

Sygn. akt: KIO 229/21

WYROK
z dnia 17 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Beata Pakulska – Banach
Katarzyna Poprawa

Protokolant:

Adam

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2021 r. przez wykonawcę Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bartel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Wimed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tuchowie oraz Planeta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego - Zakładu Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego - Zarządu Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie kwotę 487 zł 92 gr (słownie: czterysta osiemdziesiąt siedem złotych i dziewięćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem dojazdu na wyznaczoną rozprawę i noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 229/21

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Roboty w zakresie utrzymania oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na terenie Miasta Krakowa z podziałem na 4 części: Część 1: Rejon I „Śródmieście”, Część 2: Rejon II „Podgórze”, Część 3: Rejon III „Krowodrza”, Część 4: Rejon IV „Nowa Huta”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 października 2020 r. pod numerem 2020/S 200-484076. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 19 stycznia 2021 r. wykonawca Zakład Zabezpieczenia Ruchu Drogowego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru w części 1 i 3 zamówienia oferty konsorcjum firm Bartel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, WIMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tuchowie oraz Planeta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum Bartel”) podlegającej odrzuceniu, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, zaniechania wykluczenia wykonawców, co do których istnieje silne podejrzenie, że mogą działać w niedozwolonym porozumieniu zmierzającym do bezprawnego podziału rynku oraz wyeliminowania konkurencji oraz zaniechania podjęcia badania czy wykonawca, którego oferta została wybrana posiada wymagane zdolności do wykonania zadania, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegające na nieodrzućeniu oferty, która spełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polegające na nieodrzućeniu oferty, która zawiera rażąco niską cenę;
3. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp polegające na niewykluczeniu wykonawcy, który pozostaje w porozumieniu z innymi wykonawcami;
4. art. 22d ust. 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu czynności badania zaangażowania wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze mające wpływ na realizację zadań wyznaczonych postępowaniem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. wykonanie czynności odrzucenia wybranej oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualnie unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Bartel;
2. wykonanie czynności badania ofert, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp pod kątem istnienia rażąco niskiej ceny;
3. powtórzenie czynności oceny wykonawców oraz dokonanie czynności wykluczenia wykonawców, co do których istnieje podejrzenie pozostawania w niedozwolonym porozumieniu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp;
4. dokonania oceny Wykonawcy, którego oferta została wybrana pod kątem możliwości wyczerpania potencjału Wykonawcy, na podstawie art. 22d ust. 2 ustawy Pzp celem ustalenia czy zaangażowanie Wykonawcy w innych przedsięwzięciach gospodarczych może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia publicznego objętego postępowaniem.

Jako podstawy faktyczne zarzutu nr 1 odwołania wskazano, iż sam fakt udziału w postępowaniu Konsorcjum Bartel, którego członkiem jest firma Wimed Sp. z o.o. Sp.k. (dalej jako „Wimed”) stanowi naruszenie dobrych obyczajów handlowych oraz łączących Wimed z Odwołującym umów konsorcjum i zawartych w nich klauzul poufności. Odwołujący

wyjaśnił, że od kilku lat realizacja zadań przez niego na rzecz Miasta Krakowa następowała w drodze współpracy z Wimed, na zasadach konsorcjum. Dla Odwołującego oczywiście było, że współpraca będzie miała miejsce również w zakresie przedmiotowego przetargu, strony prowadziły ze sobą rozmowy już od września 2020 r. Korespondencja precyzowała, że rozmowy o współpracę dotyczą zadań, w których podmioty te pozostają partnerami konsorcjum. Odwołujący wskazał, iż po ukazaniu się ogłoszenia o zamówieniu prowadził rozmowy z członkiem zarządu Wimed, w których osoba ta zastanawiała się na charakterem współpracy, zaangażowaniem w pozyskanie polis i gwarancji, pozostawiania Wimed jako partnera i dostawcy materiałów dla Odwołującego. Odwołujący zapewnił dobrą wolą kontynuacji współpracy gospodarczej ze strony Wimed, czego potwierdzeniem jest e-mail z 15.10.2020 r., przystąpił do negocjacji cenowych oraz wyceny materiałów na konkretne części przetargu. Rozmowy trwały aż do 10.11.2020 r., mimo, że przetarg miał się odbyć już 18.11.2020 r. Odwołujący podniósł, iż negocjacje ze strony Wimed były prowadzone w złej wierze i miały na celu wydobycie od Odwołującego jak najwięcej informacji oraz tzw. „grę na czas”. Było to możliwe ponieważ WIMED miał wgląd w strategię cenową Odwołującego.

W ocenie Odwołującego stworzono pozory zaangażowania Wimed w zawiązaną przed laty współpracę gospodarczą. Odwołujący podkreślił, że takie utrwalenie współpracy nakłada podwyższone obowiązki stron co do dochowania lojalności, która jest powinnością strony każdej umowy handlowej, niezależnie od czasu jej obowiązywania. Zdaniem Odwołującego email z dnia 10.11.2020 r. miał na celu wprowadzenie Odwołującego w błąd co do uczestnictwa Wimed w przetargu. Na sporządzenie dokumentacji przetargowej powyżej progu UE potrzeba przynajmniej 30 dni oraz spełnienia warunków uczestnictwa, tj. wpłaty wadium, uzyskania ubezpieczenia, potencjału wykonawcy, opracowanie dokumentacji, etc. Zwłoka ze strony Wimed miała bardzo istotne znaczenie, ponieważ w poprzednich przetargach (2017/2018, 2019/2020) Wimed partycypował jako partner konsorcjum w uzyskaniu zabezpieczenia należytego wykonania oraz gwarancji wad i usterek polisami, z uwagi że wyniki finansowe z poprzednich lat 2016 i 2017 nie pozwalały Odwołującemu uzyskać polis na udział w postępowaniu na dwa rejon, a jedynie na jeden. Zdaniem Odwołującego Wimed zwlekał, ponieważ wycofanie się ich jako konsorcjanta stawiało pod znakiem zapytania uczestnictwo Odwołującego, a tym samym Wimed mógłby w ofercie przyjąć zupełnie inną politykę cenową. Na 8 dni przed przetargiem WIMED wydał oświadczenie o nieprzystępowaniu do przetargu, miał jednak wiarygodne informacje co do cen, które może zaofiarować Odwołujący, znalazł możliwości cenowego Odwołującego, które zostały przekazane Odwołującemu w ofercie cenowej.

Dalej Odwołujący wskazał, że czynem nieuczciwej konkurencji, oprócz nielojalnego działania w ramach istniejących zobowiązań handlowych jest także wycenienie przez Konsorcjum Bartel poz. 29 kosztorysów (montaż tablic dwustronnych – II gen./przymatyczna) na 10,00 zł brutto, podczas gdy opierając się na kalkulacji Wimed do przetargu 2019/2020, tablice te były dla Odwołującego oferowane w kwocie 566,00 zł netto, co miało na celu wyeliminowanie Odwołującego z rynku. Działanie to stanowi zdaniem Odwołującego czyn z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Zdaniem Odwołującego wprowadzenie Odwołującego w błąd przez Wimed bo nieuczestniczeniu w przetargu było celowe, aby Odwołujący oparł się na wskazanym cenniku bez dalszych negocjacji. Wśród czterech części przetargu wybrano dokładnie te, co do których Wimed posiadał kompletne informacje, w tym głównie te, odnoszące się do potencjału finansowego Odwołującego. Wimed miał wiedzę i świadomość istniejących pomiędzy nim a Odwołującym porozumień. Odwołujący wskazał, iż nie można zabronić nikomu doboru partnerów handlowych, ale umów zobowiązujących należy przestrzegać, co w kontekście zawartego porozumienia z 5.08.2020 r. należy uznać jako rażące naruszenie przyjętych na siebie zobowiązań, w tym dochowania poufności. Tym bardziej rażące wydaje się Odwołującemu postępowanie Wimed mając na uwadze pole do współpracy w zakresie realizacji zobowiązań gwarancyjnych, o których mowa w § 7 ust. 3 lit. a Umowy. Odwołujący dodał także, że Zamawiający był poinformowany o wskazanych okolicznościach przez Odwołującego, niemniej zgodnie z pismem z dnia 11.01.2020 r. nie uznał och za zasadne. Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego przedstawione w tym piśmie przeczy założeniu wielostronnego charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia, gdzie w mocy pozostają ogólne zasady zawierania umów, w tym zasada lojalności kontraktowej. Wimed nie dość, że nie wywiązał się z przyjętych przez siebie powinności, to pod pozorem wspólnego ubiegania się o zamówienie, działając w złej wierze zbierał informacje od Odwołującego celem zwiększenia przewagi konkurencyjnej jako członek innego konsorcjum. Tym samym zdaniem Odwołującego ziszczyły się przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, naruszające dobre obyczaje oraz zapisy wiążącego porozumienia zawartego pomiędzy Odwołującym a Wimed, co prowadzi do zagrożenia interesu prawnego Odwołującego.

Uzasadniając zarzut nr 2 odwołania dotyczący rażąco niskiej ceny wskazano, że na podstawie złożonego przez Konsorcjum Bartel przedmiaru robót pozostają przynajmniej 3 pozycje, które powinny być uznane przez Zamawiającego za wątpliwe, co do możliwości ich należytego wykonania po zaproponowanych stawkach. Odwołujący podniósł, że przy ocenie ofert nie można było pominąć faktu rażąco zaniżonych cen w obszarze oznakowania, powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO 2685/19. Zdaniem Odwołującego sama cena na oznakowanie wydaje się być rażąco niska i wywołuje stan niepewności co do możliwości zrealizowania zamówienia. Odwołujący ma na względzie nie tylko obecne realia rynkowego dotyczące wartości tego typu świadczeń, ale posiada także dane historyczne, które potwierdzają nierealność poczynionych założeń cenowych. W ocenie Odwołującego zaproponowane w ofercie pozycje ujęte w kosztorysie powinny wywołać u Zamawiającego co najmniej wątpliwości, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jako podstawy faktyczne zarzutu nr 3 odwołania podano okoliczność zbieżności szaty graficznej udzielanych pełnomocnictw załączonych do ofert Konsorcjum Bartel (część 1 i 3 zamówienia) oraz Konsorcjum Bravo (część 2 i 4 zamówienia), czyli identyczne rozstrzelanie czcionki, identyczny układ pisma, jak również identyczny błąd przy słowie Nowa Huta, w którym to na końcu wyrazu jest zdublowany cudzysłów. Odwołujący wskazał, iż w wykazie narzędzi i oświadczeń Zamawiający nie narzucił wzoru sporządzanych dokumentów oraz szaty graficznej a jedynie wskazał na zawartość treści. Dołączone przez ww. konsorcja dokumenty ukazują taką samą szatę graficzną. Układ i ponowienie omyłek pisarskich w „niezależnych” ofertach mogą być dowodem istnienia porozumienia - ta sama osoba sporządzała dokumenty. Odwołujący wskazał, iż układ stylistyczny, układ pisma, a także zawartość merytoryczna treści pełnomocnictwa stanowi, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy (Odwołujący wskazał na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1865/20). Kolejnym argumentem uprawdopodobniającym istnienie porozumienia są w ocenie Odwołującego pozycje w kosztorysie. Dla kosztorysu ofertowego na Rejon 3 Krowodrza Konsorcjum Bartel wykazało na 127 pozycji zgodność cen z Konsorcjum Bravo, na rejonie 4 Nowa huta 80 pozycji, a na rejonie 2 Podgórze zgodność 73 pozycji, sytuacja na kosztorysie Konsorcjum Bartel dla rejonu 1 Śródmieście identyczne ceny z kosztorysem Konsorcjum Bravo na rejonie 2 Podgórze wynosi 82 pozycje, a na rejonie 4 Nowa Huta 77 pozycji. Powyższe stanowi zdaniem Odwołującego dowód istnienia porozumienia pomiędzy dwoma ubiegającymi się o wygranie przetargu wykonawcami. Wątpliwe pozostaje, by niezależni od siebie wykonawcy korzystali z tych samych źródeł informacji, w tym samym postępowaniu, przy założeniu, że składają oferty na odrębne pakiety zamówienia.

