

Sygn. akt KIO/UZP 957/09

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Barbara Bettman**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum wykonawców: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V. Holandia; ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Szczecin, pl. Armii Krajowej 1, 70- 456 Szczecin** protestu z dnia 19 czerwca 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum wykonawców: Dom Inżynierski „PROMIS” S.A., Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „Inwestprojekt Śląsk”; ul. Stożkowa 2, 70-223 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum wykonawców: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V. Holandia; ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum wykonawców: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V. Holandia; ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **606 zł 00 gr** (słownie: sześćset sześć złotych zero groszy) przez **Konsorcjum wykonawców: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V. Holandia, ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** na rzecz **Gminy Miasta Szczecin, pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum wykonawców: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V. Holandia; ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań.**

U z a s a d n i e

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S4-004809 w dniu 08.01.2009r.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu na zadaniu: Budowa Hali widowiskowo - sportowej w Szczecinie przy ul. Szafera.

Zamawiającym jest Gmina Miasto Szczecin Pl. Armii Krajowej I, 70-456 Szczecin zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołującym jest Konsorcjum wykonawców: Grontmij Nederland B.V De Holle Bilt 22, 3732HM De Bilt, Holandia i Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35; 60-164 Poznań reprezentowane przez Grontmij Polska Sp. z o.o. zwane dalej „Odwołującym”.

Przystępującym do postępowania odwoławczego jest Konsorcjum wykonawców: Dom Inżynierski „PROMIS” S.A., Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „Inwestprojekt Śląsk”; ul. Stośława 2, 70-223 Szczecin zwany dalej „Przystępującym do postępowania odwoławczego” lub „Konsorcjum PROMIS”.

Pismem z dnia 10. 07. 2009r. Odwołujący złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego na:

- 1 dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w składzie: (1) Dom Inżynierski PROMIS S.A. oraz (2) Spółdzielnia Projektowania i Usług Inwestycyjnych „Inwestprojekt Śląsk” (dalej łącznie: "Konsorcjum PROMIS ");
- 2 zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum PROMIS;
- 3 zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PROMIS;

i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” w zw. 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.) zwanej dalej ustawa OKiK; art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy;

art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy;

Odwołujący wnosi o:

- 1 dokonanie ponownej oceny ofert;
- 2 wykluczenie z postępowania Konsorcjum PROMIS;
- 3 odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum PROMIS;

W uzasadnieniu przedstawiono następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Odwołujący wnosząc odwołanie podtrzymał wszelkie zarzuty i żądania zawarte w proteście. Odwołujący w pełni podtrzymuje argumentację zawartą w proteście, iż Porozumienie narusza postanowienia Ustawy OKiK w myśl której 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. Wedle postanowień art. 6 ust. 2 Ustawy OKiK porozumienia, o których mowa w art. 6 ust. 1 tej ustawy są w całości lub w odpowiedniej części nieważne, z zastrzeżeniem art. 7 i 8.

Porozumienie zostało zawarte przez podmioty, które uczestniczą w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. PUI EKO-INWEST S.A. oraz Dom Inżynierski PROMIS S.A., który jest jednym z członków Konsorcjum PROMIS.

