

## Zmowa przetargowa

Kategoria: Aktualności

Opublikowano: piątek, 23, sierpień 2013 00:00

Rafał Rudka

Odłony: 2075

---

Publikujemy interesujący wyrok KIO (nr 1353/13 z dnia 20 czerwca 2013 r.) dotyczący umowy przetargowej.

„Na wstępie wskazać należy, że postępowanie o zamówienie publiczne zostało wszczęte w dniu 16 października 2012 roku, a zatem przed dniem wejścia w życie znowelizowanych przepisów ustawy Pzp, w tym art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp dotyczącego wykluczania wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, o ile nie wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes, innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Zakaz zmwów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny.

Opierając się na stanowisku Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 9 sierpnia 2006r. (sygn. akt III SK 6/06), w którym stwierdzono, że: „przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe”, Izba uznała za wiarygodne i wystarczające dla stwierdzenia istnienia niedozwolonego porozumienia między wykonawcami dowody i twierdzenia przedstawione przez odwołującego. Wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany był pogląd, że istnienie zmywy przetargowej powinno być oceniane po rezultatach i skutkach działań oraz mając na uwadze wszystkie okoliczności sprawy.

Niewątpliwie pomiędzy spółkami B(...) Sp. z o.o. oraz A(...) S.A. istnieją powiązania kapitałowe i osobowe. (...)

W obu ofertach znajdują się pełnomocnictwa z tego samego dnia 8 maja 2013 roku, udzielone przez pana Marka J.(...) - Prezesa Zarządu A(...) S.A. i jednocześnie członka zarządu B(...) Sp. z o.o. (...). Oba pełnomocnictwa mają identyczną treść i umocowują osoby tam wskazane do „samodzielnego działania w imieniu i na rzecz Spółki we wszelkich sprawach związanych z udziałem Spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego organizowanego przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (...) na: Świadczenie usług budowy, rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego wspierających realizację programów operacyjnych współfinansowanych ze środków UE (...).

Tożsamość osoby decyzyjnej w obu spółkach przemawia za tym, że udzielenie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, tylko w odniesieniu do oferty B (...) Sp. z o.o. droższej o ponad 2 mln złotych od oferty A(...) S.A. - w odniesieniu do której zaniechano udzielenia wyjaśnień - było działaniem świadomym, mającym na celu uzyskanie zamówienia publicznego przez spółkę wchodzącą w skład tej samej grupy kapitałowej za cenę wyższą.

Dodatkowo o istnieniu niedozwolonego porozumienia przetargowego między spółkami, świadczą

## Zmowa przetargowa

Kategoria: Aktualności

Opublikowano: piątek, 23, sierpień 2013 00:00

Rafał Rudka

Odslony: 2075

---

wykazywane przez odwołującego w toku rozprawy podobieństwa obu ofert. Odwołujący wykazał, że oferty A(...) S.A. oraz B(...) sp. z o.o. były przygotowane przez tą samą osobę i z użyciem tych samych narzędzi. Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego złożoną przez odwołującego opinię eksperta z zakresu badania pisma ręcznego, maszynowego, podpisów, odcisków pieczętek i dokumentów z dnia 18 czerwca 2013 roku, sporządzoną przez mgr Bogdana P(...) - biegłego z zakresu badania dokumentów przy Sądzie Okręgowym Warszawa - Praga. W ocenie Izby dowód ten stanowi potwierdzenie tego, że ręcznego wpisania numerów na stronach „Spis treści” w obu ofertach dokonała ta sama osoba oraz że do przygotowania oferty posłużono się tymi samymi narzędziami tj. numeratorem stron i pieczęcią „za zgodność z oryginałem”.

Bezsporne są także inne wskazywane przez odwołującego podobieństwa obu ofert:

1. identyczny błąd pisarski w obu ofertach: „kopia dowód wniesienia wadium”,
2. identyczność sposobu zapisu daty w prawym górnym rogu formularza „Warszawa dnia 8-05-2013”.
3. identyczny zakres podwykonawstwa, określony w pkt 8 Formularzy ofertowych, przekraczający 95% ceny każdej z ofert.

Podkreślić należy, że obie spółki zdecydowały się powierzyć realizację tych samych części zamówienia podwykonawcom, jednocześnie z uwagi na zakres powierzonych prac ich wartość ma największy wpływ na całkowitą cenę oferty.

Wskazać należy, że istotnie ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu oraz podejmowanie przez nich działań w toku procedury o zamówienie publiczne, które prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji, wpływa negatywnie na uczciwą konkurencję albo stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. W rozpatrywanym stanie faktycznym mamy do czynienia ze splotem wielu okoliczności, które rozpatrywane łącznie dowodzą istnienia porozumienia między wykonawcami B(...) Sp. z o.o. oraz A(...) S.A., mającemu na celu zachwianie równowagi między konkurentami i uzyskanie zamówienia za wyższą cenę. Okoliczności sprawy wskazują na to, że powiązane ze sobą kapitałowo i osobowo spółki, świadomie wykorzystały mechanizm przewidziany w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, umożliwiający uchylene się od udzielenia wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny i działaniem tym doprowadziły do wyboru oferty, należącej do tej samej grupy kapitałowej za cenę o ponad 2 mln wyższą. Działanie takie należy ocenić jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, mające na celu uzyskanie korzyści w sferze gospodarczej. Spółki, działające w porozumieniu poprzez swoje celowe działania i zaniechania, podjęte w toku postępowania wpłynęły na podjęcie przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty droższej o ponad 2mln zł. Ponadto działaniem swym spółki doprowadziły do ograniczenia konkurencji pomiędzy sobą, która winna być niewątpliwie podstawowym celem działania wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamiar i cel porozumienia zawartego pomiędzy spółkami wynika z całokształtu okoliczności związanych ze złożeniem ofert a także działaniami podjętymi w toku procedury o zamówienie publiczne”.

Pełny tekst orzeczenia dostępny jest poniżej.

*Źródło: Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 7/2013*