Odwołujący wskazał, że prawdopodobieństwo ww. zdarzeń jest znikome, a pomiędzy wykonawcami musiało zaistnieć powiązanie. Podkreślił, że wykazanie niedozwolonego porozumienia stosownymi dowodami nie musi wiązać się z koniecznością przedstawienia dowodów bezpośrednich na okoliczność zawarcia takiego porozumienia, powołał się na wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1830/19. Już samo porównanie dwóch dokumentów pełnomocnictwa, które podobno składają niezależni od siebie wykonawcy powinno potwierdzać przypuszczenia, że składający ofertę w toku postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, działali w porozumieniu. Analiza porównawcza przedmiarów robót wzmaga podejrzenia Odwołującego co do całłościowego zaburzenia konkurencji w toczącym się postępowaniu. Z punktu widzenia prawa zamówień publicznych wszyscy wykonawcy powinni zostać wykluczeni na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, a ich oferty uznane jako czyny nieuczciwej konkurencji, których celem jest niedozwolony podział rynku, wyeliminowanie konkurencji i konkurenta, zaburzenie rynku usług w dłuższej perspektywie i uzyskanie faktycznego monopolu. Istnienie porozumienia, umożliwiło wykonawcom dokonanie podziału zamówienia publicznego, w ten sposób, że nie byli oni dla siebie konkurencją w toczących się postępowaniach częstkowych. Każdy wykonawca mógł złożyć ofertę na maksymalnie dwie części zamówienia publicznego, co ograniczało swobodę wykonawców, co do możliwości objęcia swoim zainteresowaniem wszystkich 4 części zamówienia. Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie o sygn. akt XXIII Ga 1921/17 oraz wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1464/10 tym samym Wykonawcy, którym Odwołujący zarzuca pozostawanie w niedozwolonym porozumieniu, złożyli oferty na odrębne części, skutecznie omijając postawione przez Zamawiającego rygory, określone na podstawie art. 36aa ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawcy działali z zamiarem obejścia prawa, na podstawie art. 58 § 1 k.c.. Odwołujący powołał się także na wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1409/19.

W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący powołał się na wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 148/20 oraz KIO 105/20. Wskazał, że Zamawiający powinien poddać analizie pod kątem normy wskazanej w art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, fakt, że firma Planeta (członek Konsorcjum Bartel) realizuje zamówienie publiczne na terenie m.st. Warszawa. W związku z tym wykonawca może natrafić na problemy logistyczne oraz możliwość zachowania ciągłości realizacji zamówienia w oparciu o posiadany potencjał. Nie jest Odwołującemu wiadome czy Planeta ma możliwość oddelegowania wymaganych przez Zamawiającego osób, a zgodnie z SIWZ wymagane było zatrudnienie przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia - za wyjątkiem osób pełniących tzw. samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, pracowników niższego szczebla technicznego - organizowanie i realizacja robót budowlanych oraz pracowników fizycznych - bezpośrednie wykonywanie robót budowlanych. W ocenie Odwołującego Zamawiający przeoczył fakt, że pracownicy mogą być już zaangażowani w proces realizacji zamówienia publicznego na terenie m.st. Warszawa, czego nie można wywieść w obecnej chwili.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 2 lutego 2021 r. pismo procesowe w sprawie złożyło Konsorcjum Bartel, zgłaszające przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dalej także jako „Przystępujący”).

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Przystępujący wskazał, iż firma Wimed nie ma obowiązku uczestniczyć zawsze w przetargach w ramach tego samego konsorcjum i może brać udział w przetargach publicznych zarówno samodzielnie, jak i wraz z innymi podmiotami tworzyć dowolne konsorcja z przyczyn ekonomicznych i finansowych. Zgodnie z zasadami uczciwej rynkowej konkurencji, jeżeli inna firma oferuje lepsze zasady współpracy bądź jeżeli po zakończeniu realizacji umowy podmiot nie chce podejmować dalszej współpracy z dotychczasowym partnerem, to podmiot może wybrać nowego partnera. Przystępujący wskazał, iż nieprawdziwe i nie poparte żadnymi dowodami są twierdzenia Odwołującego, jakoby Wimed prowadził z odwołującym negocjacje w celu zawiązania kolejnego konsorcjum i wspólnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie. Przedstawione przez Odwołującego dowody wskazują jedynie na złożenie zapytania o cennik produktów wytwarzanych przez Wimed, który to cennik został Odwołującemu wysłany. Umowa konsorcjum zawarta w 2018 r. pomiędzy Odwołującym a Wimed wiązała Strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na rok 2020 i zobowiązania z niej wynikające, zakończyły się wraz z jej wygaśnięciem. Przedmiotowa umowa nie wprowadzała żadnych ustaleń i zobowiązań Stron, poza termin jej obowiązywania, nie obligowała Wimed do występowania w charakterze konsorcjanta Odwołującego w jakimkolwiek przyszłym postępowaniu przetargowym. Każdorazowo decyzja o wzięciu udziału w postępowaniu jest podejmowana w oparciu o aktualną sytuację firmy Wimed oraz sytuację rynkową.

Przystępujący ponadto wskazał, iż w dniu 10.10.2020 r. Wimed otrzymał od Odwołującego e-mail z informacją o nowym postępowaniu przetargowym i chęci do zawiązania się umową konsorcjum, aby wziąć udział w nowym postępowaniu. Jako załącznik do wiadomości e-mail Odwołujący dołączył formularz przedmiaru robót, który nie zawierał żadnych cen jednostkowych, a jedynie określenie ilości sztuk poszczególnych towarów. W związku z powyższym, wbrew twierdzeniu Odwołującego, Wimed nie znał cen Odwołującego o jakich Odwołujący oferować miał produkt z montażem na rzecz Zamawiającego. Żadne rozmowy w przedmiocie ujawnienia cen Odwołującego nie odbyły się. Przystępujący wyjaśnił, że po przeanalizowaniu sprawy i podjęciu decyzji biznesowej przez Zarząd, Wimed w dniu 10.11.2020 r. wystosował e-mail do Odwołującego, w którym jasno wyjaśnił, że nie będzie uczestniczył w konsorcjum z Odwołującym w przedmiotowym postępowaniu. W korespondencji tej natomiast Wimed przedstawił swój Cennik na poszczególne asortymenty towarów. Nie było wówczas mowy o negocjacjach w sprawie ustalenia zasad wspólnego udziału w postępowaniu, a czas jaki upłynął pomiędzy poszczególnymi korespondencjami był potrzebny WIMED, na zaznajomienie się z warunkami postępowania, sytuacją rynkową oraz na podjęcie decyzji biznesowej, co do formy ewentualnego udziału w postępowaniu. Korespondencja e-mail z 10.11.2020 r. nie miała na celu wprowadzenia Odwołującego w błąd, lecz wyjaśnienie stanowiska Wimed co do oczekiwania Odwołującego dotyczącego wspólnego udziału w postępowaniu. W treści korespondencji e-mail, jasno zostało sprecyzowane, że Wimed nie będzie brał udziału w postępowaniu w formie proponowanej przez Odwołującego. Przystępujący podniósł także, że Wimed nie miał wglądu ani żadnej informacji na temat polityki finansowej Odwołującego, ani wysokości wynagrodzenia Odwołującego jakie ten naliczy w postępowaniu przetargowym. Poprzednio wygrane przez Konsorcjum firm Wimed i Odwołującego postępowania przetargowe zawierają zaś jawne informacje o cenach oferowanych przez Konsorcjum, z którymi to zapoznać się może każdy podmiot w ramach dostępu do informacji publicznej. Zdaniem Przystępującego w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z naruszeniem interesu Zamawiającego ani czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ Przystępujący złożył ofertę z najniższą ceną, uzupełnił wszelkie dokumenty i to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W zakresie zarzutu nr 2 Przystępujący wskazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Różnica w zaoferowanej cenie pomiędzy Przystępującym, którego oferta została wybrana a Odwołującym, który notabene przekroczył swoją ofertą kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia przez Zamawiającego, wynosi 11,32% w części 1 oraz 10,84% w części 3. W związku z powyższym cena całkowita oferty Przystępującego nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższe powoduje, że Zamawiający nie był zobligowany do badania oferty przystępującego pod kątem rażąco niskiej ceny.

