wykazane, a ponadto nie odpowiada ono rzeczywistości.

Powyższe okoliczności zdaniem odwołującego dowodzą, że w sprawie nie zostało nawet w jakikolwiek sposób uprawdopodobnione zawarcie zmowy przetargowej pomiędzy odwołującym a Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach. W myśl art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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. W myśl tego przepisu zakazane są porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców warunków składanych ofert. Zgodnie z definicją zawartą w „Słowniczku” ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 4 pkt 5 uokik) przez pojęcie „porozumienia” należy rozumieć a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców

lub ich organów statutowych. Powyższe oznacza, że dla wykazania przedsiębiorcy dopuszczenia się praktyki naruszającej konkurencie konieczne jest wykazanie przede wszystkim 1) świadomego zawarcia porozumienia 2) antykonkurencyjnego celu bądź skutku takiego porozumienia 3) uzasadnienia ekonomicznego dla rzekomego porozumienia 4) objęcia porozumieniem warunków składanych ofert. Mając na względzie brzmienie powyższej normy i rzeczywisty stan faktyczny, odwołujący stwierdził, że nie było podstaw do uznania, że odwołujący zawarł z Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach antykonkurencyjne porozumienie określone w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

Odwołujący podnosił, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty zamawiający nie podjął próby analizy powyższych przesłanek, które muszą być kumulatywnie spełnione dla uznania danego działania za mające charakteru zmowy. Uzasadnienie to nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że odwołujący i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach zawarli świadome porozumienie, o antykonkurencyjnym charakterze, bądź wywołujące w istocie taki skutek. Nie zostało również nawet uprawdopodobnione, jakie miałyby być rzekome uzasadnienie ekonomiczne dla takiego działania po stronie odwołującego i Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, skoro Spółki te nie należą do tej samej grupy kapitałowej i konkurują ze sobą na rynku, czego najlepszym przykładem są różne ceny podane w ofertach.

Odwołujący zaznaczył, że dla uznania działania podmiotów za sprzeczne z regułami konkurencji konieczne jest wykazanie, że ograniczyły one swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Przywołał stanowisko zajęte przez KIO w wyroku z dnia 30 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2276/12), stosownie do którego *„Zdaniem Izby wskazane okoliczności mogą potwierdzać współpracę dwóch podmiotów na etapie składania wniosków. Mogą też wskazywać na ich współpracę na etapie przygotowywania treści merytorycznej ofert. Jednakże obiektywnie to nie dowodzi zmowy przetargowej, o której stanowi art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, czy też czynu nieuczciwej konkurencji, o którym stanowi art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*.

Zatem nawet w razie całkowicie bezpodstawnego przyjęcia istnienia jakiegokolwiek współpracy pomiędzy odwołującym a Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, nie świadczy to jeszcze obiektywnie o istnieniu zmowy przetargowej i uzgadnianiu warunków składanych ofert.

Niezależnie od powyższego odwołujący podnosił, że immanentną cechą porozumienia z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik jest cel bądź skutek porozumienia w postaci ograniczenia bądź wyeliminowania konkurencji czy zakłócenia jej w inny sposób. Oczywiście

jest przy tym, że cel i skutek nie muszą wystąpić łącznie. Niemniej jednak konieczne jest wykazanie jednej z przesłanek dla możliwości stwierdzenia faktu zawarcia porozumienia określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Zgodził się z tezą zawartą z uzasadnieniu skarżonej czynności, że dla udowodnienia antykonkurencyjnego charakteru koordynacji działań, nie jest wystarczające samo stwierdzenie podobnych zachowań przedsiębiorców. Niezbędne jest wykazanie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Argumentację przedstawioną przez zamawiającego i brak dowodów na poparcie formułowanych przezeń okoliczności poczytał za brak zasadności zarzutów zamawiającego.

Podkreślił, że poza koniecznością wykazania istnienia zamiaru zakłócenia konkurencji przez strony zмовы przetargowej musi jednocześnie istnieć ekonomiczne uzasadnienie dla zмовы. Kartele są bowiem tworzone z myślą o maksymalizacji zysków ich uczestników. Przedsiębiorcy uczestniczący w zмовie przetargowej dbają jedynie o własny zysk. Oznacza to, że dla formułowania tezy o zмовie przetargowej konieczne jest stwierdzenie ekonomicznego uzasadnienia porozumienia. Jeżeli bowiem przedsiębiorca, uczestniczący w zмовie, poprzez swoje zachowanie ma umożliwić wygranie przetargu przez innego przedsiębiorcę, to brak uzyskania przezeń zamówienia musi być zrekompensowany przez wygrywający podmiot. Okoliczność ta, jak każda inna w postępowaniu mająca znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, winna podlegać dowodzeniu przez podmiot, który wywodzi z niej skutki prawne. Bez ekonomicznej motywacji wszystkich rzekomo umawiających się podmiotów nie sposób twierdzić o powstaniu kartelu przetargowego, skoro brak jest dowodów, że korzyści osiągnęłyby inne również, poza podmiotem wygrywającym, podmioty. Na gruncie stanu faktycznego, zatem stwierdził, że na zamawiającym ciążył obowiązek wykazania, że owo rzekome porozumienie było ekonomicznie uzasadnione z perspektywy odwołującego oraz Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach. Okoliczność ta również nie została wykazana przez zamawiającego. Zamawiający poprzestał na sformułowaniu ogólnikowych twierdzeń, nie dostrzegając jednocześnie, że immanentną cechą deliktu utrudniania dostępu do rynku (w tym zмовы przetargowej) jest eliminowanie pozostałych konkurentów. Obowiązkiem zamawiającego było wykazanie, że wykonawcy umówili się co do sposobu postępowania w postępowaniu przetargowym w celu wyeliminowania konkurencji bądź wykazanie, że taki skutek nastąpił - ta przesłanka nie została wykazana przez zamawiającego.

W omawianym stanie faktycznym według odwołującego - nie ma podstaw do postawienia tezy o czynie nieuczciwej konkurencji popełnionej przez odwołującego. Odwołujący zaprzeczał, jakoby zawarł z Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach jakiegokolwiek porozumienie - mające na celu uzyskanie wpływu na wynik postępowania czy

mające na celu eliminację konkurencji, tym bardziej nie uzgadniał z tym podmiotem treści złożonej oferty, ani sposobu zachowania przed lub po otwarciu ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, zaprzeczył podstawom do przyjęcia tezy, że złożenie oferty przez odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji sugerowany przez zamawiającego. Stwierdził, że nie została wypełniona przesłanka tzw. zmowy przetargowej, a niezależnie od tego zamawiający wbrew obowiązkowi dowodowemu nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił zawarcia porozumienia nakierowanego na utrudnianie dostępu do rynku, nie mówiąc już o skutku, jaki według niego zaistniał (w postaci jednoczesnego ograniczenia i utrudnienia udziału w postępowaniu innym wykonawcom). Samo złożenie oferty przez odwołującego takiego skutku w prowadzonym postępowaniu nie odniosło. Zauważył, że inni oferenci w prowadzonym postępowaniu złożyli oferty przekraczające ceną budżet zaplanowany przez zamawiającego na realizację zamówienia. Oznacza to, że nawet w razie bezpodstawnego założenia o istnieniu zmowy, nie sposób mówić o jakimkolwiek antykonkurencyjnym jego skutku.