Jak wskazują postanowienia pkt 8.3. Porozumienia, udostępnianie kadry będzie dokonywane z zasadą równości Stron w przypadku składania ofert niezależnych w tym samym postępowaniu przetargowym. Udostępnianie zasobów do przetargu nie wymaga osobnej zgody. Jak zatem widać wskazane postanowienie Porozumienia odnosi się do samodzielnego uczestnictwa każdej ze stron Porozumienia w postępowaniach przetargowych. Uczestnictwo w charakterze samodzielnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oznacza, iż każda ze Stron Porozumienia ma status samodzielnego wykonawcy w rozumieniu ustawy. W związku z powyższym, ich interesy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są rozbieżne, ponieważ jako samodzielni wykonawcy konkurują ze sobą ubiegając się o udzielenie zamówienia. W świetle wskazanych postanowień Porozumienia konkurencja powyższa jest jednak tylko pozorna, bowiem każda ze Stron wspiera drugą udostępniając jej kadrę i to bez konieczności udzielania odrębnej zgody (vide: pkt 8.3. Porozumienia). Wykonanie przez Strony postanowień Porozumienia powoduje, iż ich szansa na uzyskanie zamówienia rośnie w stosunku do sytuacji w pełni samodzielnego ubiegania się o zamówienie bądź ubiegania się wspólnie na warunkach opisanych w art. 23 ust. 1 ustawy. W takiej sytuacji bądź jedna bądź druga strona uzyskuje zamówienie, przy czym jednocześnie Strony Porozumienia zawarły kategoriyczny obowiązek podzlecenia sobie zadań (vide: pkt 7 Porozumienia). W świetle powyższych zapisów Porozumienia, aż nadto widoczny jest niekonkurencyjny cel powyższego Porozumienia. Strony Porozumienia nie wskazują bowiem, iż zawrą konsorcjum celem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, ale będą wspierać się w przypadku samodzielnego uczestnictwa w postępowaniu, chociaż w świetle ustawy są konkurentami.

Jak wskazuje orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zmowy przetargowe z art. 6 ust. 1 pkt 7) Ustawy o OKiK mogą spowodować zakłócenie efektywności systemu zamówień publicznych poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez wykonawców w warunkach konkurencji (tak Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku sygn. akt XVII Ama 117/05).

Odwołujący raz jeszcze podnoszą, iż porozumienia analogicznej treści jak Porozumienie wskazywane w niniejszym proteście były kwalifikowane przez organy ochrony konkurencji i konsumentów jako porozumienia zakazane w świetle Ustawy OKiK. W decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 listopada 2002 r. nr RKR -27/2002 zakwestionowano porozumienie pomiędzy przedsiębiorstwami autobusowymi

przystępującymi do przetargu prowadzonego w trybie PZP dotyczące udostępniania sobie bazy transportowej.

W związku z faktem, iż Porozumienie jest sprzeczne z prawem, to tym samym na podstawie art. 6 ust. 2 Ustawy OKiK jest dotknięte sankcją nieważności.

Ponieważ stosunek prawny będący podstawą do wykazania przez Konsorcjum PROMIS, iż dysponuje ono osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest nieważny to tym samym nie można uznać, iż Konsorcjum PROMIS udokumentowało spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Okoliczność ta stanowi przesłankę do wykluczenia Konsorcjum PROMIS z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazują dodatkowo, iż obowiązkiem wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest wykazanie, iż dysponuje osobami do wykonania zamówienia albo przedstawienie pisemnego zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia (vide: art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP). Jak wskazuje przepis art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. Unii Europejskiej Seria L 2004 r. Nr 134 s. 114 -dalej: "Dyrektywa 2004/18") podstawą do wykazania się przez wykonawcę potencjałem ludzkim innego podmiotu jest jakikolwiek stosunek prawny. Oznacza to, że wykonawca wykazując się potencjałem osób trzecich musi to uczynić z poszanowaniem porządku prawnego. Skoro Dyrektywa 2004/18 używa pojęcia "charakter prawny" a nie pojęcia charakter faktyczny, to tym samym wskazuje, iż wykazywanie się potencjałem osób trzecich jest dozwolone, ale zawsze z poszanowaniem prawa.

Jak wskazano to powyżej, Porozumienie jest w sposób niewątpliwie sprzeczne z prawem. W sposób rażąco narusza też reguły konkurencji. Okoliczność ta nie może uchodzić uwadze Zamawiającego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zasadniczym, podniesionym do rangi zasady, obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Związany powyższą zasadą zamawiający musi dokonywać oceny ofert mając na uwadze ochronę konkurencji jako samodzielny przedmiot ochrony w świetle przepisów ustawy i prawa w ogóle. Z tego też powodu, sprzecznym z art. 7 ust. 1 PZP jest zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który wykazuje, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu (przedstawia zobowiązania do udostępniania osób zdolnych do wykonania zamówienia) w oparciu o

czynność prawną, która jako sprzeczna z prawem konkurencji, w ogóle nie korzysta z ochrony prawnej i jest traktowana jako nieważna.