Przystępujący podniósł, iż twierdzenia Odwołującego, iż kilka pozycji w kosztorysie ofertowym ma zawierać rażąco niską cenę, nie zostały poparte żadnymi dowodami. Ponadto pozycje nr. 4, 21, 29, 40 są pozycjami jednostkowymi w kosztorysie ofertowym liczącym ponad 120 pozycji. Łączna wartość tych pozycji wynosi 39 000 zł na każdą część. W przypadku części nr 1 jest to zaledwie 0,58 % całości ceny ofertowej, a w przypadku części nr 3 0,72% ceny ofertowej. Ponadto analizując realizację umów z lat poprzednich dotyczących zarówno tego samego zadania jak i wykonywania robót dla innych zamawiających Przystępujący stwierdził, że są to pozycje kosztorysowe realizowane wyjątkowo rzadko, co w poprzednich latach spowodowało, że nadmiar znaków zalega w magazynach wykonawcy. Ponadto Przystępujący

zwrócił uwagę, że Odwołujący wskazuje na pozycję kosztorysową nr 4, (wycenioną na 25 zł w obu częściach), która rzekomo ma być ceną rażąco niską, w sytuacji gdy ta sama pozycja nr 4 w kosztorysie ofertowym Odwołującego została wyceniona na kwotę 10 zł (część 3) i 20 zł (część 1). Zdaniem Przystępującego z uwagi na ilość, wartość sumaryczną tych pozycji i znaczenie dla Zamawiającego nie można uznać tych kilku cen jednostkowych za istotne elementy ceny ofertowej, które mogły mieć wpływ na zaniżenie przez Przystępującego ceny ofertowej. Przystępujący powołał się w tym zakresie na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 czerwca 2019 r., sygn. akt II Ca 928/19 oraz wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1746/10. Wskazał także na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 19 marca 2015 r., sygn. akt X Ga 76/15, w którym wskazano, że dzielenie i łączenie przez wykonawcę w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych kosztów czy uzyskanych upustów nie jest przejawem manipulowania ceną, a działaniem dozwolonym i racjonalnym. Tym bardziej zdaniem Przystępującego sytuacja ta akceptowalna jest przy wynagrodzeniu ryczałtowym, gdzie wykonawca, dokonując kalkulacji ceny ofertowej, musi dbać o rynkowy charakter ceny ofertowej jako takiej, a podział kosztów między poszczególne pozycje tabeli wyceny ma charakter wtórny i wyłącznie informacyjny. Przystępujący oświadczył, iż wykonanie zamówienia w obu częściach jest opłacalne i wygeneruje zyski. Dodał, że posiada już część asortymentu i zalega mu on w magazynach. Z uwagi na ograniczony okres ważności folii stosowanej do oklejania znaków, Przystępującemu opłaca się zaoferować niektóre znaki po niższej cenie, aby nie ponosić kosztów ich magazynowania i ewentualnej utylizacji. Przystępujący zwrócił także uwagę, że Wimed nie jest jedynym producentem znaków w Polsce i Odwołujący chcąc racjonalnie przygotować konkurencyjną ofertę powinien wysłać zapytania ofertowe do różnych producentów oferujących podobne produkty.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Przystępujący wskazał, iż oferta z wyłączeniem jej ceny, wszelkie oświadczenia i inne dokumenty były sporządzane przez radcę prawnego T. M. . W ramach prowadzonej działalności, Kancelaria obsługuje prawnie szereg firm z obszaru całego kraju, świadcząc na ich rzecz różne usługi doradcze, w tym przygotowywanie dokumentów. W przedmiotowej sprawie Kancelaria przygotowała wzory dokumentów, które zostały przekazane kilku różnym podmiotom w celu ich samodzielnego uzupełnienia i użycia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu przetargowym. Również Lider Przystępującego otrzymał od Kancelarii zamówione formularze, które samodzielnie wypełniał jedynie częściowo, tj. w zakresie dotyczącym określenia części zamówienia na którą składa ofertę, ceny oferty, formularza cenowego oraz wykazów osób i narzędzi. Prezes zarządu Lidera konsorcjum samodzielnie podpisywał i składał dokumenty do Zamawiającego. Konsorcjum Przystępującego zgodnie z art. 82 ust 1 Pzp. złożyło po jednej ofercie na 2 części zamówienia. Przystępujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z dwoma różnymi konsorcjami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, które niezależnie od siebie złożyły różne oferty na różne części. Ww. radca prawny nie ubiega się o zamówienie publiczne, a więc nie jest wykonawcą w rozumieniu przepisów art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Sporządzenie przez radcę prawnego wzorów dokumentów do udziału w postępowaniu w celu użycia ich przez różnych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu, ale składających oferty na różne części nie stanowi podstawy do odrzucenia ofert tych wykonawców. Korzystanie z usług tego samego radcy prawnego, który specjalizuje się w zamówieniach publicznych nie jest zabronione i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto Przystępujący oświadczył, iż nie należy do grupy kapitałowej z żadnym z innych uczestników postępowania.

Zdaniem Przystępującego wywody odwołującego w zakresie rzekomej zмовы przetargowej nie znajdują żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Zwrócił uwagę, że złożył ofertę cenową tańszą niż Odwołujący, a ponadto oferta Odwołującego nie mieści się w środkach Zamawiającego przeznaczonych na realizację zamówienia. W jego ocenie Odwołujący przekonany o swoim monopolu na rynku złożył ofertę, która przewyższa kwotę jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia i to jego działania noszą znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i mają na celu pozostanie na rynku monopolistą. Przystępujący wskazał, iż samodzielnie startował w przetargu w części 1 i 3, więc nie wiadomo w jakim celu miałby uzgadniać to z Konsorcjum Bravo, którzy złożyli ofertę na inne części niż Przystępujący W przetargu prowadzonym przez Zamawiającego sam Zamawiający ograniczył możliwość złożenia oferty na dwie części, gdyby Zamawiający nie wprowadził ograniczenia to Przystępujący złożyłby ofertę na wszystkie cztery części zamówienia. Przystępujący wskazał, iż uzupełnił wszystkie dokumenty i jest gotowy podpisać umowę oraz przedłużyć termin związania ofertą i wadium. Przystępujący oświadczył, że samodzielnie przygotował swoją ofertę cenową, według swojej najlepszej wiedzy i wieloletniego doświadczenia w kosztorysowaniu. W ocenie Przystępującego wskazane w ofercie ceny są cenami rynkowymi i uwzględniają odpowiedni narzut/zysk. Przystępujący nie ma wiedzy dlaczego niektóre ceny konsorcjum, które przystąpiło do pozostałych części przetargu są podobne do cen Przystępującego. Przystępujący może się jedynie domyślać, że ceny obu konsorcjów są cenami rynkowymi odpowiadającymi aktualnym stawkom stosowanym przez wykonawców realizujących zamówienia publiczne.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 Przystępujący wskazał, iż firma Planeta sp. z o.o. posiada wszystkie wymagane zdolności do należytej, pełnej realizacji ustalonego w ramach konsorcjum zakresu prac związanych z przedmiotowym postępowaniem przetargowym. Planeta jest spółką działającą od ponad 30 lat na rynku drogowym w Polsce, specjalizuje się w robotach obejmujących konserwację i utrzymanie oznakowań poziomych, pionowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu. Jest jedną z największych polskich firm o tej specjalizacji. Swoje usługi realizowała w przeszłości i obecnie również poza granicami m. st. Warszawy oraz województwa mazowieckiego. Między innymi w latach 2009-2012 Planeta realizowała wspólnie z firmą INBUD analogiczne zadanie na terenie miasta Krakowa. Odnosząc się do wskazanych przez Odwołującego innych postępowań, Przystępujący wskazał, że bieżące utrzymanie oznakowań na terenie Gminy Ciecchanów, to zadanie, które z powodzeniem Planeta realizuje od kilku lat, a z doświadczeń spółki wynika, że aby wykonywać je należy dysponować jedną brygadą dwuosobową pracującą w trybie jednozmianowym przez dwa-trzy dni w każdym tygodniu. Z kolei utrzymanie istniejącego oraz wykonanie nowego oznakowania na terenie Zarządu Terenów Publicznych Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy Planeta realizuje również systematycznie od kilku lat, a aby realizować je należyce należy dysponować dwiema lub trzema (zależnie od sezonu) brygadami dwuosobowymi realizującymi prace codziennie w systemie jednozmianowym. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że na koniec grudnia 2020 roku Planeta zatrudniała na umowy o pracę 152 pracowników, Przystępujący posiada zdolność do realizacji prac na terenie m. Krakowa. Wskazał także na możliwość zatrudnienia nowych pracowników. Powołał się ponadto na wyrok Izby o sygn. akt KIO 105/20.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bartel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Wimed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tuchowie oraz

Planeta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o stanowiącą akta sprawy odwoławczej dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców złożone w częściach 1-4 zamówienia, oświadczenia i dokumenty złożone przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również korespondencję prowadzoną przez Odwołującego i Przystępującego z Zamawiającym w zakresie ofert ich konkurentów. Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego do akt sprawy, które nie znajdowały się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, tj.:

- umowa konsorcjum z dnia 11.12.2018 r. wraz z aneksem z dnia 4.01.2019 r. - na okoliczność treści ww. dokumentów, w tym istnienia porozumienia o współpracy pomiędzy Odwołującym a Wimed, zasad poufności, terminu obowiązywania;
- umowy z dnia 31.12.2015 r., 20.12.2016 r., 20.01.2017 r., 15.01.2019 r. - na okoliczność ich treści, w tym faktu wieloletniej współpracy Odwołującego z Wimed;
- wiadomości e-mail z dnia 15.10.2020 r. wraz z załącznikiem oraz z dnia 10.11.2020 r. wraz z załącznikiem - na okoliczność prowadzenia negocjacji cenowych i materiałowych pomiędzy Wimed a Odwołującym, dat wysłania maili oraz wskazanych tam terminów;
- wyciąg (1 str.) z kosztorysu dot. realizacji zamówienia w latach 2019-2020 - na okoliczność jego treści, w tym wskazanych cen;
- informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Ciechanów o znaku WZP.271.1.35.2019 oraz informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Terenów Publicznych w Warszawie o znaku ZTP-IV.26.31.2020.ECH Zp-31/2020 – na okoliczność ich treści, w tym informacji o realizowanych przez firmę Planeta zamówieniach;
- pismo Zamawiającego z dnia 2.10.2020 r. dotyczące postępowania o znaku 10/IX/2020, umowa konsorcjum z dnia 5.08.2020 r. (wedle wskazań Odwołującego - data błędna) dotycząca udziału w postępowaniu o znaku 10/IX/2020 i 9/IX/2020, pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum do postępowania o znaku 10/IX/2020, umowa z dnia 21.10.2020 r. na realizację zamówienia dotycząca postępowania o znaku 10/IX/2020 oraz umowa z dnia 21.10.2020 r. na realizację zamówienia dotycząca postępowania o znaku 9/IX/2020 – na okoliczność ich treści, w tym faktu pozostawiania przez Odwołującego i Wimed we współpracy do czasu wykonania zawartych umów oraz upływu okresu gwarancji jakości i rekojmii.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na wykonaniu robót w zakresie utrzymania oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na terenie Miasta Krakowa. Zamówienie podzielone zostało na cztery części: Część 1: Rejon I „Śródmieście”, obejmująca Dzielnice I, II, III; część 2: Rejon 11 „Podgórze”, obejmująca Dzielnice VIII, IX, X, XI, XII, XIII; Część 3: Rejon III „Krowodrza”, obejmująca Dzielnice IV, V, VI, VII; część 4: Rejon IV „Nowa Huta”, obejmująca Dzielnice XIV, XV, XVI, XVII, XVIII. Zgodnie z pkt I.6 SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Jeden Wykonawca mógł złożyć ofertę maksymalnie na dwie części zamówienia. Przedmiary robót dla każdej z części stanowiły załącznik nr 6 do SIWZ. Zgodnie z pkt IV.4.e SIWZ do oferty należało dołączyć podpisany kosztorys ofertowy (odrębnie dla każdej części).

