

Sygn. akt: KIO 642/13

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 2 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 2 kwietnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2013 r. przez **wykonawcę H..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych H..... K... z siedzibą w Będzinie, ul. Wolności 28a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Sosnowiec – Prezydenta Miasta Sosnowiec, Urząd Miasta Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20**

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę H..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... z siedzibą w Będzinie, ul. Wolności 28a** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na pielęgnację i wycinkę drzew na terenie miasta Sosnowca zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Sosnowiec – Prezydenta Miasta Sosnowca, Urząd Miasta Sosnowca, Al. Zwycięstwa 20, ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 grudnia 2013r. za numerem 2012/S 233 – 383360.

W dniu 12 marca 2013r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty D..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DALPINEX D..... B..... z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Karpacka 24. zamawiający poinformował również, że innymi ważnymi ofertami są:

oferta Nr 1 - złożona przez M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni, ul. Nowy Świat 66, 41-706 Ruda Śląska - cena ofertowa - 1.290.908,88 zł - co stanowi 46,64 pkt w ramach kryterium oceny ofert - cena - 100%;

oferta Nr 2 - złożona przez J..... S..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni, ul. Nowy Świat 66, 41 - 706 Ruda Śląska - cena ofertowa - 1.126.284,48 zł - co stanowi 53,46 pkt w ramach kryterium oceny ofert - cena - 100%;

oferta Nr 7 - złożona przez H..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28a, 42 - 500 Będzin – cena ofertowa - 1.155.605,96 zł - co stanowi 52,10 pkt w ramach kryterium oceny ofert - cena - 100%.

Z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczono następujących wykonawców:

M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DACHMAR, ul. Podwarpie 59a, 42-510 Wojkowice Kościelne (*oferta Nr 3*);

- J..... Ż..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Czystościowych i Komunalnych ul. Małobądzka 84, 42-500 Będzin (*oferta Nr 5*)

Odrzucono oferty:

M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DACHMAR, ul. Podwarpie 59a, 42-510 Wojkowice Kościelne (*oferta Nr 3*);

- W..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Park Leśny Zakład Usługowy, ul. Ustroń 3, 44-122 Gliwice (*oferta Nr 4*);

- J..... Ż..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Czystościowych i Komunalnych ul. Małobądzka 84, 42-500 Będzin (oferta Nr 5).

W dniu 19 marca 2013r. odwołanie wniosła H..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... z siedzibą w Będzinie, ul. Wolności 28a, zwana dalej odwołującą H..... K....., od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na:

- 1) rozstrzygnięciu postępowania niezgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „siwz” i nie odrzuceniu oferty nr 6;
  - 2) niezgodnym z przepisami prawa uznaniu ofert nr 1 oraz nr 2 jako ważnych.
- zamawiającemu zarzuciła naruszenie przepisów prawa, a w szczególności:
1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy), gdyż wykonawcy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
  2. art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16.07.2007 o Ochronie Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. nr 50 poz. 331 z późn. zm.) wykonawcy złożyli odrębne oferty;
- oraz art. 7 ust. 1 ustawy i 7 ust. 3 ustawy, a także art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy.

Wniosła o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku odwołującego i odrzuceniem oferty nr 6 jako nie spełniającej zapisów w siwz oraz ofert nr 1 i nr 2 jako firm działających w zmwowie cenowej; oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podniosła, że oferta wybrana powinna być odrzucona z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ nie spełnia warunków określonych w siwz. Na stronie 12 siwz w punkcie 12 „Opis sposobu obliczania ceny” zamawiający postanowił:

„Wykonawca wpisze wyliczone metodą kalkulacji własnej ceny jednostkowe dla wszystkich pozycji wyszczególnionych w /Załączniku Nr 8/ Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności. wykonawca winien załączyć do oferty szczegółowe wyliczenia dla pozycji 2; 4; 7; 8 Załącznika Nr 8 do oferty - Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności”.

oraz na stronie 20 w punkcie 3 siwz:

„Wykonawca winien załączyć do oferty szczegółowe wyliczenia dla pozycji 2; 4; 7; 8

Załącznika Nr 8 do oferty - Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności”.

W tabeli - Załącznik nr 8 na stronie 33 SIWZ w pozycji 2, 4, 7, 8 w rubryce podstawa wyceny i opis czynności do wykonania zamawiający wskazał:

„Wycena indywidualna obejmująca:

- wycinkę drzew,
- pracę piły i podnośnika,
- pracę podnośnika,
- załadunek i wywóz dłużycy, gałęzi,
- oczyszczenie terenu,
- +koszty utylizacji, pomniejszona o wartość odzyskanego drewna.”

Szczegółowe wyliczenia powinny obejmować 6 pozycji - czynności rozpisanych w siwz przez zamawiającego, a oferta nr 6 firmy DALPINEX D..... B..... na stronie 14 zawiera tylko i wyłącznie ceny jednostkowe określone jako „Wartość odzyskanego drewna”, tym samym nie spełnia zapisów z siwz, ponieważ brak jest cen jednostkowych pozostałych elementów, tym samym oferta powinna być odrzucona.