Żadną miarą nie można się też zgodzić z rozstrzygnięciem protestu w zakresie drugiego z zarzutów, a mianowicie braku podstawy do dysponowania przez Konsorcjum PROMIS wskazanymi osobami. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu podnosi, Konsorcjum PROMIS na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożyło dokumenty wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym oświadczenia p. Władysława J. i p. Jolanty J.

Powyższe ustalenie jest sprzeczne z faktycznym stanem rzeczy. Jak wynika z dokumentów złożonych przez Konsorcjum PROMIS w odpowiedzi na uzupełnienie dokumentów w trybie art., 26 ust. 3 PZP, podstawą do dysponowania osobą p. Władysława J. i p. Jolanty J. jest oświadczenie złożone przez PUI EKOINWEST S.A. z dnia 26 maja 2009 r. Wedle treści tego oświadczenia PUI EKOINWEST S.A. udostępnia ww. osoby do realizacji zamówienia będącego przedmiotem przedmiotowego przetargu. Innej podstawy dysponowania osobami p. Władysława J. i p. Jolanty J. Konsorcjum PROMIS nie wskazuje. Co więcej, z treści przyłączenia się do postępowania protestacyjnego także wynika jednoznacznie, iż Konsorcjum PROMIS jako podstawę do dysponowania osobą p. Władysława J. i p. Jolanty J. wskazuje porozumienie z PUI EKO-INWEST S.A., a nie oświadczenia tychże osób. W piśmie z dnia 25 czerwca 2009 r. Konsorcjum PROMIS oświadcza: „Poza sporem pozostaje okoliczność istnienia złożenia oświadczenia wobec Przystępującego do Protestu przez Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO -INWEST S.A. ul. Lucjana Szenwalda 20, 71-281 Szczecin (zwane dalej EKOINWEST) w dniu 26 maja 2009 roku, na podstawie którego Przystępujący do Protestu dysponuje osobami Władysława J. oraz Jolanty J.”.

W związku z przywołanymi okolicznościami nie może być mowy o prawidłowym udokumentowaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a także w ogóle o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Okoliczności te są samodzielnymi podstawami do wykluczenia Konsorcjum w oparciu o przepisy art. 24 ust. 1 pkt 10) PZP oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP).

Niezależnie od kwalifikacji prawnej działania Konsorcjum PROMIS wynikającej przepisów Ustawy OKiK, wskazać należy, iż próba wykazywania się potencjałem ludzkim w oparciu o zakazane porozumienie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Nie jest to wprawdzie jeden z czynów wprost stypizowanych w postanowieniach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późno zm. -"Ustawa ZNK"), jednakże wypełnia on wszelkie znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wskazane w art. 3 ust. 1 Ustawy ZNK. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Poznaniu

w wyroku z dnia 20 lutego 2008 r. Czynem nieuczciwej konkurencji, jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale drugim ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) lub dobre obyczaje przez co zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta.

Posługiwanie się potencjałem ludzkim (nawet jeżeli jest prawnie nieskuteczne), wykonawcy będącego formalnie konkurentem w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zachowaniem, które prócz naruszenia prawa, narusza także dobre obyczaje przez co zagraża interesowi klienta (w tym przypadku Zamawiającego). Zamawiający ma bowiem pełne prawo oczekiwać, iż wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będą realnie ze sobą konkurować, a nie konkurować pozornie. Oczekiwanie to korzysta z ochrony prawnej nie tylko w aspekcie prawa publicznego (Ustawa OKiK), ale także prywatnego (Ustawa ZNK). Z tego też powodu oferta Konsorcjum PROMIS, oparta o dokumenty złożone na podstawie Porozumienia, powinna zostać odrzucona jako stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze okoliczności Odwołujący wnosi jak powyżej.

Pismem z dnia 19 czerwca 2009r. wniesiono protest, w którym zgłoszono zarzuty, żądania i okoliczności faktyczne i prawne jak w odwołaniu.