Zgodnie z pkt III.1.1 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności wykazują, że posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizowali roboty budowlane w zakresie stałych organizacji ruchu w miastach powyżej 200.000 mieszkańców polegające na: bieżącej konserwacji oraz utrzymaniu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu w ilości minimum 15 tys. elementów (w przypadku złożenia oferty na dwie części zamówienia ilość wskazanych elementów należy podwoić); utrzymaniu oznakowania poziomego, oznakowanie poziome minimum 10 tys. m² (w przypadku złożenia oferty na dwie części zamówienia ilość wskazanych metrów należy podwoić); bieżącym utrzymaniu i remontach barier betonowych i stalowych oraz separatorów ruchu. Zamawiający wskazał, iż wykonawca niezależnie od ilości części, na które składa ofertę musi wykazać się powyższymi robotami budowlanymi o łącznej wartości co najmniej 3.000.000,00 zł.

Ponadto zgodnie z pkt III.1.3 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności wykazują, że dysponują odpowiednim potencjałem technicznym tj.: samochody dostawcze minimum 5 szt. wyposażone w GPS z możliwością wydruku oraz możliwością udostępnienia aplikacji z podglądem pozycji wskazanego samochodu na podkładzie mapy Miasta Krakowa; podnośnik kosowy - minimum 1 szt.; samochód ciężarowy z HDS do 4 ton - minimum 1 szt.; urządzenie do wiercenia otworów o średnicy od 50 mm do 150 mm (w betonie, kostce granitowej itp.) - minimum 2 szt.; wiertnica do wiercenia otworów - osadzanie słupków w ziemi - minimum 2 szt.; urządzenie do montażu barier sprężystych (kafar) - minimum 1 szt.; urządzenie ciśnieniowe zabudowane na samochodzie do mycia znaków, słupków i barier sprężystych - minimum 2 szt.; szczotki mechaniczne, wyposażone w urządzenia odpylające - minimum 1 szt.; frezarki do usuwania starego oznakowania - minimum 2 szt.; śrutownica do bezinwazyjnego usuwania oznakowania poziomego - minimum 1 szt.; malowarki hydrodynamiczne z automatyczną regulacją szerokości i długości malowanych linii oraz automatycznym podajnikiem do granulatu odblaskowego - minimum 2 szt.; malowarki hydrodynamiczne do malowania ręcznego z automatycznym podajnikiem do granulatu odblaskowego - minimum 4 szt.; samojedźna maszyna do układania mas chemoutwardzalnych z automatycznym podajnikiem do granulatu odblaskowego - minimum 2 szt.; maszyna do układania masy chemoutwardzalnej struktura nieregularna z automatycznym podajnikiem do granulatu odblaskowego - minimum 1 szt.; agregaty prądotwórcze - minimum 2 szt.; urządzenia do pomiaru i kontroli występowania sieci energetycznej - minimum 1 szt.; przewoźne, zespolone urządzenie sygnalizacyjne do zabezpieczania robót drogowych - minimum 3 szt.

Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona na wezwanie Zamawiającego zobowiązany był złożyć m.in. wykaz narzędzi zgodnie z wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - wg. zał. nr 9 do SIWZ (wzór) – w przypadku złożenia oferty na dwie części zamówienia wykaz należało złożyć odrębnie dla każdej części (pkt IV.3.g SIWZ). Ponadto wykonawca złożyć miał oświadczenia o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne

lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności; o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne; o niezaleganiu z opłaceniem podatków i opłat lokalnych o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (pkt IV.3i-k SIWZ).

Zgodnie z § 5 ust. 1 Istotnych Postanowień Umowy („IPU”) wynagrodzenie wykonawcy składa się z dwóch części: 1) wynagrodzenia kosztorysowego, rozliczanego na podstawie ilości wykonanych i odebranych prac według niezmiennych cen zgodnie z wykazem cen jednostkowych za poszczególne rodzaje prac zawartych w ofercie 2) wynagrodzenia ryczałtowego wypłacanego miesięcznie z dołu, zgodnie z zasadami określonymi w ust. 5, przysługującego z tytułu wykonywania prac określonych w załączniku nr 1 do umowy.

Zgodnie z kosztorysem inwestorskim dla rejonu 1 – Śródmieście wartość robót wyceniono na 6 504 065,04 zł netto (8 000 000 zł brutto). W kosztorysie w poz. 21 wskazano cenę jednostkową 150 zł, wartość netto 73 170,73 zł (90 000 zł brutto), w poz. 29 wskazano cenę jednostkową 415 zł, wartość netto 202439,02 zł (249 000 zł brutto), w poz. 40 wskazano cenę jednostkową 170 zł, wartość netto 13 821,14 zł (17 000 zł brutto). Zgodnie z kosztorysem inwestorskim dla rejonu 3 – Krowodrza wartość robót wyceniono na 5 284 552,84 zł netto (6 500 000 zł brutto). Poz. 21, 29 i 40 wyceniono analogicznie jak dla rejonu 1.

W postępowaniu w części 1 ofertę złożyły dwa podmioty: Odwołujący (cena 8 397 850,00 zł brutto) i Przystępujący (cena 6 689 700,00 zł). W części 3 analogicznie ofertę złożył Odwołujący (cena 6 698 400,00 zł brutto) i Przystępujący (cena 5 388 000,00 zł brutto). W pozostałych dwóch częściach ofertę złożyło tylko konsorcjum firm GrupaBravo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Ł. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ł. Ł. Bravo („Konsorcjum Bravo”) z ceną 7 970 500,00 zł brutto w części 2 oraz 5 198 690,00 zł brutto w części 4. Przystępujący w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym dla obu części wskazał m.in. w poz. 21 cenę jednostkową 20 zł, wartość 12 000 zł, w poz. 29 cenę jednostkową 10 zł, wartość 6 000 zł, w poz. 40 cenę jednostkową 10 zł, wartość 1 000 zł. Z przedstawionych przez Przystępującego i Konsorcjum Bravo kosztorysów wynika ponadto, iż część cen wskazanych dla poszczególnych pozycji w kosztorysach Przystępującego dla części 1 i 3 zamówienia pokrywa się z cenami wskazanymi w kosztorysach Konsorcjum Bravo w częściach 2 i 4 zamówienia (w zależności od kosztorysu w relacji ok. 55-65%).

Ponadto Izba ustaliła, iż część oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez Przystępującego i Konsorcjum Bravo w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. pełnomocnictwa oraz oświadczenia o braku podstaw wykluczenia wymagane w pkt IV.3i-k SIWZ zostały opracowane z wykorzystaniem tych samych wzorów. Ponadto w taki sam sposób wskazano opis narzędzi w wykazie narzędzi, którego wzór stanowił załącznik nr 9 do SIWZ. Przedstawiony w złożonych wykazach narzędzi opis stanowił powielenie informacji wskazanych w pkt III.1.3 SIWZ.

Izba ustaliła również, że Przystępujący powołał się na doświadczenie zawodowe partnera Konsorcjum – Planeta Sp. z o.o. celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt III.1.1 SIWZ.

W dniu 17 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum Bravo jako najkorzystniejszej w części 2 i 4 zamówienia.

W dniu 11 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części 1 i 3 zamówienia.

Ponadto w oparciu o dowody przedstawione przez Odwołującego Izba ustaliła, iż Odwołującego oraz firmę Wimed łączyła współpraca, przejawiająca się we wspólnej realizacji umów (również z udziałem jeszcze innych podmiotów) na rzecz Zamawiającego w latach 2015-2020 w zakresie części 1 i 3 zamówienia. W ramach tej współpracy Odwołujący i Wimed zawierali umowy konsorcjum, których przedmiotem było ubieganie się i realizacja konkretnego, zidentyfikowanego w treści umowy, zamówienia. Umowy te w § 8 zawierały klauzulę poufności, zgodnie z którą strony zobowiązywały się do utrzymania w tajemnicy i nie przekazywania osobom trzecim informacji o warunkach umowy oraz wszelkich innych danych i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wszelkie ww. informacje mogły być wykorzystane wyłącznie na potrzeby realizacji danej umowy, zamówienia i związanych z nimi porozumień. Obowiązek zachowania tajemnicy obciążał strony przez czas trwania przetargu, realizacji kontraktu, a także po ustaniu. W momencie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie Odwołującego i Wimed łączyła umowa konsorcjum zawarta 5.08.2020 r. (wedle oświadczenia Odwołującego data ta jest błędna) w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówień w postępowaniach o znaku 9/IX/2020 i 10/IX/2020 (w trybie z wolnej ręki). W treści tej umowy wskazano, że obejmuje ona swoim przedmiotem łączne uczestnictwo w ww. postępowaniach. W dniu 21.10.2020 r. ww. podmioty zawarły umowy z Zamawiającym na realizację zamówień, których dotyczyły postępowania o znaku 9/IX/2020 i 10/IX/2020.

Izba ustaliła ponadto, iż w dniu 15.10.2020 r. Odwołujący wystosował do firmy Wimed wiadomość e-mail o treści „W nawiązaniu do rozmowy przesyłam zakres do wyceny dotyczący przetargu na oznakowanie pionowe i poziome Kraków. Do wyceny elementy zaznaczone na żółto.” Do wiadomości załączono przedmiar robót dla części 1 i 3 zamówienia, stanowiący załącznik do SIWZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W treści tego dokumentu nie wskazano żadnych cen. W dniu 10.11.2020 r. firma Wimed wysłała wiadomość e-mail do Odwołującego o treści: „W ślad za rozmową w temacie nowego przetargu Kraków pragnę przekazać informację jaką uzyskałem od Zarządu w tej sprawie. W związku z obecną polityką handlową firmy w bieżącym przetargu jesteśmy zainteresowani dostarczeniem Państwu znaków bez oficjalnego udziału w postępowaniu. W zał. przesyłam aktualny cennik na nasz asortyment.” Cennik ten został załączony do wiadomości, wskazano w nim ceny różnego rodzaju znaków drogowych.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia odwołania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegający na nieodrzuconiu oferty Przystępującego, która spełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji nie został przez Odwołującego wykazany.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie m.in. do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913, dalej „u.z.n.k.”). W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97). W takiej sytuacji, aby określone działanie

mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 534 ust. 1 ustawy nPzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego. W ocenie Izby Odwołujący spoczywającemu na nim obowiązki dowodowe nie sprostął.