Powyższą argumentację odwołujący wsparł stanowiskiem zaprezentowanym przez KIO w wyroku z dnia 15 maja 2012 r. (sygn. akt 858/12, 861/12), w myśl którego nawet *„uprawdopodobnienie zaistnienia okoliczności, które mogłyby ewentualnie potwierdzać zasadność zarzutu zmowy przetargowej nie może stanowić podstawy do uwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu - stosowne okoliczności muszą być dowiedzione w toku postępowania. (...) W tej części podzielić należy stanowisko odwołującego, wielokrotnie już przytaczane w niniejszej sprawie, co do tego, że przedstawiony przez niego materiał analizować można co najwyżej w kategorii uprawdopodobnienia. Tymczasem w sprawie zastosowanie znajduje art. 6 K.c. W ocenie Sądu brak jest dowodu na zawarcie porozumienia wpływającego na ograniczenie konkurencji na rynku przez działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. (...). W przekonaniu Sądu Okręgowego również powiązania kapitałowe, osobowe i organizacyjne pomiędzy uczestnikami postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, a nawet podobieństwo graficzne (...) graficzne części dokumentów nie dowodzą istnienia pomiędzy nimi porozumienia ograniczającego konkurencję.”*

Zamawiający poza art. 6 uokik wskazał, jako dodatkową podstawę prawną odrzucenia oferty art. 3 ust. 1 uznk. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający nie odniósł się do treści tej normy - stwierdzając w sposób gołosłowny, że jest ona podstawą odrzucenia oferty odwołującego. W tym stanie rzeczy, odwołujący zarzucał, że nie może zwalczać argumentację zamawiającego, której brak. Niezależnie od tego, złożenie prawidłowej i

kompletnej oferty przez odwołującego w żaden sposób nie narusza prawa i dobrych obyczajów, ani nie zagraża bądź narusza interesów innych przedsiębiorców.

Pojęcie dobrych obyczajów z oczywistych względów nie zostało zdefiniowane w przepisach uznk. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że dobre obyczaje są normami postępowania, tak jak zresztą zasady współżycia społecznego, które obowiązują zarówno osoby fizyczne, jak i inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą (J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz, www.legalis.pl). Uznać należy, że na gruncie art. 3 uznk przez dobre obyczaje należy rozumieć dobre obyczaje kupieckie, które są akceptowane w obrocie gospodarczym. Odwołujący po raz kolejny przekonywał, że jego oferta nie narusza dobrych obyczajów kupieckich, a w niniejszym postępowaniu nie doszło do zawarcia jakiegokolwiek zmony przetargowej, w konsekwencji czego nie wiadomo, na czym miałyby polegać sprzeczność oferty odwołującego z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli chodzi natomiast o drugą przesłankę, która winna zostać kumulatywnie spełniona ze „sprzecznością z dobrymi obyczajami”, - jest nią zagrożenie bądź naruszenie interesu innego przedsiębiorcy. Pamiętać jednak należy, że przedsiębiorcy nie są chronieni regulacją ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przed pogorszeniem interesów, czy też przed stratą, jeżeli są one wynikiem „zgodnych z prawem i uczciwych działań innych osób, w szczególności konkurujących z nim przedsiębiorców.” W tym wypadku również nie doszukał się w złożeniu oferty przez odwołującego naruszenia czyjegokolwiek interesu. Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób złożenie dwóch nawet podobnych graficznie ofert mogło ograniczyć lub utrudnić konkurencję w prowadzonym postępowaniu. Jak wynika z akt postępowania złożone zostały w nim 4 oferty, co wskazuje, że nawet domniemana współpraca dwóch podmiotów nie zamykała dostępu do rynku innym wykonawcom.

Zatem całokształt okoliczności faktycznych sprawy, powiązany z brakiem wykazania przez zamawiającego formułowanych tez, uzasadniał twierdzenie o niezgodności z prawem odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Niezależnie od niewypełnienia przez odwołującego przesłanek uzasadniających zgodne z prawem odrzucenie jego oferty, odwołujący wskazywał na wewnętrzną sprzeczność uzasadnienia przez zamawiającego czynności odrzucenia danej oferty, uprawniające do sformułowania zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, w myśl którego zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty winien zawiadomić wykonawców, których oferty zostały odrzucone z podaniem uzasadnienia prawnego i faktycznego tej czynności. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 2428/11) *„Podanie przez Zamawiającego jedynie podstawy prawnej oraz ogólne sformułowanie zarzucanych niezgodności przez odwołanie się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być, uznane za podanie co*

najwyżej podstawy prawnej odrzucenia. Wykonawca ma pełne prawo aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się Zamawiający odrzucając jego ofertę. 2. Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością, a w razie stwierdzenia w ofercie uchybień, jest zobowiązany przede wszystkim do wyjaśnienia przyczyn tej niezgodności i zbadania możliwości dokonania jej poprawy. Ponadto, odrzucenia oferty, zamawiający winien dokonać jedynie w sytuacji, gdy w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, że wada ma charakter merytoryczny i jest niemożliwa do usunięcia.”

Oczywistym skutkiem podania uzasadnienia prawnego i faktycznego jest umożliwienie wykonawcom kwestionującym czynność w postaci odrzucenia oferty - weryfikacji jej zasadności i stworzenie możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianej w przepisach Pzp. Jest to w pełni kompatybilne z wyrażoną w art. 7 Pzp zasadą równego traktowania wykonawców i koniecznością prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie konkurencji. W związku z tym, to na zamawiającym spoczywał obowiązek wyczerpującego wyjaśnienia spełnienia przez ofertę przesłanek, które legitymizują czynność w postaci odrzucenia oferty, jako zgodną z prawem i nienaruszającą zasady równego traktowania uczestników obrotu. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 marca 2013 r. (sygn. KIO/UZP 586/13, 588/13) wskazała, że „Zamawiający winien podać w informacji o odrzuceniu oferty, wszystkie podstawy, a zwłaszcza wszystkie okoliczności faktyczne, w związku z którymi odrzucenie oferty nastąpiło. Wykonawca może swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w pisemnej informacji o wyborze zakomunikowane, a w szczególności dowiadywać się powyższego dopiero na rozprawie przed Izbą.” Zamawiający przez lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec wykonawcy czynności pozbawia go możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.” Z kolei w wyroku z dnia 29 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 120/13) Krajowa Izba Odwoławcza słusznie uznała, że „zamawiający jest zobowiązany w toku badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka odrzucenia oferty nastąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców podając - stosownie do normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - nie tylko uzasadnienie prawne (prawidłową podstawę prawną swojej czynności), ale także pełne uzasadnienie faktyczne”, Dodatkowo KIO wskazała w powyższym wyroku, że „zasadnym jest podkreślenie, iż przyczyny podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy - warunkują

zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010r., sygn. akt KIO 1066/10). „Z tego względu brak precyzyjnego wskazania, z czego wynika nieuwzględnienie złożonych wyjaśnień, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie odrzucenia jego oferty. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie to ustalenia legły u podstaw wnioskowania, że wyjaśnienia były niewystarczające dla wykazania, że cena złożonej oferty jest realistyczna. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp podawanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec oferty odwołującego decyzji” (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11).