Do postępowania protestacyjnego, a następnie odwoławczego przystąpiło Konsorcjum PROMIS wnosząc o oddalenie w całości protestu i odwołania

Pismem z dnia 29 czerwca 2009 Zamawiający rozstrzygnął protest przez oddalenie w całości.

stwierdzając co następuje:

1. Wykonawca, Konsorcjum PROMIS, w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy p. z. p. prawidłowo uzupełnił dokumenty w nim wymagane. Wykonawca zaproponował inne osoby niż pierwotnie wskazał w ofercie na stanowiska Kierownika Zespołu Inżyniera Kontraktu i Asystenta Inspektora nadzoru robót budowlanych w zakresie konstrukcji stalowych. Wykonawca przedstawił dokument "Wykaz osób podmiotów przeznaczonych do wykonania zamówienia" oraz dokumenty zgodne z Rozdziałem V pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym oświadczenia złożone przez P-a. J. i P-ią J., w których zobowiązały się one do pełnienia funkcji, na które zaproponował je Wykonawca. Zamawiający weryfikując dokumenty i oświadczenia dochował należytej staranności. Na podstawie złożonych dokumentów

Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na dzień składania ofert, nie podlega wykluczeniu a jego oferta podlega ocenie.

2. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 ustawy w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy OKiK Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów na potwierdzenie bezprawności zawiązanego Porozumienia pomiędzy PROMIS S. A. a EKO -INWEST S. A. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób zapisy Porozumienia ograniczyły konkurencję lub w jaki sposób wpłynęły na treść oferty a w szczególności na jej cenę. Zamawiający nie może przyjąć argumentacji Odwołującego, jakoby kształt Porozumienia stwarzał realne ryzyko manipulowania przez jego strony postępowaniem i wpływaniem poprzez swoje działania lub zaniechania na jego wynik.
3. Zamawiający nie stwierdził, że wykazanie w postępowaniu osób wskazanych przez innego Wykonawcę, stanowi zagrożenie dla jego interesów a tym bardziej czyn nieuczciwej konkurencji. Zarówno w ofercie EKO -INWEST jak i Konsorcjum PROMIS uwzględnienie P-a J. i P-i J. nastąpiło na podstawie ich pisemnego zobowiązania do objęcia określonych funkcji przy realizacji przedmiotu zamówienia. Niniejsze osoby prowadzą samodzielnie działalność gospodarczą.

Wobec powyższego Zamawiający rozstrzygnął jak powyżej.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art 179 ust.1 ustawy, ponieważ w przypadku potwierdzenia się jego zarzutów co do nie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum PROMIS i nie odrzucenia oferty Konsorcjum PROMIS, jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Powyższe wynika z dokumentacji Zamawiającego Druk ZP-21 Streszczenie oceny i porównania złożonych ofert gdzie Odwołujący uplasował się na drugiej pozycji uzyskując 80,17 punktów, bezpośrednio po ofercie Konsorcjum PROMIS, która uzyskała 100 punktów, przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert..

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy w związku z art.6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 21 marca 2007r. O ochronie konkurencji i konsumentów i art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Zgodnie z art. 7 ust.1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Z kolei przywołany art.6 ust.1 pkt 7 ustawy OKiK reguluje zakaz 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 ust.2 art.6 tejże ustawy porozumienia takie są nieważne.

Odwołujący wskazując na treść art.3 ust.1 oraz ust.2 ustawy ZNK wskazał, że czynem nieuczciwej konkurencji może być również porozumienie spełniające przesłanki powyżej cytowanego art.6 ust.1 pkt 7 ustawy OKiK.

Na tej podstawie Odwołujący przywołując treść art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wniósł o odrzucenie oferty konsorcjum PROMIS jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący swoje żądanie oparł o Porozumienie z dnia 21.12.2008r. zawarte w Szczecinie pomiędzy wykonawcami EKO-INWEST S.A. a DOMEM INŻYNIERSKIM PROMIS S.A., którzy to w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty jako wykonawcy występujący o udzielenie zamówienia każdy z nich samodzielnie.