Po pierwsze Odwołujący powoływał się na fakt naruszenia przez Przystępującego dobrych obyczajów handlowych i wiążących Odwołującego z członkiem Konsorcjum Przystępującego porozumień o współpracy, niemniej w treści odwołania nie przedstawił jakichkolwiek rozważań na temat tego, znamiona jakiego konkretnie czynu nieuczciwej konkurencji wypełniać miało ww. zachowanie Przystępującego. Z okoliczności stanu faktycznego wywieść należało, że Odwołujący opierał się prawdopodobnie o klauzulę generalną wyrażoną w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., niemniej powyższego w odwołaniu nie sprecyzowano. Nie przedstawiono także wiodu prawnego mającego uzasadniać fakt ziszczenia się wszystkich przesłanek wskazanych w ww. przepisie, których kumulatywne spełnienie jest wymagane, aby określönemu zachowaniu można było przypisać czyn nieuczciwej konkurencji.

Po drugie teza Odwołującego została oparta wyłącznie o przypuszczenia, które nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy. Bezsorna była okoliczność, że Odwołujący i spółka Wimed (partner Konsorcjum Przystępującego) pozostawali w relacjach gospodarczych, realizując wspólnie (w oparciu o zawierane umowy konsorcjum) dla Zamawiającego w poprzednich latach roboty budowlane będące przedmiotem niniejszego zamówienia w zakresie części 1 i 3. Potwierdzają to przedstawione przez Odwołującego dowody z dokumentów w postaci umów konsorcjum oraz umów zawartych z Gminą Miejską Kraków. Nie było także sporne, że Odwołujący, w oparciu o dotychczasową współpracę, liczył, iż również w przedmiotowym postępowaniu ww. podmioty wezmą wspólnie udział. Natomiast nie została wykazana teza, jakoby Wimed (członek Konsorcjum Przystępującego), uczestnicząc w przedmiotowym przetargu wspólnie z innym niż Odwołujący podmiotem, naruszyć miał wiążące strony porozumienia o współpracy oparte na umowach konsorcjum czy też klauzule poufności w tych umowach zawarte. Przedstawione przez Odwołującego dowody w postaci zawartych między Odwołującym a Wimed umów konsorcjum przeczą powyższej okoliczności, wynika z nich bowiem jednoznacznie, że umowy te były zawierane w związku z ubieganiem się o konkretne zamówienia. Umowa konsorcjum z dnia 11.12.2018 r. została zawarta na potrzeby uczestnictwa w postępowaniu o znak 6/XI/2018 i realizacji zawartej w wyniku tego postępowania umowy o zamówienie publiczne z 15.01.2019 r., z kolei umowa konsorcjum z 5.08.2020 r. (wedle wskazań Odwołującego - nieprawidłowa data) została zawarta na potrzeby realizacji zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki w postępowaniach o znaku 9/IX/2020 i 10/IX/2020, polegających na powtórzeniu robót podobnych do robót świadczonych na podstawie umowy z 15.01.2019 r. Odwołujący nie wykazał, aby z firmą Wimed wiązała go jakakolwiek inna umowa, która obejmowałaby swoim zakresem inne niż ww. konkretne postępowania, a w szczególności która nakładałaby na Wimed obowiązek dalszej współpracy z Odwołującym w kolejnych postępowaniach ogłaszanych przez Zamawiającego lub która ograniczałaby mu w jakiś sposób możliwość wzięcia udziału w tym samym postępowaniu co Odwołujący. Tym samym nie jest zasadne stanowisko Odwołującego, iż w kontekście umowy zawartej 5.08.2020 r. zachowanie Wimed należy uznać za naruszenie przyjętych na siebie zobowiązań.

Odwołujący nie wykazał także, aby w przedmiotowym przypadku dojść miało do naruszenia przez Wimed obowiązku poufności. Postanowienia § 8 umów konsorcjum, w tym umowy datowanej na 5.08.2020 r., dotyczące obowiązku zachowania poufności co do zasady również odnosiły się do informacji i danych stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa pozyskanych i wykorzystywanych w związku z realizacją tych umów. Odwołujący ani nie wyjaśnił, jakie konkretnie informacje objęte poufnością Przystępujący pozyskać miał realizując dotychczasowe umowy o współpracy zawarte z Odwołującym, w jaki sposób następnie informacje te miałby wykorzystać na potrzeby przedmiotowego postępowania z naruszeniem obowiązku poufności wynikającego z zawartych umów. W odwołaniu nie skonkretyzowano żadnych informacji, które miałyby być bezprawnie wykorzystane, samo zaś ogólne powołanie się na wiedzę co do polityki cenowej czy wysokości marży nie sposób uznać za wystarczające. Jak zwracał uwagę Przystępujący, informacje co do cen oferowanych w poszczególnych postępowaniach przez konsorcjum z udziałem Odwołującego i Wimed (w tym treść kosztorysów) stanowiły informacje jawne, możliwe do uzyskania przez konkurujących wykonawców w toku postępowania o udzielenie danego zamówienia, jak i w trybie dostępu do informacji publicznej. Odwołujący nie wykazał, aby dzięki wieloletniej współpracy firma Wimed pozyskała jakąś szczególną wiedzę na temat jego strategii cenowej czy know-how, którą to przewagę następnie wykorzystywałaby w tym postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił także wystarczających dowodów mających potwierdzać, że podczas rozmów o współpracy związanych z uczestnictwem w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia Odwołujący miał być zwozony przez członka Konsorcjum Przystępującego co do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. W materiale dowodowym sprawy nie ma dowodów potwierdzających fakt prowadzenia szczegółowych rozmów pomiędzy Odwołującym a Wimed i treść tych rozmów, poza wiadomością e-mail Odwołującego z dnia 15.10.2020 r., w którym przesłano zakres pozycji kosztorysu do wyceny oraz wiadomością e-mail Wimed z dnia 10.11.2020 r., w którym odmówiono oficjalnego udziału w postępowaniu i przesłano cennik znaków drogowych. W szczególności brak jest dowodów na okoliczność składania przez Wimed zapewnień co do wspólnego uczestnictwa w postępowaniu z Odwołującym, w tym także co do ewentualnego skorzystania przez Odwołującego z potencjału finansowego Wimed na potrzeby przedmiotowego postępowania. To zaś ten element, jak wskazywano w odwołaniu, był dotychczas głównym powodem wspólnego ubiegania się o poprzednie zamówienia i według twierdzeń Odwołującego miał zaważyć na jego udziale w przedmiotowym postępowaniu. Niemniej Odwołujący nie złożył dowodów, które wskazywałyby, że pomiędzy ww. podmiotami prowadzone były konkretne rozmowy wskazujące na ustalenia co do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, w tym w zakresie pozyskania wymaganych gwarancji.

Za niewykazane Izba uznała też argumenty Odwołującego, że Przystępujący zwlekał z udzieleniem odpowiedzi, aby uniemożliwić Odwołującemu udział w postępowaniu. Odwołujący złożył jako dowód tylko jedną wiadomość e-mail wystosowaną na etapie początkowym rozmów i jedną wiadomość e-mail finalizującą te rozmowy. Brak jest szczegółowych danych co do tego, czy w okresie miesiąca pomiędzy tą korespondencją rozmowy były prowadzone i jaki był ich zakres. Odwołujący zarzucając firmie Wimed zwłokę z udzieleniem odpowiedzi, jednocześnie nie wskazał czy podejmował jakiekolwiek bieżące działania w celu uzyskania tej odpowiedzi wcześniej, podczas gdy sam zwracał uwagę, że w celu zgromadzenia niezbędnych dokumentów, w tym gwarancji wadialnej, potrzeba przynajmniej 30 dni. Prezentowana przez Odwołującego teza, iż zwłoka Wimed w przekazaniu informacji związana była z założeniem, że w

takiej sytuacji Odwołujący nie przystąpi do przetargu z uwagi na brak możliwości uzyskania wymaganych gwarancji, stanowi wyłącznie przypuszczenia Odwołującego, które nie zostały dostatecznie poparte. Izba stwierdziła ponadto, że podnoszone w tym zakresie na rozprawie przez Odwołującego twierdzenia, iż Przystępujący wnioskował do Zamawiającego, aby zweryfikował czy Odwołujący złożył wymagane gwarancje nie stanowiły okoliczności objętej zakresem odwołania. Nadto w ocenie Izby Odwołujący nadinterpretuje treść przedmiotowego pisma Przystępującego, bowiem stanowiło ono wystosowany na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp wniosek o udostępnienie mu oferty Odwołującego oraz załączników, w tym rzeczonych gwarancji, celem ich weryfikacji przez Przystępującego, czyli wyraz skorzystania przez Przystępującego z gwarantowanych mu ustawowo uprawnień.

Nie zostało także w żaden sposób wykazane, aby działania Przystępującego miały na celu wydobycie od Odwołującego jak największej liczby informacji - Odwołujący nie wskazał, jakie to istotne informacje Wimed usiłował od niego uzyskać, czy je faktycznie uzyskał i czy je następnie wykorzystał. W treści wiadomości e-mail wysłanej przez Odwołującego do Wimed nie przekazano żadnych danych co do cen, jakie Odwołujący zamierza zaoferować w postępowaniu, przekazano Wimed jedynie niewypełniony przedmiar stanowiący element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Owszem, z dokumentu tego wynikało, na jakie części zamówienia Odwołujący zamierza złożyć ofertę, niemniej okoliczność ta była znana uczestnikom rynku, bowiem - jak wskazał sam Odwołujący podczas rozprawy - od wielu lat składał on oferty na część 1 i 3. Powyższą okoliczność potwierdzają złożone przez Odwołującego umowy zawarte z Gminą Miejską Kraków w okresie 2015-2020. Poza wiadomością e-mail z 15.10.2020 r. brak jest innych dowodów, które wskazywałyby, że Odwołujący przekazywał Wimed jakiejkolwiek informacje związane z udziałem w postępowaniu.

Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia miał także fakt, że Odwołujący wskazując w sposób ogólny, iż Wimed miał wiarygodne informacje co do cen, które może zaoferować Odwołujący, jednocześnie w ogóle nie wyjaśnił czy i jak fakt przekazania mu przez Wimed cennika na znaki drogowe wpłynął na ukształtowanie jego oferty. W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy brak jest możliwości ustalenia, w jaki sposób Odwołujący kalkulował cenę oferty i czy oparł swoje ceny o cennik znaków drogowych, jaki przesłała mu firma Wimed czy też ceny innych dostawców. Podkreślić należy, że w cenniku przekazanym Odwołującemu przez Wimed w dniu 10.11.2020 r. wskazano jedynie ceny znaków drogowych poszczególnego rodzaju, tymczasem kosztorys składany wraz z ofertą zawierał ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysowych obejmujących roboty budowlane, w tym demontaż czy montaż poszczególnych znaków drogowych. Odwołujący nie wyjaśnił jakiego rzędu składnikiem cen jednostkowych jest koszt zakupu znaku drogowego, brak jest informacji co do proporcji cen znaków do cen robót montażowych. Nie porównał także cen znaków drogowych przekazanych mu przez Wimed z cenami następnie zaoferowanymi przez Konsorcjum z udziałem Wimed w postępowaniu. W ocenie Izby w oparciu o akta sprawy nie ma możliwości ustalenia, czy fakt przekazania Odwołującemu cennika Wimed w jakikolwiek sposób wpłynął na ukształtowanie jego ceny ofertowej. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która by to wyjaśniała, nie wskazywał również, aby ceny wynikające z cennika Wimed były zawyżone, czy nierynkowe. Różnica pomiędzy ofertami Odwołującego i Przystępującego była tak duża (w zależności od części zamówienia wynosiła od 1,3mln zł do 1,7mln zł), że nie sposób stwierdzić czy działanie firmy Wimed miało jakikolwiek wpływ na ceny zaoferowane przez wykonawców w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że przewaga konkurencyjna Przystępującego została wypracowana w oparciu o fakt przekazania przez firmę Wimed Odwołującemu cennika na znaki drogowe tudzież na skutek pozyskania od Odwołującego bliżej nieokreślonych innych informacji. Prawdą jest, że wykonawca Wimed musiał siłą rzeczy, z uwagi na lata wzajemnej współpracy, dysponować pewną wiedzą dotyczącą prowadzenia przedsiębiorstwa przez Odwołującego (podobnie jak Odwołujący wiedzą na temat Wimed), niemniej powyższe nie świadczy o tym, że wykorzystanie tej wiedzy w celu konkutowania z Odwołującym miałoby automatycznie przesądzać o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Sam fakt braku woli kontynuowania współpracy i podjęcie decyzji o udziale w przetargu wspólnie z innymi podmiotami, w sytuacji gdy stron nie wiązały w tym zakresie żadne umowy, również o takim naruszeniu nie świadczy.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, tj., że doszło do spełnienia przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., ewentualnie innych przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie udowodnił także, aby działanie Przystępującego polegające na określeniu ceny w poz. 29 kosztorysu (dla obu części zamówienia) stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia lub odsprzedaży poniżej kosztów zakupu, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Wskazane wyżej przesłanki muszą występować kumulatywnie.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie przedstawił dowodów, które uzasadniałyby, że cena wskazana przez Przystępującego w przedmiotowej pozycji kosztorysu ma charakter tzw. ceny „dumpingowej”. Jedyną zmienną, do której Odwołujący referował w swoim wywodzie była cena jaką Wimed oferował Odwołującemu nie w niniejszym postępowaniu, lecz w poprzednim przetargu, przy czym tak naprawdę nie wiadomo czy jest to cena jaką Wimed przedstawił wówczas Odwołującemu, czy cena jaką Odwołujący wspólnie z Wimed zaoferował Zamawiającemu (dowód złożony przez Odwołującego stanowi jedynie wyciąg z bliżej niezidentyfikowanego dokumentu - 1 strona). Odwołujący nie wskazał również jaką cenę za znak drogowy, którego dotyczy poz. 29, Wimed zaoferował Odwołującemu w cenniku złożonym wraz z wiadomością e-mail z dnia 10.11.2020 r. Ponadto Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego akurat koszt tej konkretnej pozycji został przez Przystępującego ukształtowany poniżej kosztów własnych, nie przedstawił dowodów, jak kształtują się ceny rynkowe w tym zakresie, jaki jest koszt produkcji znaków i ich montażu.

Odwołujący nie wytłumaczył także dlaczego to właśnie ukształtowanie ceny w tej jednej konkretnej pozycji przez Przystępującego miało utrudnić Odwołującemu dostęp do rynku, prowadzić do eliminacji Odwołującego z tego rynku, skoro była to tylko jedna z ponad stu pozycji kosztorysu, a różnice cenowe między ofertami ww. podmiotów przekraczały milion zł. Sama ewentualna sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji z rynku innych przedsiębiorców, a nie w innym celu. Jak zwraca się uwagę w orzecznictwie z istoty swojej każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szanse innego przedsiębiorcy (konkurenta) na rynku. Ani więc utrudnianie innemu przedsiębiorcy działalności na rynku, ani nawet jego całkowite wyparcie z rynku nie może być uznane za per se obce konkurencji. Przeciwnie, jest sensem i celem każdej konkurencji gospodarczej, aby odebrać konkurentom ich klientów. W celu stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu (por. wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1643/20). Odwołujący spoczywającemu na nim w tym zakresie obowiązki wykazania powyższych okoliczności nie sprostął.

Za bezzasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polegający na nieodrżuceniu oferty Przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie wskazanym w pkt 1) – 5) tego przepisu.

Na wstępie Izba wskazuje na błędne sformułowanie zarzutu w *petitum* odwołania, bowiem odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oferty Przystępującego, który nie był uprzednio wezwany do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, stanowiłoby działanie przedwczesne. Z art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp wynika ustawowy obowiązek wystosowania takiego wezwania przez Zamawiającego w przypadku ziszczenia się przesłanek wskazanych w tych przepisach. Natomiast Izba stwierdziła, że w świetle podstaw faktycznych przedstawionych w uzasadnieniu odwołania istotą zarzutu było zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego rozpoznała zarzut w tym zakresie.

Mając na uwadze, że przedmiotem zarzutu było zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty, zastosowanie znajdowała klasyczna zasada rozkładu ciężaru dowodu określona w art. 534 ust. 1 ustawy nPzp (zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne), nie zaś zasada szczególna wskazana w art. 537 ustawy nPzp, wedle której ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. W ocenie Izby art. 537 ustawy nPzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, w których zamawiającemu zostały złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, do czasu bowiem przedstawienia takich wyjaśnień można mówić co najwyżej o istnieniu wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny. Dopiero fakt wystosowania wezwania do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp powoduje obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu (co wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), a następnie ciężarem dowodu w tożsamym zakresie w postępowaniu odwoławczym (na podstawie art. 537 ustawy nPzp). Przyjęcie przeciwnego zapatrywania powodowałoby, że odwołanie, w którym kwestionowane jest zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny mogłoby ograniczać się jedynie do wskazania na tę okoliczność, bez przytaczania przez odwołującego szczegółowej argumentacji uzasadniającej zarzut (podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku KIO z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt KIO 2159/18, wydanym na gruncie art. 190 ust. 1 i 1a ustawy Pzp).

W konsekwencji to Odwołujący obciążał obowiązek dowodowy w zakresie wykazania ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zobowiązany był zatem udowodnić, że cena lub koszt lub ich istotne części składowe w ofercie Przystępującego powinny wydawać się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Mając na względzie, iż wskaźniki pomocnicze określone w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp nie zostały przekroczone, Odwołujący domagając się wezwania wykonawcy do wyjaśnień, winien był wykazać okoliczności, które jego zdaniem prowadzić powinny do powstania u Zamawiającego tego rodzaju wątpliwości. Okoliczności tej w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał.

Przed wszystkim argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu odwołania jest nad wyraz lakoniczna i nie zawiera żadnych konkretnych faktów. W treści odwołania próżno szukać chociażby wskazania, które konkretnie pozycje kosztorysu Przystępującego i w której części zamówienia powinny wzbudzić wątpliwość Zamawiającego. W odwołaniu podano jedynie, że „pozostają przynajmniej trzy pozycje, które powinny być uznane za wątpliwe” oraz że „nie można było pominąć faktu rażąco zaniżonych cen w obszarze oznakowania”. Tymczasem pozycje związanych z oznakowaniem w kosztorysie jest zdecydowana większość. Powyższego działania nie sposób uznać za precyzyjne wskazanie podstaw faktycznych zarzutów, odwołanie nie jest w tym względzie skonkretyzowane i nie zawiera argumentacji merytorycznej. Na podstawie treści odwołania nie sposób ustalić, które konkretnie pozycje kosztorysu powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i z jakiego powodu, za wyjątkiem poz. 29, na którą Odwołujący powołał się w kontekście zarzutu nr 1. Informacje na temat innych pozycji kosztorysu, o które mogło Odwołującemu chodzić, można wywieść de facto dopiero z pisma procesowego Przystępującego, który z kolei wywiódł tę okoliczność z treści pisma z dnia 7.12.2020 r., jakie Odwołujący złożył Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, gdzie wskazano na pozycje nr 4, 21, 29 i 40. Odwołujący na fakt wymienienia tych pozycji w ww. piśmie w treści odwołania nawet nie zwrócił uwagi. Ponadto w rzeczonym piśmie w sposób bardziej konkretny odniesiono się tylko do pozycji 29, pozostałe pozycje wskazując jedynie jako inne, nad którymi Zamawiający też powinien się zastanowić. W dodatku pozycja nr 4, jak zauważył Przystępujący, w ofercie Odwołującego była niższa niż w ofercie Przystępującego.

W odniesieniu do poz. 29 Izba podtrzymuje uzasadnienie przedstawione powyżej przy zarzucie 1. Dodatkowo Izba wskazuje, iż w odwołaniu nie przedstawiono żadnej analizy, jak ceny podane w trzech kwestionowanych pozycjach kosztorysu (czyli w świetle powyższych ustaleń w poz. 21, 29, 40) mają się do ceny rynkowych, czy chociażby do cen wskazanych w kosztorysie inwestorskim opracowanym przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał jedynie, że posiada dane historyczne, które potwierdzają nierealność założeń cenowych powołując się na jednostronnicowy wyciąg z dokumentu mającego stanowić ofertę Wimed dotyczącą poprzedniego przetargu, niemniej nie wskazał nawet, które dane z oferty Przystępującego należałoby z tym dokumentem porównać. Nie jest rolą Izby przeprowadzanie za Odwołującego analizy poszczególnych pozycji kosztorysów w celu poszukiwania rozbieżności budzących wątpliwość pod kątem rynkowego charakteru cen ani poszukiwanie dowodów w celu ustalenia, jaka jest rynkowa cena określonych robót budowlanych.