W ocenie odwołującego uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego nie odpowiada wymaganiom sformułowanym przez KIO w powyższych wyrokach. Po pierwsze zauważył, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał okoliczności uzasadniających odrzucenie jego oferty. Zamawiający powołał się jedynie na treść art. 6 ust, 1 pkt 7 uokik i art. 3 uznk, jednak w żaden sposób nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie. Brak wykazania okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty odwołującego poczytał za działanie, że powołane w uzasadnieniu odrzucenia oferty powody są jedynie próbą, aczkolwiek nieudaną, poszukiwania przyczyn wyeliminowania odwołującego z prowadzonego postępowania. Powyższe, zdaniem odwołującego doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. W myśl art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

W świetle okoliczności sprawy, odrzucenie swojej oferty odwołujący uznał za pozbawione podstawy faktycznej, a w związku z tym podstawy prawnej, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady poszanowania uczciwej konkurencji. Zaniechanie uznania przez zamawiającego oferty

odwołującego za najkorzystniejszą odwołujący przyjął, za naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, albowiem uniemożliwiło to uzyskanie przez odwołującego zamówienia mimo spełnienia wszystkich warunków postępowania i zaoferowania najkorzystniejszej oferty.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 21 lutego 2014 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia w terminie ustawowym określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, w odpowiedzi z dnia 24 lutego 2014 r. podtrzymał stanowisko prezentowane w powiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający podał, co następuje (...).

„Odpowiadając na odwołanie wniesione przez MPK Spółka z o. o., ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka, Zamawiający wnosi:

1) *o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 7 w związku z art. 180 ust. 5 Pzp lub jego oddalenie jako oczywiście bezzasadnego.*

2) *o zasądzenie kosztów postępowania oraz dodatkowo wyjaśnia:*

1. *Odwołanie MPK Sp. z o. o. wpłynęło do Zamawiającego w dniu 18.02.2014 r. o godz. 10:16 pocztą elektroniczną. Termin do złożenia odwołania upływał 17.02.2014 r. do godz. 24:00.*

Zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp odwołujący przesyła kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Zasadne jest więc odrzucenie odwołania z powodu naruszenia art. 180 ust. 5 w związku z art. 189 ust. 2 pkt. 7 Pzp.

2. *Zamawiający jako podstawę prawną w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert podał art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz.331 z późn. zm.), pomyłkowo na skutek błędu komputerowego wskazano także art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 16.04.2003 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503) winno być art. 3 ww. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu ofert zamawiający prawidłowo wskazuje art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (strona 4 i 7 uzasadnienia).*

3. *Zamawiający w żaden sposób nie naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż nie dokonał na tym etapie postępowania wyboru najkorzystniejszej oferty.*

4. *Zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż na tym etapie postępowania nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.*

5. Zamawiający nie naruszył art. 7 ust 1 Pzp, gdyż Zamawiający stoi na stanowisku, że właśnie odrzucenie oferty Odwołującego z powodów wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty stanowi realizację art. 7 ust. 1 Pzp.

6. Uzasadnienie Odwołania zdaniem Zamawiającego stanowi w istocie tylko polemikę z uzasadnieniem zawiadomienia o odrzuceniu ofert i tam przedstawionymi dowodami. Stan faktyczny nie zmienił się przez argumenty przedstawione w uzasadnieniu odwołania.

Argumenty, że art. 6 K.c. w związku z art. 14 Pzp obligują Zamawiającego do udowodnienia określonych okoliczności czego rzekomo Zamawiający nie dokonał, nie zasługują zdaniem Zamawiającego na uwzględnienie. Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu ofert wskazał okoliczności i fakty a także dokumenty je potwierdzające. Stanowisko swoje Zamawiający oparł na orzecznictwie KIO i Sądów Powszechnych wskazując je w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu ofert i w całości je podtrzymuje. Rolą Zamawiającego jest zebranie faktów występujących w danym postępowaniu i ich ocena w aspekcie przepisów Pzp, a w tym konkretnym przypadku także ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

7. Zamawiający w żaden sposób nie negował że oferty firm Czyścioch bis i MPK są pisane ręcznie, ale fakt, że obydwie oferty są identyczne poprzez pismo, układ graficzny, grzbiety oprawy itp.

Oferty te są dowodem w sprawie i podlegają ocenie KIO. Identyczność ofert to tylko jeden z zarzutów.

8. Argumenty Odwołującego co do treści udzielonych i załączonych pełnomocnictw są tylko polemiką. Nie zmieniają faktów. Fakt, że udziały w spółce Czyścioch Bis były do 31.08.2013 r. własnością Odwołującego może tylko potwierdzać zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, oraz ustaw o ochronie konkurencji i konsumentów i o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

9. Zamawiający w całości podtrzymuje swoje zarzuty co do podpisywania ofert firm Czyścioch bis i MPK przez tą samą osobę P. M..... B..... S....., argumenty podnoszone w odwołaniu, że P. M..... B..... S..... tylko przygotowywał oferty bez ustalania ceny są typową próbą wyjścia z sytuacji. Z akt postępowania wynika, że ofertę MPK podpisał P. M..... B..... S..... z podaną ceną a ofertę firmy Czyścioch Bis w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Węgrów także podpisał P. M..... B..... S..... włącznie z ceną. Z uwagi, że ww. firmy zajmując się tym samym przedmiotem działalności w założeniu winny konkurować ze sobą, to składanie ofert przez tą

samą osobę która w jednej firmie jest na urlopie, a w drugiej na umowie o dzieło i wykonuje czynności nie da się logicznie wytłumaczyć.

10. *Zamawiający w całości podtrzymuje swoje zarzuty zawarte w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu ofert w zakresie udzielenia firmom Czyścioch Bis i MPK gwarancji przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A.*

11. *Bezspornym pozostaje fakt, że w wyniku działań firm Czyścioch Bis i MPK Miasto Sokołów Podlaski jako Zamawiający zamówienia pn. odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Sokołów Podlaski z nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy może stracić 226.109,52 zł, co jest dla Miasta sumą niebagatelną.”*

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2. W szczególności Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, ze względu na przekazanie jego kopii zamawiającego po upływie terminu na złożenie odwołania. Odwołujący przedstawił dowody, że w dniu 17 lutego 2014 r. kilkakrotnie próbował bezskutecznie wysłać kopię odwołania na wskazany numer telefaksu, używając do tego celu urządzeń o różnych numerach nadawczych. W tych okolicznościach przesłał kopię odwołania dwukrotnie drogą elektroniczną w dniu 17 lutego 2014 r., z dwóch różnych adresów e-mail, a zamawiający potwierdził, że korespondencję tą odebrał w dniu 18 lutego 2014 r.

W ocenie Izby, odwołujący nie miał żadnego interesu, aby wstrzymywać przesłanie kopii odwołania do zamawiającego, skoro kopią taką niewątpliwie dysponował w dniu 17 lutego 2014 r. – w dacie złożenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - narażając się na odrzucenie odwołania i poniesienie kosztów.

Zaistniałe okoliczności uprawdopodobniają twierdzenia odwołującego, poświadczone raportami z transmisji faksu, że po stronie urządzeń zamawiającego nastąpiły w dniu 17 lutego 2014 r. przeszkody techniczne w odbiorze korespondencji od odwołującego.