Wyżej wymienieni Wykonawcy jako motyw zawarcia przedmiotowego Porozumienia między innymi wskazali „Strony zamierzają podjąć współpracę w celu współdziałania w uzyskaniu zamówień i wspólnej realizacji przedsięwzięć”. Porozumienie składa się z następujących części: Definicje, Oświadczenia i zapewnienia stron, Cel porozumienia, Czas obowiązywania porozumienia, Zasady ustanawiania konsorcjum, Prawa i obowiązki konsorcjantów, Udział stron w realizacji zamówień, Udostępnianie kadry, dokumentów wzorcowych i procedur, Postanowienia końcowe. Poszczególne części Porozumienia regulują zasady, sposób i rodzaj współpracy, który przewiduje współpracę w ramach wspólnego występowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego czyli jako konsorcja, jak i samodzielne występowanie członków Porozumienia w postępowaniach o udzielenie zamówienia, co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Izba po dokonaniu analizy treści zapisów Porozumienia nie stwierdziła podstaw do uznania, iż w jakimkolwiek zakresie wypełnia ono dyspozycje cytowanego powyżej art.6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 21 marca 2007r. O ochronie konkurencji i konsumentów. Ponieważ w toku postępowania odwoławczego nie zostało wykazane, iż celem lub skutkiem zawarcia Porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji

na rynku zamówień publicznych odnoszącym się do przedmiotowego postępowania, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez wykonawców przystępujących do przetargu (EKO-INWEST i Konsorcjum PROMIS) w szczególności ceny. Przywoływany na rozprawie przez Odwołującego punkt 7 Porozumienia reguluje podzlecenie podwykonawstwa, co nie miało w przedmiotowym postępowaniu miejsca, ponieważ zarówno EKO-INWEST jak i Konsorcjum PROMIS w swoich ofertach nie wskazali podwykonawcy na co powoływał się na rozprawie Zamawiający, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący. Natomiast w ocenie Izby co do zasady postanowienia punktu 7 Porozumienia o tytule Udział stron w realizacji zamówień nie naruszają zasad uczciwej konkurencji definiowanej art.3 ust.1 oraz ust.2 ustawy ZNK jak i art.6 ust.1 pkt 7 ustawy OKiK.

Również w ocenie Izby regulacje ustawowe z OKiK powyżej wymienione nie potwierdziły się przy ocenie postanowień pkt 8 Udostępnianie kadry, dokumentów wzorcowych i procedur Porozumienia.

Reasumując należy zauważyć, że kwestionowane przez Odwołującego jako niezgodne z prawem Porozumienie ma charakter wskazujący na możliwość współpracy, a w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przewiduje ustalenie podziału zadań i obowiązków w umowie konsorcjum.

Nie jest zabronione przez obowiązujące prawo i w ocenie Izby nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji okoliczność, iż wykonawcy zawiązują Porozumienie, zgodnie z którym w niektórych postępowaniach występują jako konsorcjum, a winnych postępowaniach występują samodzielnie oraz, że przewidują współpracę w zakresie udostępniania potencjału osobowego nawzajem w przypadku udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe Izba oceniła przy uwzględnieniu, iż Odwołujący nie wykazał, że takie postępowanie utrudniło w przedmiotowym postępowaniu konkurencję. Bowiern na podstawie zawartych zapisów Porozumienia można byłoby czynić zarzut konsorcjum PROMIS tylko wtedy gdy działanie na podstawie zawartego Porozumienia utrudniłoby konkurencję, a czego Odwołujący nie wykazał w związku z jego udziałem w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie odniosła się do przywołanej przez Odwołującego decyzji nr RKR-27/2002 z dnia 7 listopada 2002r., ponieważ jak wykazał Przystępujący do postępowania odwoławczego decyzja została uchylona decyzją nr RKR-2/2003 z dnia 28 stycznia 2003r. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Tym samym w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy w związku z art.6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 21 marca 2007r. O ochronie konkurencji i konsumentów i art.89 ust.1 pkt 3 ustawy nie został przez Odwołującego wykazany.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy w związku z art.24 ust.1 pkt 10 oraz 24 ust.2 pkt 3 ustawy Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Zgodnie z art. 7 ust.1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Z kolei zgodnie z art.24 ust.1 pkt 10 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust.1-3 co w przedmiotowej sprawie odnosi się do treści ustawy , iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W przypadku nie wypełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu w myśl art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy z zastrzeżeniem art. 26 ust.3 ustawy o uzupełnieniu dokumentów. W tym, że też trybie art. 26 ust. 3 ustawy Konsorcjum PROMIS uzupełniło dokumenty przedkładając między innymi zobowiązanie osób prowadzących działalność gospodarczą do podjęcia się obowiązków i tak:

