

WYROK

z dnia 11 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 11 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2017 r. przez **wykonawcę M. Sp. z o.o. z siedzibą w S.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Miasto R. z siedzibą w R.**

przy udziale **wykonawcy N. Sp. z o.o. z siedzibą w S.** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Odwołującego**

przy udziale **wykonawcy A. Sp. z o.o. z siedzibą w R.** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę M. Sp. z o.o. z siedzibą w S.** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w R.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto R. z siedzibą w R. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Roboty budowlane polegające na budowie boisk sportowych dla Szkoły Podstawowej nr 9 w R.*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. (zwany dalej „*Odwołującym*”) w dniu 27 września 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że wykonawcy – w tym Odwołujący – zawarli ze sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców: M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz N. Sp. z o.o. z siedzibą w S., jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 28 września 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego w dniu 2 października 2017 r. zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy: 1) N. Sp. z o.o. z siedzibą w S. – przystąpienie po stronie Odwołującego, 2) A. Sp. z o.o. z siedzibą w R. – przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy A. Sp. z o.o. z siedzibą w R. oraz przystąpienia po stronie Odwołującego wykonawcy N. Sp. z o.o. z siedzibą w S. (zwanym dalej odpowiednio: „Przystępującym A.” oraz „Przystępującym N.”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Roboty budowlane polegające na budowie boisk sportowych dla Szkoły Podstawowej nr 9 w R.”.*

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. N. Sp. z o.o. z siedzibą w S. – 365.000,00 zł;
2. M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. – 420.000,00 zł;
3. A. Sp. z o.o. z siedzibą w R. – 490.230,69 zł.

/dokumentacja postępowania: Informacja o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z dnia 22 września 2017 r./.

W dniu 22 września 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców N. Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. o wykluczeniu ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Informacja o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z dnia 22 września 2017 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. wniósł odwołanie w dniu 27 września 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. z dnia 27 września 2017 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, wykluczającego Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Wprowadzony przepis - nowelizacją z dnia nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) – miał w swym celu wykluczać sytuacje, w których takie praktyki będą miały miejsce.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję poprzez stosowne dowody złożone w tej sprawie. Złożone dowody oraz przywołane okoliczności wskazują na to, że wykonawcy M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz N. Sp. z o.o. z siedzibą w S. są ze sobą powiązani i zawarli porozumienie mające na celu uzyskanie wyższej ceny za realizację zamówienia publicznego. Porozumienie to polegać miało na tym, że wykonawcy oferowali ceny z odpowiednim „rozstawieniem” cenowym a następnie wykonawca z tańszą ofertą wycofywał się z podpisania umowy, bądź na etapie postępowania nie uzupełniał brakujących dokumentów. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wszystkie okoliczności oraz dowody wskazują, że w tym postępowaniu zostało zawarte porozumienie pomiędzy wykonawcami N. Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz M. Sp. z o.o. z siedzibą w S.. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że pomiędzy spółkami: Odwołującego i Przystępującego N. istnieją powiązania rodzinne. Prezesem Zarządu firmy N. Sp. z o.o. z siedzibą w S. jest Pani J. K., zaś Prezesem Zarządu firmy M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. jest Pan R. K. Jak wynika ze złożonych dowodów obie firmy mają swoje siedziby w S., zaś oddziały tych spółek mieszczą się pod tym samym adresem w R. Nie ulega również wątpliwości, że obie spółki zawarły w tym samym dniu umowy spółek przed tym samym notariuszem. Bezspornym jest również to, że gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium obydwu wykonawców są wystawione przez tego samego gwaranta w tym samym dniu, z gwarancją pod kolejnymi numerami. Ponadto co jest istotne w tej sprawie wykonawca N. Sp. z o.o. z siedzibą w S. dwukrotnie wzywany do złożenia dokumentów i oświadczeń