Dopuszczalne było przesłanie kopii odwołania drogą elektroniczną. Serwer pocztowy zamawiającego działał prawidłowo i otrzymywał przesłane wiadomości. W orzecznictwie Sądy Najwyższego jako moment złożenia oświadczenia elektronicznego uznaje się chwilę przyjęcia wiadomości przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych (postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2003 r. V CZ 127/03, OSNC 2005, nr 1, poz. 12). Natomiast obowiązek zapewnienia drożności urządzenia, które służy do obsługi elektronicznego kanału komunikacji, właściwej konfiguracji skrzynki pocztowej, jej regularnego opróżniania obciąża odbiorcę, a nie nadawcę wiadomości. W doktrynie prawa cywilnego akcentuje się bowiem, że w normalnym toku czynności mieści się konieczność

prawidłowego funkcjonowania urządzenia adresata, które wskazał on nadawcy, jako możliwy do wykorzystania środek komunikacji (Kodeks cywilny, Komentarz, red. Gniewek, Wydawnictwo CH. BECK wyd. 4, Warszawa 2011, s. 154). Wystarczyło więc, że korespondencja e-mail dotarła do serwera odbiorcy, który mógł zapoznać się z jej treścią. Jeżeli zamawiający nie był w stanie odebrać tej korespondencji np. z przyczyny ograniczonej pojemności własnej skrzynki odbiorczej w danym czasie – nie powoduje to nieskuteczności doręczenia kopii odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), protokołu postępowania, oferty odwołującego i wykonawcy Czyścioch BIS Sp. z o.o., korespondencji zamawiającego z odwołującym oraz wykonawcą Czyścioch BIS.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i dowody, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zgłaszanych zarzutów, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia dotyczy „odbierania i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Sokołów Podlaski z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.”

Oferty złożyło 4 wykonawców:

1. MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku - cena netto: 1 633 333,32 zł.
2. Odwołujący MPK Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce - cena netto: 1 271 118,33 zł.
3. Czyścioch BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach - cena netto: 1 061 757,67 zł.
4. Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno Komunalnych Sp. z o. o. z siedzibą w Sokołowie Podlaskim - cena netto: 1 460 000,00 zł.

Zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1 200 000,00 zł brutto.

Termin składania ofert wyznaczono do dnia 13 grudnia 2014 r.

Jedynym kryterium oceny ofert stanowiła cena.

Pismem z 7 lutego 2014 r. zamawiający Miasto Sokołów Podlaski, reprezentowane przez Burmistrza w przetargu nieograniczonym na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Sokołów Podlaski z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powiadomił, że w wyniku badania ofert złożonych w niniejszym postępowaniu:

„1. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 z późn. zm.), art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503) i art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.) - odrzuca ofertę Czyścioch bis Sp. z o. o.

2. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 z późn. zm.). art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503) i art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.) - odrzuca ofertę MPK Sp. z o. o.

Miasto Sokołów Podlaski ogłosiło przetarg nieograniczony na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Sokołów Podlaski z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. W dniu 13.12.2013 roku nastąpiło otwarcie złożonych ofert.

I. w toku badania ofert wykonawcy Czyścioch bis Sp. z o. o. i MPK Sp. z o. o. stwierdzono:

1. w zakresie oferty firmy Czyścioch bis Sp. z o. o.

1) złożona oferta jest napisana odręcznym pismem identycznie jak oferta firmy MPK, posiada identyczną okładkę i niebieski grzbiet (listwa wsuwana) oraz identyczny układ graficzny. Nazwa firmy na ofertach jest napisana komputerowo identycznym drukiem (czcionką i wielkością liter).

W ofercie brak aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności, lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert - zwane dalej zaświadczeniem z Urzędu Skarbowego oraz aktualnego zaświadczenia z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert - zwane dalej zaświadczeniem z ZUS. Na wezwanie Zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w piśmie z dnia 17.12.2013 roku firma Czyścioch bis złożyła nieaktualne zaświadczenie z ZUS i Urzędu Skarbowego. Na zapytanie Zamawiającego dlaczego złożone zostały nieaktualne zaświadczenia, firma Czyścioch odpowiedziała „Wykonawca przedstawił Zamawiającemu zaświadczenie właściwego

naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków oraz zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawione przed upływem terminu składania ofert". Na wezwanie zamawiającego Urząd Skarbowy w Suwałkach przy piśmie z dnia 24.01.2014 roku (znak: RP/072-6/14) poinformował, że firma Czyścioch bis występowała w okresie od 13.09.2013 r. do 13.12.2013 r. o aktualne zaświadczenie i takowe posiadała. Zamawiający w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej zwrócił się też do Urzędu Miejskiego w Węgrowie, w którym także prowadzono postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, w którym też oferty złożyły firmy Czyścioch bis i MPK o informację czy firma Czyścioch bis złożyła aktualne zaświadczenie z ZUS i Urzędu Skarbowego. Zamawiający otrzymał z Urzędu Miejskiego w Węgrowie kserokopie zaświadczeń ww. pism z aktualnymi datami tj. 15.11.2013 r. dokumenty takie mogły być więc złożone w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

2) w załączniku Nr 6 do oferty, którym to jest oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w skład której wchodzi: Czyścioch bis i ZZO Euro - Sokółka. Oferta Oferenta MPK także zawiera załącznik Nr 6 do oferty, którym to jest oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej w skład, której także (...) ZZO Euro - Sokółka. Obydwaj oferenci nie wypowiedzieli się w związku z powyższym, że przytoczony fakt powiązania kapitałowego nie narusza zasad (...) konkurencji zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 5 w związku z art. 24b ust. 1 ustawy Pzp.

3) treść pełnomocnictw w ofercie Czyścioch bis i ofercie MPK jest identyczna w zakresie pkt 1 - 3 udzielonych pełnomocnictw.

4) gwarancja przetargowa zapłaty wadium firmy Czyścioch bis jest udzielona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S. A. w Warszawie z datą wydania 11.12.2013 r., Nr 10/019318/2013) a gwarancja przetargowa zapłaty wadium firmy MPK także jest udzielona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S. A. w Warszawie z datą wydania 11.12.2013 r., Nr 10/019315/2013).

2. w zakresie badania oferty firmy MPK Sp. z o. o.:

1) uwagi identyczne jak do oferty firmy Czyścioch bis oraz dodatkowo:

a) w ofercie brak jest strony Nr 25, gdzie winno znajdować się jak wynika to z układu obydwu ofert zaświadczenie z ZUS, strony na ofercie są numerowane mechanicznie (automatem), który to sam przekłada poszczególne cyfry w celu numeracji stron, świadczy to że strona została celowo wyjęta aby nie dołączyć zaświadczenia z ZUS.

b) oferta została podpisana przez dyrektora ds. strategii i rozwoju M..... B..... S..... na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Prezesa zarządu firmy MPK Sp. z o. o. J..... S..... . Z informacji uzyskanych przez zamawiającego w Urzędzie Miejskim w Węgrowie w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, który także prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, ofertę firmy Czyścioch bis podpisał dyrektor, ds. strategii i rozwoju M..... B..... S..... na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez członka zarządu firmy Czyścioch bis U..... B..... T....., wynika z powyższego, że oferty firm Czyścioch bis Sp. z o. o. i MPK. Sp. o. o. podpisuje ta sama osoba w tym samym okresie.

II. Podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy Pzp jest prowadzenie postępowania i jego przygotowanie w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę jeżeli jej treść stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia nieuczciwej konkurencji. Art. 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) stanowi m.in., że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ze stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniu wynika, że firmy Czyścioch bis i MPK umówiły się co do sposobu postępowania w zamówieniu prowadzonym przez zamawiającego. Konkretyzacja tych działań stanowi podstawę do przyjęcia, że w postępowaniu nastąpiła tzw. „zmowa przetargowa” w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U Nr 50 poz. 331.), zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegającym m.in. na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert. Vide: Wyrok KIO z dnia 31.05.2010r. (KIO/UZP867/10), stanowiącego, że przykładem „zmowy przetargowej” może być celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów tak, aby doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy proponującemu wyższą cenę i pozostającym z wykonawcą w zmwie. Celem zmowy jest wykonanie zamówienia przez konkretnego wykonawcę - podobnie wyrok KIO z dnia 14.09.2010 roku (KIO/UZP/1874/10), wyrok KIO z dnia 20.06.2013 r. (KIO/UZP/1353/13).

Art. 7, 15, 17, 24 i 89 ustawy Pzp wprowadza obowiązek zachowania przez uczestników postępowania zasady uczciwej konkurencji. Przy ujawnieniu przez zamawiającego naruszeń zasad nieuczciwej konkurencji przez oferentów obowiązany jest on wyeliminować takich oferentów z postępowania.

Obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie stanowią o konieczności udowodnienia okoliczności naruszenia zasad nieuczciwej konkurencji. Przepisy ustawy wprowadzają zasadę, że już w przypadku stwierdzenia pewnych zdarzeń, sytuacji faktycznych zamawiający winien odrzucić ofertę lub wykluczyć oferenta z postępowania. Vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18.08.2011 r. (Sygn. Akt XXIII Ga 380/11). Jak już wykazano wyżej w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do odrzucenia ofert firm Czyścioch bis Sp. z o. o. i MPK Sp. z o. o. zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) i art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16.02.2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331).

1) obie oferty zostały napisane odręcznie, identycznym pismem z identycznym niebieskim grzbietem, z identycznym układem stron, z identycznym drukiem komputerowym nazwy firmy (czcionką i wielkością liter);

2) załączone do ofert gwarancje przetargowe zapłaty wadium zostały udzielone przez tą samą firmę tj. Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S. A. w Warszawie z identyczną datą wydania tj. 11.12.2013 o Nr 10/019315/13 i Nr 10/019318/13, z uwagi, że firma Czyścioch bis ma siedzibę w Suwałkach a firma MPK w Ostrołęce nieprawdopodobnym jest taki zbieg okoliczności;

3) obydwie firmy tj. Czyścioch bis i MPK należą do grup kapitałowych zgodnie ze złożonymi oświadczeniami, łączy te podmioty firma ZZO Euro - Sokółka której są udziałowcami.

Obydwie firmy nie złożyły oświadczenia, że powyższy fakt nie ma znaczenia i wpływu na treść złożonych ofert, co narusza art. 24 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 24b ustawy Pzp;

4) treść złożonych pełnomocnictw w obydwu ofertach jest identyczna w zakresie punktów 1 - 3.

5) ofertę MPK podpisał dyrektor ds. strategii i rozwoju M..... B..... S..... na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez prezesa zarządu MPK Pana J..... S.....

Z informacji uzyskanych w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej z Urzędu Miejskiego w Węgrowie, który także prowadził w tym okresie postępowanie na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych wynika, że ofertę firmy Czyścioch bis podpisał także dyrektor ds. strategii i rozwoju M..... B..... S..... na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez członka zarządu Czyścioch bis Panią U..... B..... T..... w tym samym okresie. Wynika z powyższego bezspornie, że w imieniu firm Czyścioch bis i MPK występuje ta sama osoba, która podpisuje oferty tj. M..... B..... S..... na podstawie różnych pełnomocnictw udzielonych przez ww. firmy.

Firma Czyścioch bis nie dołączyła do oferty zaświadczeń z Urzędu Skarbowego i ZUS.

Na wezwanie zamawiającego przesłała nieaktualne zaświadczenia. Na pytanie zamawiającego dlaczego przesłane zaświadczenia są nieaktualne udzieliła odpowiedzi że „Wykonawca przedstawił Zamawiającemu zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków oraz zaświadczenie właściwego Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawione przed upływem terminu składania ofert.”

Natomiast z zaświadczenia z Urzędu Skarbowego w Suwałkach otrzymanego przy piśmie z dnia 24.01.2014 roku (znak: RP/072-6/14) wynika, że firma ta otrzymała z Urzędu Skarbowego aktualne zaświadczenia w dacie składania ofert.

Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej z Urzędu Miejskiego w Węgrowie, który także prowadził w tym okresie postępowanie na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, firma Czyścioch bis złożyła aktualne zaświadczenie z ZUS i Urzędu Skarbowego opatrzonego datą 15.11.2013r., a więc aktualnego jak w dacie prowadzenia postępowania przez Zamawiającego.

Powyższe doprowadziło do sytuacji gdzie Zamawiający zmuszony jest wykluczyć oferenta i odrzucić ofertę firmy Czyścioch bis z uwagi na przepis art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp z kwotą oferty 1.061.759,67 zł netto a zmuszony by był wybrać kolejną ofertę z najniższą ceną tj. ofertę firmy MPK z kwotą 1.271.118,33 zł netto.

Czynność ta jak to wynika z praktyki i orzecznictwa jest typowym znamieniem tzw. „zmów przetargowych” powodujących, że zamawiający zmuszony jest wybrać ofertę droższą a w sytuacji zamawiającego po odrzuceniu oferty firmy Czyścioch bis Sp. z o. o. musiałby wybrać ofertę firmy MPK Sp. z o. o., która jest droższa o kwotę 226.109,52 zł brutto.

Zgodnie jak to już wyżej podkreślono z orzecznictwem KIO istota „zmowy przetargowej” powinna być oceniana przede wszystkim po rezultatach i skutkach działań oraz wszystkich okolicznościach sprawy (vide: wyrok KIO z dnia 14.09.2010 r. KIO/1874/10, wyrok KIO z dnia 02.07.2012 r. KIO/1287/12).

W ww. wyrokach wskazuje się, że zakaz zawierania porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji dotyczy zarówno uzgodnień potwierdzonych na piśmie jak i nieformalnych działań przedsiębiorców w tym zakresie. Zamawiający winien brać pod uwagę wszelkie aspekty sprawy.

Sąd Najwyższy w wyroku 09.08.2006 roku (Sygn. akt III SK6/06) stwierdził, że przedstawienie bezspornego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe.

Zamawiający stał na stanowisku, że w istniejącym stanie faktycznym występującym w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wiarygodne są fakty świadczące o istnieniu takiego porozumienia.

Zamawiający na tym etapie postępowania nie zamierza zgłaszać powyższych faktów do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zdaniem zamawiającego z powodów jak wyżej wypełniona jest dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.) i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153 poz. 1503) i zasadne jest odrzucenie ofert na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego.”