Izba miała także na uwadze, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji dlaczego to właśnie te trzy sporne pozycje kosztorysu miałyby stanowić istotne części składowe ceny i uzasadniać wystosowanie przez Zamawiającego wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy jego obowiązkiem było okoliczność tę wykazać, skoro nie kwestionowano realności ceny całkowitej oferty, a jedynie jej części składowych. Jak wskazuje się w orzecznictwie istotność części składowych ceny należy definiować przez pryzmat ich znaczenia dla wykonania przedmiotu zamówienia. Znaczenie to może mieć charakter zarówno merytoryczny (jeśli określone elementy składające się na przedmiot zamówienia są kluczowe z punktu widzenia osiągnięcia prawidłowego efektu końcowego danego zamówienia) jak i wartościowy (jeśli wartość tych składowych ma istotny udział w wartości całkowitej oferty) (por. wyrok z dnia 24 lipca 2020r., sygn. akt KIO 1289/20). Odwołujący nie dokonał analizy kwestionowanych pozycji kosztorysu ani pod kątem ich znaczenia dla realizacji zamówienia, ani w zakresie proporcji tych pozycji kosztorysu do całkowitej ceny oferty. Tymczasem już sama analiza kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego wskazuje, że wartości tych trzech pozycji stanowią zaledwie ok. 4,5-5,5% ceny całkowitej (dla części 1 zamówienia łączna wartość pozycji nr 21, 29 i 40 wynosi 356 000 zł brutto, co stanowi niespełna 4,5% całkowitej ceny oferty ustalonej według kosztorysu na 8 000 000 zł brutto, z kolei dla części 3 łączna wartość tych pozycji stanowi niespełna 5,5% całkowitej ceny oferty ustalonej na 6 500 000 zł brutto). Odwołujący nie zobrazował znaczenia tych pozycji dla ukształtowania ceny oferty i ewentualnego wpływu na różnice cenowe pomiędzy konkurencyjnymi ofertami, które w zależności od części zamówienia kształtowały się na

poziomie od 1,3mln zł do 1,7mln zł. Przy czym podkreślić należy, że sam fakt wyodrębnienia danej pozycji w kosztorysie nie świadczy o istotności tej części składowej ceny. Odwołujący powinien wykazać, że to właśnie te elementy ceny stanowią jej istotną część składową, która w znacznym stopniu, bardziej niż inne elementy składowe ceny, generuje po stronie wykonawcy koszty, tymczasem w odwołaniu brak jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie.

Dopiero na rozprawie Odwołujący podniósł, że pozycja nr 29 jest najdroższą pozycją z kosztorysu, niemniej w dalszym ciągu jego argumentacja była niepełna i lakoniczna, nie wykazująca, że pozycja ta powinna zostać uznana za istotną część składową oferty w kontekście jej ceny całkowitej i znaczenia dla kształtowania cen ofert. Ponadto podkreślić należy, że tego rodzaju argumentacja powinna zostać podniesiona już na etapie wnoszenia odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, zobowiązanym do działania z należytą starannością i precyzyjne podstawy faktyczne zarzutów nie tylko mógł, ale powinien był wskazać już w treści odwołania, a na rozprawie składać jedynie ewentualne dowody na poparcie przedstawionych w odwołaniu twierdzeń. O ile bowiem dowody na mocy art. 535 ustawy nPzp Odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 ustawy nPzp. Konsekwencje zaniechań Odwołującego w powyższym zakresie przełożyły się na wynik postępowania odwoławczego.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który pozostaje w porozumieniu z innymi wykonawcami (zarzut nr 3 odwołania).

Zgodnie z ww. przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na ww. podstawie wymaga zatem stwierdzenia po pierwsze, że zostało zawarte porozumienie pomiędzy wykonawcami, a po drugie, że porozumienie to ma na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto obie ww. okoliczności zamawiający musi być w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. W orzecznictwie podkreśla się, że dla wykazania zawarcia niedozwolonego porozumienia, nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pismem porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. Ponadto, jak wskazuje się w orzecznictwie (por. m.in. wyro. z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18), „wykazanie za pomocą stosownych dowodów” nie oznacza, że zamawiający mają obowiązek uzyskania bezpośrednich dowodów zawarcia umowy przetargowej przez wykonawców, interpretacja rozumienia tego pojęcia nie może abstrahować od tego, że krajowy przepis stanowi implementację przepisu dyrektywy klasycznej (art. 57 ust. 4 lit. d), w którym mowa o „stwierdzeniu na podstawie wiarygodnych przesłanek”, że doszło do takiej umowy. Mając powyższe na względzie wykazanie tego rodzaju porozumienia siłą rzeczy opierać się będzie przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych. Zamawiający wykluczając wykonawcę w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp musi jednak być w stanie wykazać, że ma do czynienia z zakłóceniem konkurencji. Analogicznie Odwołujący w postępowaniu odwoławczym, podnosząc zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego na ww. podstawie, powinien wykazać, chociażby w oparciu o dowody pośrednie, że doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy wykonawcami oraz że porozumienie to miało na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. W ocenie Izby Odwołujący powyższemu nie sprostał.

Bezsporny był fakt, że pomiędzy dokumentami złożonymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Przystępującego oraz wykonawcę, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą w części 2 i 4 zamówienia (Konsorcjum Bravo) zachodziły podobieństwa, które mogły – choć jednak nie musiały – potwierdzać fakt zawarcia bliżej nieokreślonego porozumienia przez ww. podmioty. Brak jest podstaw do podważenia prawdziwości oświadczenia złożonego przez pełnomocnika Przystępującego – r.p.r. T. M., że wobec braku udostępnienia przez Zamawiającego wzorów części dokumentów, to on przygotowywał projekty oświadczeń składanych w postępowaniu (pełnomocnictwa, oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, wykaz narzędzi), z których korzystał nie tylko Przystępujący, ale także inni klienci pełnomocnika. Wymagania dla wszystkich części zamówienia były co do zasady takie same, należało dysponować m.in. takim samym sprzętem wymienionym pkt III.1.3 SIWZ. Sam Odwołujący na rozprawie przyznał, że wzory dokumentów mógł przygotować pełnomocnik. Przy czym można tu dostrzec pewną niekonsekwencję w stanowisku Odwołującego, który na rozprawie wskazywał, iż o podobieństwie pomiędzy dokumentami świadczą nie wzory, a ich wypełnienie, podczas gdy w treści odwołania w odniesieniu do tych dokumentów akcentował właśnie podobieństwo graficzne, a nie podobieństwo co do merytorycznej treści. Niezależnie od tego, w ocenie Izby, sam fakt oparcia przez dwa podmioty oświadczeń złożonych w postępowaniu na tych samych wzorach nie powoduje jeszcze, że można stwierdzić, iż działali oni w porozumieniu ze sobą, zwłaszcza, że wypełnienie tych dokumentów w istocie sprowadzało się do złożenia podpisów. Okoliczność zawarcia ewentualnego porozumienia w ocenie Izby bardziej uprawdopodobnia podobieństwo części cen w kosztorysach ofertowych obu podmiotów, aczkolwiek również i w tym przypadku nie można wykluczyć, że zbieżność cen wynika z okoliczności innych niż wzajemne uzgodnienia, np. z oparcia się na tych samych cennikach pozyskanych od podmiotów trzecich.

Jakkolwiek nie sposób odmówić racji Odwołującemu, że powyższe okoliczności mogą świadczyć o zawarciu porozumienia pomiędzy Konsorcjum Bartel a Konsorcjum Bravo, to nie jest to jedyna możliwa wersja zdarzeń, Odwołujący nie przedstawił zresztą argumentów, które by na to wskazywały. Tym samym mogą one co najwyżej uprawdopodobniać tezę Odwołującego, jednak nie wykazują jej w sposób dostateczny. W szczególności zaś dowody powołane na tę okoliczność (tj. złożone przez oba konsorcja oświadczenia i dokumenty znajdujące się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego) nie są wystarczające, aby uznać, iż ewentualnie zawarte, bliżej niezidentyfikowane, porozumienie miało na celu zakłócenie konkurencji. Treść art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż nie każde porozumienie stanowi może podstawę do wykluczenia z postępowania, a jedynie takie, które zakłóca konkurencję w postępowaniu. Podkreślić należy, że sama współpraca podmiotów podczas przygotowywania ofert nie stanowi *per se* o naruszeniu prawa antymonopolowego. Okoliczność tę należy być w stanie wykazać, na co wskazuje brzmienie ww. przepisu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wyjaśnił szerzej w czym przejawiać się miało w niniejszym przypadku zakłócenie konkurencji. Wywód Odwołującego skupia się na wykazaniu podobieństw w dokumentacji mających wskazywać na fakt zawarcia porozumienia, jednak do charakteru tego porozumienia i jego celu odnosi się już w sposób bardzo lakoniczny. Uzasadnienie w tym zakresie sprowadza się *de facto* do samej tezy, że wykonawcy dokonali „podziału zamówienia w ten sposób, że nie byli oni dla siebie konkurencją w toczących się postępowaniach częstkowych” oraz „złożyli oferty na odrębne części skutecznie omijając postawione przez Zamawiającego rygory.” W skutek powyższego zdaniem Odwołującego ww. podmioty „naruszyły uczciwą konkurencję prowadzącą do niedozwolonego podziału rynku, wyeliminowania konkurencji i konkurenta, zaburzenia rynku usług w dłuższej perspektywie i uzyskanie faktycznego monopolu.” Powyższe twierdzenia Odwołującego nie są w ocenie Izby wystarczające, nie zostały bowiem poparte konkretną argumentacją merytoryczną. Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób podmioty, którym zarzucane jest działanie w porozumieniu, miałyby obejść rygory postawione przez Zamawiającego co do możliwości złożenia ofert maksymalnie na dwie z czterech części zamówienia, skoro każdy z nich złożył ofertę na dwie części zamówienia, a nie więcej. Odwołujący nie wskazywał też, aby podmioty te łączyły jakiegokolwiek powiązania osobowe, kapitałowe czy bliższe relacje

gospodarcze. Dopiero na rozprawie Odwołujący postawił hipotezę, że firma Wimed (członek Konsorcjum Przystępującego) zamierza dostarczać znaki drogowe we wszystkich częściach zamówienia (sprzedając je również Konsorcjum Bravo), argumentacji takiej w odwołaniu jednak nie zawarto. Ponadto za nieadekwatne Izba uznała przywołane w tym zakresie orzecznictwo, które dotyczyło składania ofert na różne części zamówienia przez podmioty należące do grupy kapitałowej, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku.