1. Pan inż. Władysław J. do podjęcia obowiązków Kierownika Zespołu Inżyniera Kontraktu oświadczenie z dnia 11. 02.2009r. , przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego do wglądu Izby w oryginale, na którym widniał podpis Pana inż. Władysława J. w oryginale.
2. Pani Jolanta J. podjęcia obowiązków Asystenta Inspektora nadzoru robót budowlanych w zakresie konstrukcji stalowych oświadczenie z dnia 11. 02.2009r. , przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego do wglądu Izby w oryginale, na którym widniał podpis Pani Jolanty J. w oryginale.

Obydwa oświadczenia były wystawione do przedmiotowego postępowania z określeniem jego nazwy to jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu na zadaniu: Budowa Hali widowiskowo - sportowej w Szczecinie przy ul. Szafera.

W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia postawionego zarzutu braku dyspozycji wyżej wymienionymi osobami nie ma znaczenia okoliczność, że te osoby zostały uprzednio zadysponowane w tym postępowaniu przez wykonawcę EKO- INWEST oraz nie mają jakiegokolwiek znaczenia załączone do uzupełnionych dokumentów zawarte Porozumienie z dnia 28.12.2009r. oraz oświadczenie EKO-INWEST z dnia 26.05.2009r. Bowiem z

oświadczeń tychże osób wynika, że zobowiązują się do współpracy na przedmiotowym zadaniu, nie z powodu przynależności prawnej do EKO-INWEST tylko z racji prowadzenia działalności gospodarczej.

Oświadczenie EKO-INWEST z dnia 26.05.2009r. o dysponowaniu tychże osobami jest oświadczeniem jednostronnym, nie potwierdzonym przez W.J. i J.J.

Nawet gdyby te osoby zobowiązały się do bycia w dyspozycji tylko i wyłącznie EKO-INWEST to złożenie drugiej dyspozycji dla Konsorcjum PROMIS jest skuteczne wobec Zamawiającego.

Tym bardziej, że obowiązujące przepisy nie zabraniają, aby np.: Pan W.J. przedstawił swoją dyspozycję w przedmiotowym postępowaniu wszystkim uczestniczącym oferentom.

Chociażby z uwagi na to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje się wyboru jednego wykonawcy w związku z tym złożenie dyspozycji swojej osoby nawet wszystkim wykonawcom jest skuteczne wobec prawa i rodzi skutki prawne wobec zamawiającego.

Natomiast relacje prawne pomiędzy W.J. i J.J. a EKO-INWEST są bez znaczenia prawnego w relacjach między W.J. i J.J. a Konsorcjum PROMIS , a dalej Zamawiającym.

W tym stanie rzeczy zarzut co do naruszenia art. 7 ust.1 ustawy w związku z art.24 ust.1 pkt 10 oraz 24 ust.2 pkt 3 ustawy, w ocenie Izby, nie potwierdził się.

Reasumując w ocenie Izby Odwołujący wskazuje na niekonkurencyjne zapisy Porozumienia, ale nie wykazuje wpływu tych zapisów na zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przy uwzględnieniu, że kryterium wyboru oferty jest najniższa cena.

Bowiem Odwołujący nie wykazał, że jakkolwiek z zapisów Porozumienia utrudnia Odwołującemu zaoferowanie najniższej ceny w złożonej przez niego ofercie i uzyskania zamówienia.

W związku z powyższym odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust.6 i 7 ustawy zasądając koszty Zamawiającego na podstawie przedstawionej faktury za przejazd koleją.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*