Zamawiający przedstawił dowody, potwierdzające, że:

1) złożona oferta firmy Czyścioch BIS Sp. z o. o. jest napisana odręcznym pismem, które mogło być sporządzone przez tę samą osobę - jak oferta firmy odwołującego MPK Sp. z o.o. (podpisana przez p. M..... B..... S.....), mimo że została podpisana formalnie przez p. P..... M..... Dokumentacja ofert posiada identyczną okładkę i niebieski grzbiet (listwa wsuwana) oraz identyczny układ graficzny. Nazwa firmy na ofertach jest napisana komputerowo identycznym drukiem (czcionką i wielkością liter). Co charakterystyczne wzór formularza oferty stanowiący załącznik do SIWZ napisany był czcionką Arial, natomiast obie oferty, tj. odwołującego oraz Czyścioch BIS Sp. z o. o. używają odmiennej od wzoru, ale jednolitej czcionki Times New Roman.

2) W ofercie firmy Czyścioch BIS Sp. z o. o. brak jest aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności, lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz aktualnego zaświadczenia z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, jak

wymaga tego przepis § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. (Dz. U. poz. 231).

3. Na wezwanie Zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w piśmie z dnia 17.12.2013 roku firma Czyścioch BIS złożyła w dniu 19 grudnia 2013 r. nieaktualne zaświadczenie z ZUS i Urzędu Skarbowego w Suwałkach z dnia z dnia 24 i 29 kwietnia 2013 roku. Na zapytanie zamawiającego z dnia 31 grudnia 2013 r. dlaczego złożone zostały nieaktualne zaświadczenia firma Czyścioch BIS w piśmie z 3 stycznia 2014 r. odpowiedziała *„Wykonawca przedstawił Zamawiającemu zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków oraz zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawione przed upływem terminu składania ofert”*.

4. Na zapytanie zamawiającego Urząd Skarbowy w Suwałkach w piśmie z dnia 24.01.2014 roku (znak: RP/072-6/14) poinformował, że firma Czyścioch BIS występowała w okresie od 13.09.2013 r. do 13.12.2013 r. o aktualne zaświadczenie (wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert), a więc takowe posiadała, a więc mogła załączyć je do oferty lub uzupełnić na wezwanie.

5. Zamawiający w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej zwrócił się do Urzędu Miejskiego w Węgrowie, w którym także prowadzono postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, w którym też oferty złożyły firmy Czyścioch BIS i MPK o informację czy firma Czyścioch BIS złożyła aktualne zaświadczenie z ZUS i Urzędu Skarbowego.

6. Zamawiający otrzymał z Urzędu Miejskiego w Węgrowie kserokopie zaświadczeń o niezaleganiu przez firmę Czyścioch BIS z opłacaniem podatków i składek na ZUS z aktualnymi datami tj. 15.11.2013 r., potwierdza to dodatkowo, że dokumenty takie mogły być, więc złożone w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

7. W załączniku Nr 6 do oferty, którym jest oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej w skład, której wchodzi: Czyścioch BIS Sp. z o.o. i ZZO Euro – Sokółka.

Oferta odwołującego MPK także zawiera załącznik Nr 6 do oferty, którym to jest oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej w skład której wchodzi podmiot ZZO - Sokółka Sp. z o.o.

Potwierdza to fakt braku bezpośrednich powiązań kapitałowych. Zamawiający w trakcie rozprawy nie podtrzymał tego zarzutu wobec oferty odwołującego i naruszenia art. 24 ust 2 pkt 5 w związku z art. 24b ust. 1 ustawy Pzp.

W każdym razie na podstawie porównania danych w przedstawionych odpisach z Rejestru Przedsiębiorców KRS podmiotów wchodzących w skład grup kapitałowych obydwu spółek, dają się zauważyć powiązania osobowe, np. p. J..... S..... jest członkiem organu nadzoru w ZZO Euro Sokółka Sp. z o.o., a jednocześnie udziałowcem w MPK Sp. z o.o., tj. u odwołującego.

8. Treść pełnomocnictw w ofercie Czyścioch BIS i ofercie MPK jest identyczna w zakresie pkt 1 - 3 udzielonych pełnomocnictw.

9. Gwarancja przetargowa zapłaty wadium firmy Czyścioch BIS jest udzielona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S. A. w Warszawie z datą wydania 11.12.2013 r., Nr 10/019318/2013) a gwarancja przetargowa zapłaty wadium firmy MPK także jest udzielona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S. A. w Warszawie z datą wydania 11.12.2013 r., Nr 10/019315/2013), może to świadczyć, iż gwarancje dla obydwu tych firm były załatwiane równocześnie.

W odniesieniu do oferty firmy MPK Sp. z o. o., dodatkowo:

10. W ofercie brak jest strony 25, gdzie winno znajdować się jak wynika to z układu obydwu ofert zaświadczenie z ZUS, może to świadczyć, że strona została celowo wyjęta aby nie dołączyć zaświadczenia z ZUS, skoro dalsze ponumerowane strony zachowują właściwą kolejność. Dokument został uzupełniony na wezwanie w dniu 17 lutego 2014 r. z datą 8 listopada 2013 r.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - skoro złożona oferta, jako zawierająca najkorzystniejszą cenę została odrzucona, (przy uwzględnieniu okoliczności, że wykonawca Czyścioch BIS nie wniósł odwołania od odrzucenia jego oferty). Odwołujący był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny złożonej oferty, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy Pzp jest prowadzenie postępowania i jego przygotowanie w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami uczestniczącymi w danym przetargu.

Postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia nieuczciwej konkurencji i odsyła do przepisów odrębnych. Z kolei art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Okoliczności przywołane w art. 3 ust. 2 oraz art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako stypizowane czyny nieuczciwej konkurencji nie wymieniają wprost zmywy przetargowej.

Nie ulega jednak wątpliwości, iż zмова przetargowa jest jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji między wykonawcami ubiegającymi się o uzyskanie zamówienia publicznego, dlatego stwierdzenie symptomów mogących dawać podstawy do przypisania wykonawcom uzgodnionych nielegalnych działań w tym zakresie obliguje zamawiającego do wyeliminowania tego rodzaju ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. wykonawców, którzy takimi metodami dążą do pozyskania zamówień publicznych na swoją rzecz.

Przy czym zмова przetargowa stanowi czyn wprost zakazany w ustawie i utrudnia dostęp do rynku, przez co narusza interesy innych przedsiębiorców, którzy składając oferty mają prawo oczekiwać, iż uczestniczą w przetargu na zasadach wolnej i uczciwej konkurencji.

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.), zakazuje porozumień, 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. W myśl tego przepisu zakazane są więc porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców warunków składanych ofert. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 5 uokik pod pojęciem „porozumienia” należy rozumieć nie tylko umowy zawierane między przedsiębiorcami, ale wszelkie uzgodnienia w tym zakresie dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Zawarcie powyższego porozumienia, co do uzgadniania przez przedsiębiorców warunków składanych ofert, wyczerpuje pojęcie zmywy przetargowej, jako czynu nieuczciwej konkurencji w

rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. czynu wprost sprzecznego z prawem - art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Bez wątpliwości czyn taki zagraża i narusza interesy wszystkich innych przedsiębiorców uczciwie ubiegających się o zamówienie.

Oczywistym jest, że przedsiębiorcy dopuszczający się zmywy przetargowej mając pełną świadomość nielegalności takich działań, czynią to w sposób dyskrejonalny, z reguły nie tworząc żadnych pisemnych dokumentów, które w razie ich ujawnienia mogłyby świadczyć przeciwko ich twórcom. Porozumienia o charakterze zmywy przetargowej zazwyczaj są zawierane przez zaufany krąg osób utrzymujących kontakty biznesowe, a nie rzadko i kontakty towarzyskie. Dlatego też wykrycie zmywy przetargowej w oparciu o reguły dowodowe określone w art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, oparte o dowody w postaci dokumentów, zeznań świadków, przesłuchania stron, byłoby najczęściej niemożliwe.