Odwołujący nie przedstawił również argumentacji i dowodów mających wskazywać, że potencjalne porozumienie zawarte w jego ocenie pomiędzy Przystępującym a Konsorcjum Bravo miało na celu dokonanie podziału rynku. Wręcz przeciwnie, Odwołujący złożył dowody w postaci zawartych z Gminą Miejską Kraków umów, które jednoznacznie wskazywały, że Odwołujący od wielu lat składał oferty na te same dwie części zamówienia (rejon Śródmieście i Krowodrza), co potwierdził także na rozprawie. Oznacza to, że podmioty funkcjonujące na rynku dysponowały taką wiedzą i miały świadomość, w zakresie jakich części zamówienia prawdopodobnie musiałyby konkurować z Odwołującym. Powyższe wskazuje, że fakt złożenia oferty przez Konsorcjum Bravo w części 2 i 4 wcale nie musiał być wynikiem niedozwolonych uzgodnień, lecz wiedzy opartej o analizę podobnych zamówień udzielanych w poprzednich latach. Stanowisko Odwołującego poddaje w wątpliwość także fakt, że z treści dokumentów złożonych w postępowaniu przez Konsorcjum Bravo znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego (konkretnie z treści dokumentu „Doświadczenie zawodowe – załącznik nr 4 do SIWZ”) wynika, iż podmiot ten powołał się na doświadczenie własne w realizacji analogicznego zamówienia na rzecz Zamawiającego w części 2 Podgórza w latach 2016-2018. A zatem Konsorcjum Bravo również już realizowało zamówienia na rzecz Zamawiającego (w innych częściach niż Odwołujący), co wskazuje, że miało ono wiedzę jak kształtuje się konkurencja w poszczególnych częściach zamówienia. Odwołujący nie przedstawił analizy tej konkurencji w postępowaniach prowadzonych w latach ubiegłych, w szczególności co do liczby podmiotów składających oferty oraz informacji, jakie to były podmioty. Powyższe uniemożliwia wykluczenie sytuacji, że pewien podział w zakresie realizacji określonych części zamówień dla Zamawiającego mógł istnieć już wcześniej i wykształcić się przez lata w sposób naturalny, z uwagi na postanowienia SIWZ ograniczające liczbę części, na które można złożyć ofertę, a nie w wyniku niekonkurencyjnego porozumienia wykonawców.

Izba miała na uwadze także fakt, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, w oparciu o jakie dane konstruowane były ceny ofert Przystępującego i Konsorcjum Bravo, w szczególności czy podmioty te kalkulując ceny ofert opierały się na własnych zasobach czy też ofertach dostawców materiałów, podwykonawców. Tym samym nie sposób przesądzić, czy podanie częściowo zbieżnych cen było wynikiem uzgodnień, czy innych okoliczności, np. oparcia kalkulacji na ofercie tego samego podmiotu trzeciego. Odwołujący powołał się tylko na podobieństwa cen, jednocześnie nie wykazując, że jedyną możliwą przyczyną takiego stanu rzeczy było zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zauważyć należy, że mimo, że część cen była zbieżna, to jednak ceny całkowite ofert obu podmiotów różniły się, różny był także zakres zamówienia. Przy czym Odwołujący nie wskazywał, aby zawarcie porozumienia pomiędzy ww. wykonawcami miało na celu uzgodnienie cen ofert ani nie wywodził z tego właśnie faktu jego antykonkurencyjnego charakteru.

W świetle powyższego, zdaniem składu orzekającego zbyt duża liczba niewiadomych, nie pozwala na ustalenie, że w postępowaniu zawarto porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Tego rodzaju ustalenia wymagałyby przeprowadzenia szczegółowego postępowania wyjaśniającego, którego to Izba nie może podjąć z urzędu, mając na względzie *stricte* kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego. Jak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19 „ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. (...) Kontradyktoryjność postępowania przed KIO, oznacza nie tylko to, że na stronach spoczywa ciężar dowiedzenia swoich twierdzeń ale również to, że żadna ze stron nie ma obowiązku wykazywać inicjatywy w postępowaniu, bowiem ponosi ryzyko jej zaniechania.” Same przypuszczenia Odwołującego, niezależnie od tego czy są one wiarygodne, nie zmieniają faktu, że na gruncie materiału dowodowego, jakim dysponuje Izba, a także w kontekście przedstawionych przez Odwołującego okoliczności i argumentacji, stwierdzenie zawarcia niedozwolonego porozumienia nie jest możliwe. Odwołujący, jako inicjator postępowania odwoławczego powinien przedstawić argumentację uzasadniającą stawiane zarzuty, jak i złożyć w tym celu niezbędne wnioski dowodowe, to bowiem głównie jego inicjatywa dowodowa wpływa na zakres materiału dowodowego, jaki staje się następnie podstawą rozstrzygnięcia.

Zarzut naruszenia art. 22d ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie badania przez Zamawiającego zaangażowania członka konsorcjum Przystępującego w inne przedsięwzięcia gospodarcze mające wpływ na realizację zadań wyznaczonych postępowaniem (zarzut nr 4) Izba uznała za nieudowodniony i nie poparty rzeczową argumentacją.

Zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Powyższy przepis daje zamawiającemu możliwość weryfikacji posiadania przez wykonawcę określonych zdolności przez cały czas trwania postępowania przez pryzmat zaangażowania potencjału, którym wykonawca dysponuje, w inne zadania oraz wpływu tego zaangażowania na ewentualną realizację zamówienia. Jego stosowanie nie może mieć jednak miejsca w sposób automatyczny. Jak wskazuje się w orzecznictwie ocena realnej dostępności zdolności wykonawcy wymaganych w ramach warunków udziału w postępowaniu powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy i zależna od rodzaju potencjału oraz sposobu i zakresu jego zaangażowania w inne przedsięwzięcie, a także możliwości zmian w tym zakresie (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 105/20). Zamawiający decydując o tym, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności musi być w stanie wykazać, że zasoby techniczne lub zawodowe wykonawcy, na które powołano się na potrzeby postępowania, są zaangażowane w inne zadania (przedsięwzięcia gospodarcze), a ponadto, że okoliczność ta może negatywnie oddziaływać na realizację zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Mając na uwadze, że konsekwencją decyzji Zamawiającego w tym przedmiocie będzie wykluczenie wykonawcy z postępowania, decyzja ta musi być poprzedzona szczegółową analizą, a zagrożenie prawidłowej realizacji zamówienia musi być na tyle realne, aby usprawiedliwiała tego rodzaju sankcję.

Odwołujący zarzucając Zamawiającemu zaniechanie zwyfikowania zaangażowania potencjału Przystępującego (a konkretnie członka konsorcjum Przystępującego - firmy Planeta) w inne przedsięwzięcia gospodarcze pod kątem posiadania wymaganych na potrzeby realizacji zamówienia zdolności, powinien wykazać, że istnieją podstawy do dokonania takiej szczegółowej weryfikacji. Tymczasem Odwołujący w swojej argumentacji poprzestał na wskazaniu, że firma Planeta realizuje zamówienie na terenie m.st. Warszawa, wobec czego nie jest wiadome czy pracownicy, mający realizować zamówienie dla Zamawiającego, nie są już zaangażowani w realizację zamówienia na terenie m.st. Warszawy. Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności wskazujących, że zaangażowanie pracowników firmy Planeta w wykonywanie zamówienia na terenie m.st. Warszawy czy też w realizację innych przedsięwzięć gospodarczych mogłoby stanowić potencjalne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Do zaangażowania tej firmy w realizację zamówienia na rzecz Gminy Miejskiej Ciekachów

Odwołujący w treści odwołania nawet się nie odniósł, załączając jedynie informację z otwarcia ofert. Odwołujący nie zaprezentował jakiegokolwiek analizy, jak realizacja tych innych przedsięwzięć może wpłynąć na wykonanie przedmiotowego zamówienia, podczas gdy dokonanie takiej analizy było możliwe chociażby przez pryzmat treści SIWZ dla postępowań, do których Odwołujący się odnosił, w zestawieniu z treścią SIWZ dla przedmiotowego postępowania.

Jeżeli Odwołujący uważał, że sytuacja, o której mowa w art. 22d ust. 2 ustawy Pzp może mieć miejsce w przedmiotowym przypadku, to jego obowiązkiem było wykazanie okoliczności uzasadniających podjęcie przez Zamawiającego niezbędnych czynności wyjaśniających. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił jakiegokolwiek merytorycznej argumentacji, nie mówiąc o dowodach. Dostatecznymi dowodami nie są informacja z otwarcia ofert oraz informacja o wyniku postępowania, wskazują one bowiem jedynie na fakt, że część zasobów firmy Planeta jest lub może być zaangażowana w inne przedsięwzięcia gospodarcze, nie świadczą jednak o tym, że zaangażowanie to ma jakiegokolwiek przełożenie na należytą realizację zamówienia, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie. W ocenie Izby z samego faktu zaangażowania zasobu przeznaczonego do realizacji zamówienia w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie można wywodzić, że wywrze to negatywny skutek na jego wykonanie. Skład orzekający podziela pogląd wskazany w wyroku z dnia 22 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3499/20, w którym zwrócono uwagę, iż samo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie powoduje automatycznie utraty zdolności do realizacji danego zamówienia przez wykonawcę i z automatu nie świadczy o możliwości wystąpienia negatywnego wpływu na realizację postępowania będącego przedmiotem oceny. Istotnym z punktu widzenia analizowanego przepisu jest bowiem wykazanie czy owo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może wywołać negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. Pomiędzy wykorzystaniem potencjału wykonawcy do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych, a drugą z przesłanek, dotyczącą możliwości wystąpienia zagrożenia należytego wykonania umowy, winien występować adekwatny związek przyczynowy, który należy wykazać.

Izba podkreśla ponadto, że to na Odwołującym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym wyrażoną w art. 534 ust. 1 ustawy nPzp i to Odwołującego obciążają negatywne konsekwencje zaniechania podjęcia stosownej inicjatywy dowodowej. Odwołujący poprzestając na niczym nie popartym twierdzeniu, że z uwagi na wykonywanie przez firmę Planeta innych zamówień, Zamawiający powinien zweryfikować czy zaangażowanie to nie będzie kolidować z realizacją niniejszego zamówienia i nie przedstawiając żadnych argumentów mogących wskazywać na chociażby hipotetyczny negatywny wpływ na realizację tego zamówienia, nie tyle nie wykazał, co nawet nie uprawdopodobnił braku posiadania przez Przystępującego wymaganych zdolności. Jednocześnie Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do stanowiska Przystępującego, który w piśmie procesowym wskazał, jakiego zaangażowania kadrowego wymaga od firmy Planeta realizacja kontraktów, na które powoływał się Odwołujący i jaką liczbą pracowników dysponuje ta firma.

W tym stanie rzeczy nie sposób uznać przedmiotowego zarzutu za wykazany.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 5 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis (pkt 1) oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę (pkt 2 lit. a).

Zgodnie zaś z § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: 1) zamawiającego albo 2) uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, albo 3) zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania.

W oparciu o powyższe przepisy Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 487,92 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem dojazdu na wyznaczoną rozprawę (tj. kosztów biletów kolejowych w łącznej kwocie 300 zł i noclegu w kwocie 187,92 zł), których wysokość stwierdzono na podstawie złożonych do akt sprawy rachunków oraz spisu kosztów. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego wobec faktu, że w przedmiotowym przypadku nie zachodziły okoliczności wskazane w § 8 ust. 2 pkt 2 lub 3 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:.....

.....
.....