potwierdzających spełnienie warunków udziału oraz braku podstaw do wykluczenia nie uzupełnił brakujących dokumentów. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że brak reakcji wykonawcy – na dwukrotne wezwanie Zamawiającego – którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wskazuje na świadome działanie doprowadzenia do wykluczenia go z postępowania i wyboru przez Zamawiającego oferty droższej – powiązanej z tym wykonawcą. Ponadto na uwagę zasługuje również fakt, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu na niniejsze zamówienie oferty zostały złożone przez wykonawcę M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz P. Sp. z o.o. jednak obie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w związku z wadliwie wniesionym wadium. Oba wadia zawierały identyczne błędy. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że wykonawca P. Sp. z o.o. – który poprzednio – startował w tym postępowaniu jako wykonawca, w obecnym postępowaniu występuje jako podwykonawca firmy N. Sp. z o.o. Nie ulega również wątpliwości, że oddział wykonawcy P. Sp. z o.o. również mieści się w R. pod tym samym adresem co oddział spółek N. Sp. z o.o. oraz M. Sp. z o.o. Zamawiający zwrócił również uwagę na podobieństwo ofert - wykonawcy N. Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz wykonawcy M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. - pod względem graficznym. Obie oferty były uzupełniane ręcznie, zawierały te same błędy, również te same błędy ortograficzne. Ponadto wykonawca N. Sp. z o.o. nie wstępował do Zamawiającego o przedłużenie terminu na uzupełnienie brakujących dokumentów. Izba nie uznała argumentacji Przystępującego N. jakoby nieuzupełnienie brakujących dokumentów wynikać miało z okresu urlopowego – gdyż wykonawca startujący niejednokrotnie w postępowaniu ma świadomość konieczności ustanowienia pełnomocnika działającego w jego imieniu. Zamawiający zwrócił uwagę, na pojawiający się mechanizm zakładania spółek, z których jedna występuje jako wykonawca (bądź podwykonawca), a następnie udostępnia swoje doświadczenie innej spółce. Zamawiający zauważył również że w poprzednio prowadzonym postępowaniu wykonawca N. Sp. z o.o. złożył ofertę na kwotę znacząco wyższą niż w obecnie prowadzonym postępowaniu na to samo zadanie. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że z jednej strony Przystępujący N. twierdzi, że spółki te ze sobą konkurują, jednak gdy, obie spółki pojawiają się w konkretnym postępowaniu, to składają oferty z cenami z różnicą kaskadową, pomiędzy cenami nie występują drobne różnice, zaoferowane ceny są zawsze zaokrąglone do pełnych złotych. Izba zgodziła się z Przystępującym A., że wykazanie porozumienia – stosownymi dowodami – jak to wynika z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp nie musi wiązać się z koniecznością przedstawienia dowodów bezpośrednich na okoliczność zawarcia takiego porozumienia. Nie ulega wątpliwości, że również dowody pośrednie – w postaci odpisów KRS, umów, wezwań o uzupełnienie – mogą wskazywać na zawarcie takiego porozumienia – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Nie ulega wątpliwości, że takie działanie obu wykonawców – N. Sp. z o.o. oraz M. Sp. z o.o. – zakłóca konkurencję w postępowaniu oraz naraża

Zamawiającego na szkodę. Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., z którego wynika, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów może na podstawie domniemań faktycznych dojść do wniosku, że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję (OSNAPiUS 2008 nr 1-2, poz. 25, str. 72). Analogicznie orzecznictwo KIO niejednokrotnie wskazywało, że porozumienie zawarte pomiędzy wykonawcami - zakłócające konkurencję - odnosi się również do nieformalnych przejawów/działań przedsiębiorców w tym zakresie, dlatego też Zamawiający zobowiązany jest do badania nie tylko samego porozumienia, ale wszelkich okoliczności towarzyszących jego zawarciu i późniejszej jego realizacji. Dla stwierdzenia porozumienia nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć. Odnosząc się jeszcze do argumentacji Przystępującego N., że doszło do przekształceń i zmian w omawianych spółkach zgodzić należało się z Zamawiającym, że na tę okoliczność nie zostały złożone żadne dowody.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku.

Przewodniczący:

.....