Z powyższych względów istnienie zmywy przetargowej należy oceniać przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniając całość towarzyszących okoliczności, a przede wszystkim wynikających z nich skutków. A więc, już w przypadku stwierdzenia pewnych zdarzeń, sytuacji faktycznych w wysokim stopniu uprawdopodobniających zmywę przetargową, zamawiający winien odrzucić ofertę z postępowania.

Ustawa prawo zamówień publicznych chroni istnienie mechanizmu niezakłóconej konkurencji, jako optymalnego sposobu udzielania zamówień, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi w interes publiczny w celu realizacji, którego zamówienie jest udzielane.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że za wystarczające można było przyjąć ustalenia pośrednie – w oparciu o zachowania rynkowe przedsiębiorców: odwołującego MPK Sp. z o.o. oraz wykonawcy Czyścioch BIS Sp. z o.o., które pozwalały na wnioski, że doszło do porozumienia między obydwoma wykonawcami uczestniczącymi w tym samym przetargu, którego przedmiotem było „ustąpienie miejsca” przez wykonawcę, który złożył ofertę z niższą ceną – wykonawcy, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wyższą - aby doprowadzić do wyboru droższej oferty.

Brak rutynowych dokumentów w obu złożonych ofertach, potwierdza że wykonawcy liczyli się z takim rozwojem sytuacji, gdzie w zależności od ilości złożonych ofert i ich cen, przy jedynym kryterium cenowym oceny ofert, wykorzystując odpowiednio instytucję uzupełniania dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mogliby doprowadzić do konieczności wyboru przez zamawiającego oferty droższej o 226 109,52 zł brutto.

Z zasad logicznego rozumowania wynika, że zaistniałe okoliczności nie były zbiegiem przypadku, lecz stanowiły wyraz przemyślanych działań i zamierzeń podmiotów

uczestniczących w zмовie przetargowej. W nasilonej konkurencji rynkowej o zamówienia, w tym w szczególności w segmencie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, żaden z wykonawców mając świadomość, że złożył ofertę najkorzystniejszą według jedyneгo kryterium najniżej ceny – nie zrezygnowałby z uzupełnienia na wezwanie zamawiającego standardowych dokumentów - zaświadczenia z ZUS, czy z urzędu skarbowego o nie zaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, jak też o niezaleganiu z opłacaniem podatków.

Tym bardziej, że według dowodów przedstawionych przez zamawiającego – informacji z Urzędu Skarbowego w Suwałkach otrzymanej pismem z dnia 24.01.2014 roku (znak: RP/072-6/14) wynika, że firma Czyścioch BIS Sp. z o.o. otrzymała z Urzędu Skarbowego aktualne zaświadczenia w dacie składania ofert.

Wykonawca Czyścioch BIS Sp. z o.o. był więc w posiadaniu aktualnych zaświadczeń, wystawionych nie później niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, o które wystąpił w listopadzie 2013 r. Uzupełnienie oferty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o ewidentnie przeterminowane zaświadczenia z kwietnia 2013 r. Izba mogła jedynie zakwalifikować, jako uchylenie się tego wykonawcy od sankcji utraty wadium z powodu nie uzupełnienia żądanego dokumentu, a także aby nie ujawniać faktu posiadania aktualnych zaświadczeń na datę złożenia oferty.

Działania takie otwierały natomiast odwołującemu drogę do uzyskania przedmiotowego zamówienia za wyższą cenę.

Faktem jest, że zazwyczaj jeden podmiot nie może ponosić odpowiedzialności za działania innego odrębnego podmiotu samodzielnie uczestniczącego w postępowaniu przetargowym. Jednakże należało w tych okolicznościach zauważyć korzyść, jaką zdolny był uzyskać odwołujący po wyeliminowaniu się z przetargu przez wykonawcę Czyścioch BIS Sp. z o.o. Nie są to normalnie spotykane zachowania wykonawcy - czynienia takich gestów, aby zamówienie mógł uzyskać inny oferent - teoretycznie tylko będący konkurentem.

Przy tym nie można było pominąć, iż cena oferty Czyścioch BIS Sp. z o.o. była zbliżona do kwoty, na jaką zamawiający oszacował zamówienie i zamierzał przeznaczyć na jego realizację.

Nawet gdy zamawiający odstąpił od zarzutu, że obydwa podmioty, tj. odwołujący oraz Czyścioch BIS przynależały do tej samej grupy kapitałowej, to niewątpliwie łączyła je osoba p. M..... B..... S..... Oferta odwołującego została podpisana przez Dyrektora ds. Strategii i Rozwoju M..... B..... S..... na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Prezesa Zarządu firmy MPK Sp. z o. o. J..... S..... .

Z informacji uzyskanych przez zamawiającego w Urzędzie Miejskim w Węgrowie w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, który także prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, ofertę firmy Czyścioch BIS Sp. z o. o. z siedzibą w Suwałkach podpisał również Dyrektor, ds. Strategii i Rozwoju M..... B..... S..... na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez członka zarządu firmy Czyścioch BIS p. U..... B..... T.....

Wynika z powyższego, że oferty firm Czyścioch BIS Sp. z o. o. i MPK. Sp. o. o. podpisywała ta sama osoba, w tym samym okresie.

Okoliczność przyznana stanowiło, że p. M..... B..... S..... jest etatowym pracownikiem odwołującego MPK. Sp. o. o., gdzie pełni funkcję Dyrektora ds. Strategii i Rozwoju.

Ofertę firmy Czyścioch BIS w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Węgrów p. M..... B..... S..... podpisał na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez członka zarządu tej firmy, w oparciu o przedstawioną przez odwołującego umowę o dzieło z dnia 4 listopada 2013 r. – występując, co charakterystyczne - również w charakterze Dyrektora ds. Strategii i Rozwoju. Bez znaczenia pozostawało, że w dacie popisania przedmiotowej oferty p. M..... B..... S..... przebywał na urlopie wypoczynkowym u odwołującego.

Przy czym należało zauważyć, że ww. zobowiązał się do przygotowania ofert wraz z niezbędnymi dokumentami do postępowań przetargowych zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1, którego nie przedstawiono. Nie chodziło więc o przygotowanie jednej oferty dla tego podmiotu, a o większą ilość postępowań przetargowych. Przedstawiona umowa o dzieło nie obejmuje jedynie przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów dla Gminy Węgrów, ale dotyczy przygotowania ofert w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Czyścioch BIS Sp. z o.o.

Nie wiarygodne były oświadczenia odwołującego, że p. M..... B..... S..... przygotowywał dla Czyścioch BIS całą ofertę za wyjątkiem wpisania ceny całkowitej. Nawet, jeżeli nie wyliczał ceny tej oferty, to znał jej wysokość, przygotowując np. ofertę dla odwołującego.