Zdanie, które zamawiający napisał w uzasadnieniu, tj. „szczegółowe wyliczenia dla wskazanych pozycji miały na celu wykazanie przez wykonawcę jaką wartość w ogólnej cenie jednostkowej zadeklarowanej w kosztorysie ofertowym stanowi odzysk drewna” - stanowi nadinterpretację siwz i nie znajduje na żadnej stronie SIWZ potwierdzenia, że zamawiającemu chodziło tylko i wyłącznie o odzysk drewna. Dlatego oferta wybrana nie spełnia warunków siwz - „wykonawca winien załączyć do oferty szczegółowe wyliczenia dla pozycji 2; 4; 7; 8 Załącznika Nr 8 do oferty - Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności”.

Ponadto w postępowaniu oferta nr 1 została złożona przez firmę M..... S..... prowadzącego działalność pod nazwą: Urządzenie i Utrzymanie Terenów Zieleni, ul. Nowy Świat 66, 41-706 Ruda Śląska, tel: 32/244-75-10, fax: 32/244-75-11 oraz oferta nr 2 złożona przez firmę J..... S..... pod nazwą Urządzenie i Utrzymanie Terenów Zieleni, ul. Nowy Świat 66, 41-706 Ruda Śląska, tel: 32/244-75-10, fax: 32/244-75-11.

Obie firmy pod taką samą nazwą, takim samym adresem, takim samym numerem telefonu i faksu, z tym że jedną prowadzi żona, a drugą mąż. Mąż składa ofertę z wyższą ceną i wszystkimi dokumentami, czyli kompletną, natomiast żona składa ofertę z niższą ceną niekompletną (wezwanie do uzupełnienia). W myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy ofertę odrzuca się jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Ponadto ustawa z dnia 16.02.2007 roku o Ochronie Konkurencji i Konsumentów mówi w art. 6 ust. 1 „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji

na rynku właściwym, polegające w szczególności na - podpunkt 7 - uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i organizatora przetargu warunków składanych ofert w szczególności zakresu prac i ceny”.

W przypadku, w ocenie odwołującej H..... K....., nastąpiła „zmowa firm” powiązanych osobowo (mąż i żona) oraz kapitałowo (wspólna siedziba).

Według tekstu Pana K..... K..... dotyczącego „Zmowy przetargowej”, a zawartego w systemie Informacji Prawnej Lex (Lex dla Samorządu Terytorialnego) 15/2009 jest wpisane:

„Daleko idące negatywne skutki, jakie dla wolności konkurencji oraz zasad uczciwej gry rynkowej wywołuje zmowa przetargowa uzasadniają uznanie tego porozumienia za takie, którego celem jest ograniczenie konkurencji. W związku z tym nie jest konieczne, aby porozumienie to zostało faktycznie zrealizowane, wystarczający jest sam zamiar wpłynięcia przedsiębiorców w sposób niedozwolony na wynik przetargu” (oferta żony i oferta męża).

Przepis art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi ponadto, iż „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnienie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku...”

Przesądza o tym art. 7 ust. 2 Ustawy Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Uznanie za uzgodnione zachowanie przedsiębiorców stanowiło „zmowę” zakazaną na mocy art. 6 ust. 1 pkt. 7 UOKK. Zgodnie z dalszą interpretacją zawarta umowa może być zakwestionowana w trybie art. 70 § 1 K.C. Zgodnie z tym zapisem organizator lub uczestnik przetargu może żądać unieważnienia zawartej w wyniku przetargu umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik albo osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami (Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 stanowi „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”).

Ponadto odwołująca H..... K..... zauważyła, że w prawie wspólnotowym uznanie zmowy przetargowej (tzw. bid rigging) za praktykę zakazaną może nastąpić w oparciu o klauzulę generalną przewidzianą w art. 81 ust. 1 (ogólny zakaz zawierania porozumień antykonkurencyjnych).

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione okoliczności, odwołująca H..... K..... uważa, że jej interes prawny doznał uszczerbku i wniosła o uwzględnienie odwołania w całości. Na wsparcie swojej argumentacji przedłożyła decyzję nr RKR -24/2011 z dnia 27 lipca 2011 roku.

Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 marca 2013r.

W dniu 18 marca 2013r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię oraz wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 29 marca 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wskazując, że uwzględni odwołanie w zakresie zaniechania odrzucenia oferty DALPINEX tj. oferty nr 6 i powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku odwołującej H..... K..... i odrzuceniem oferty nr 6 jako nie spełniającej zapisów siwz. W zakresie nieważności ofert nr 1 i 2 zamawiający uznał zarzut za bezprzedmiotowy, ponieważ wykonawcy pozostający w związku małżeńskim prowadzący dwie odrębne działalności gospodarcze mają możliwość złożenia ofert w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odpowiedź została podpisana przez I Zastępcę Prezydenta.

W dniu 2 kwietnia 2013r. odwołujący cofnął zarzut dotyczący ofert nr 1 i 2 tj. złożonych przez wykonawców J..... S..... i M..... S....., oświadczając, że na skutek zobowiązania się zamawiającego do powtórzenia czynności oceny ofert, jest on na tym etapie postępowania przedwczesny.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzut odwołania tj. zaniechania odrzucenia oferty DALPINEX tj. oferty nr 6 i powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku odwołującej H..... K..... i odrzuceniem oferty nr 6 jako nie spełniającej zapisów siwz, a jednocześnie odwołujący cofnął ostatni pozostały zarzut – należało uznać, że zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Cofnięcie zarzutu jest czynnością dyspozytywną odwołującego i wywołuje skutki od chwili wniesienia odwołania. Nie nastąpiło także skuteczne zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego, zaszyły zatem podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku

zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący .....**