Ponadto odwołujący wprost przyznał, że udziały w spółce Czyścioch BIS były do 31.08.2013r. własnością odwołującego. W ocenie Izby negocjacje przy sprzedaży – kupnie udziałów w spółce kapitałowej zakładają konieczność osobistych kontaktów stron umowy. Przede wszystkim dokładnego zbadania kondycji podmiotu, którego udziały się nabywa i ich wyceny rynkowej. Stąd też należało założyć, że powiązania tych firm były bliższe, niż tylko

wynikające z działalności w tej samej branży. Dały się zauważyć powiązania osobowe, np. p. Jadwiga Suhecka jest członkiem organu nadzoru w ZZO Euro Sokółka Sp. z o.o. należącej do grupy kapitałowej Czyścioch BIS, a jednocześnie udziałowcem w MPK Sp. z o.o., tj. u odwołującego.

W każdym razie zachodziły kontakty osobowe poprzez p. M..... B..... S....., co utwierdziło Izbę w przekonaniu, że doszło do zмовы przetargowej. Żaden z racjonalnie działających wykonawców w warunkach uczciwej konkurencji, nie dopuszcza do sporządzenia oferty, a w szczególności ujawnienia jej ceny osobie, która ze względu na swoje inne zatrudnienia miałaby możliwość wykorzystania tych danych na rzecz konkurencji, a więc przez odwołującego, gdzie p. M..... B..... S..... jest zatrudniony jako Dyrektor ds. Strategii i Rozwoju.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana przepisami Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu przed sądem, jednakże może posługiwać się konstrukcjami prawnymi tam zawartymi, w szczególności, gdy przepisy ustawy Pzp, jak i aktów wykonawczych do tej ustawy, nie zawierają regulacji odrębnych.

Wniosek o zawiązaniu zмовы przetargowej, Izba wyprowadziła posługując się domniemaniem faktycznym na wzór art. 231 K.p.c. Według tego przepisu sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wywieść z innych ustalonych faktów.

Przytoczone wyżej okoliczności stanowią podstawową i wystarczającą argumentację przemawiającą za trafnością czynności zamawiającego i ich umocowaniem prawnym w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Inne przywoływane fakty, dotyczące:

1. podobieństw układu sporządzenia oferty, formy dokumentów zawartych w ofertach odwołującego oraz firmy Czyścioch BIS Sp. z o.o., tożsamy rodzaj czcionki, a zarazem odmienny od wzoru zamawiającego - jakkolwiek nie miały charakteru przesądzającego dla danej sprawy - mogły jednak wskazywać, iż obie oferty zostały sporządzone przez tę samą osobę, mimo że opatrzone podpisem dwóch różnych osób,
2. przedstawione gwarancje przetargowe zapłaty wadium – zostały udzielone przez tą samą firmę tj. Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S. A. w Warszawie z identyczną datą wydania tj. 11.12.2013 o Nr 10/019315/13 i Nr 10/019318/13, co może świadczyć, że dla zaoszczędzenia czasu - formalności dla obu tych firm załatwiała ta sama osoba jednocześnie. Odwołujący przyznał, że ubezpieczyciel ten ma jedynie siedzibę w

Warszawie, a gwarancje zostały złożone w wymaganej formie oryginału. Mogło zatem nie być przypadkowe, że akurat obie firmy wykupiły gwarancje u tego samego ubezpieczyciela, mimo że na rynku występuje wiele podmiotów mogących udzielać gwarancji wadialnych.

3. Treść dokumentów pełnomocnictw w ofercie Czyścioch BIS i ofercie MPK jest identyczna w zakresie pkt 1 - 3 udzielonych pełnomocnictw i wykazuje tożsamy błąd stylistyczny, co zostało ustalone w toku rozprawy.

Ze stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniu wynika, że firmy Czyścioch BIS i MPK umówiły się co do sposobu postępowania w przetargu prowadzonym przez zamawiającego, albowiem treść ofert złożonych przez odwołującego oraz spółkę Czyścioch BIS Sp. z o.o., jak i treść innych dokumentów składanych przez te podmioty pozwala na przyjęcie, że podmioty te uzgodniły sposób postępowania w toku postępowania przetargowego w celu uzyskania wpływu na wynik postępowania i dokonania wyboru określonego wykonawcy, tj. odwołującego, ograniczając i utrudniając zarazem dostęp do rynku.

Analiza tych działań dała podstawę do ustalenia, że w postępowaniu nastąpiła tzw. „zmowa przetargowa” w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U Nr 50 poz. 331.), zgodnie z którym zakazane są porozumienia których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegającym m.in. na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert. Takie stanowisko potwierdza Wyrok KIO z dnia 31.05.2010 r. (KIO/UZP867/10), stanowiący, że przykładem „zmowy przetargowej” może być celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów tak, aby doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę i pozostającym z wykonawcą w zmowie. Celem zmowy jest wykonanie zamówienia przez konkretnego wykonawcę - podobnie wyrok KIO z dnia 14.09.2010 r. (KIO/UZP/1874/10), wyrok KIO z dnia 20.06.2013r. (KIO/UZP/1353/13). W przypadku stwierdzenia pewnych zdarzeń, sytuacji faktycznych zamawiający winien odrzucić ofertę lub wykluczyć oferenta z postępowania - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18.08.2011 r. (Sygn. Akt XXIII Ga380/11).

Art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza obowiązek przestrzegania przez uczestników postępowania przetargowego zasady uczciwej konkurencji. Przy ujawnieniu przez zamawiającego naruszeń zasad uczciwej konkurencji przez oferentów obowiązany jest on wyeliminować takich wykonawców z postępowania.

W zaistniałym stanie faktycznym zachodziły przesłanki do odrzucenia ofert firm Czyścioch BIS Sp. z o. o. i MPK Sp. z o. o. zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) i art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy dnia 16.02.2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U, Nr 50 poz. 331 z zm.)

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafności zarzutów naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp, tj.:

1. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 6 ust, 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez bezpodstawne uznanie przez zamawiającego, że złożenie oferty przez odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
2. naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez zamawiającego i sporządzenie niepełnego, sprzecznego wewnątrznie uzasadnienia czynności w postaci odrzucenia oferty odwołującego, a także niepoprawne powołanie podstawy prawnej odrzucenia oferty. Uzasadnienie kwestionowanej czynności zamawiającego należało nawet uznać za wyjątkowo wyczerpujące i poparte konkretnymi i jednoznacznymi dowodami, którym odwołujący nie był w stanie zaprzeczyć,
3. naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu – oferta odwołującego została zasadnie odrzucona i nie podlegała wyborowi;

W konsekwencji nie doszło również do naruszenia zasad postępowania określonych w art. 7 ust. 1, ust. 3 ustawy Pzp.

Skoro czynność odrzucenia oferty odwołującego znajdowała normatywne wsparcie, nie miało znaczenia, że nie potwierdził się zarzut, że obydwaj oferenci nie wypowiedzieli się w związku z przynależnością do tej samej grupy kapitałowej, że przytoczony fakt powiązania kapitałowego nie narusza zasad (...) konkurencji zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 5 w związku z art. 24b ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut zawiązania porozumienia dotyczącego ceny składanych ofert i uzgodnionych działań w tym zakresie przez odwołującego oraz wykonawcę Czyścioch BIS Sp. z o.o. był niezależny od ewentualnych powiązań kapitałowych tych podmiotów.

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

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Zaliczeniu na poczet kosztów postępowania podlegał uiszczony wpis od odwołania, stosownie do postanowień § 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:

Członkowie:

.....