Sygn. akt: KIO 3745/21

WYROK

z dnia 19 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Justyna Tomkowska

Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawcę D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DrewKos D. R. z siedzibą w Tucholi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie z siedzibą w Szczecinie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania uwzględnionego przez zamawiającego.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę D. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DrewKos D. R. z siedzibą w Tucholi i

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę D. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DrewKos D. R. z siedzibą w Tucholi tytułem wpisu od odwołania,

3.2. Zasądza od wykonawcy D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DrewKos D. R. z siedzibą w Tucholi na rzecz zamawiającego Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie z siedzibą w Szczecinie kwotę 4 798 zł 51 gr (słownie: cztery tysiące siedemset dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt jeden groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) 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:.....

Członkowie: .....

Sygn. akt KIO 3745/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie z siedzibą w Szczecinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. „Obsługa, eksploatacja, naprawy bieżące

i konserwacje pompowni w roku 2022 na terenie działania Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Szczecinie", nr postępowania: SZ.ROZ.2810.37.2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2021 r., za numerem 2021/S 197-514165.

W dniu 27 grudnia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca D. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DrewKos D. R. z siedzibą w Tucholi - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: H. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Obsługa i Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych H. G. z siedzibą w Cedyni (dalej jako „wykonawca H. G.") — w częściach 1, 2, 3, 4 i 5 postępowania, oraz J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gradient J. G. z siedzibą w Cedyni — w częściach 6, 7, 8, 10, 11 i 12 postępowania oraz wobec wyboru jako najkorzystniejszych ofert ww. Wykonawców w tych częściach postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

pzp:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 1 ustawy pzp — poprzez nieprawidłowe uwzględnienie doświadczenia i niezasadne przyznanie punktów w kryterium „Doświadczenie Eksploatatora sieci i instalacji elektrycznej (D)" wykonawcy Obsługa i Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych H. G. — w częściach 1, 2, 3, 4 i 5 postępowania — podczas gdy osoba, którą wykonawca wskazał w ramach przedmiotowego kryterium tj. J.G. — nie stanowi jego zasobu własnego i jest innym przedsiębiorcą — który dodatkowo korzysta z własnego doświadczenia w innych częściach przedmiotowego zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp — poprzez zaniechanie

odrzucenia ofert wykonawców: 1) Obsługa i Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych H. G. — w częściach 1, 2, 3, 4 i 5. postępowania, oraz 2) Gradient J. G. - w częściach 6, 7, 8, 10, 11 i 12 postępowania, którzy to wykonawcy podlegają wykluczeniu z postępowania z powodu zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na uzgadnianiu treści ofert, wzajemnym wykorzystywaniu potencjału przez wykonawców — w tym wzajemnym wykorzystywaniu potencjału podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert oraz porozumieniu co do podziału między siebie części zamówienia, w których wykonawcy ci złożyli oferty a konsekwencji uzyskali zamówienie;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) — dalej jako „uznk" — poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: 1) Obsługa i Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych H. G.— w częściach 1, 2, 3, 4 i 5 postępowania, oraz 2) Gradient J.G.— w częściach 6, 7, 8, 10, 11 i 12 postępowania, mimo, że zostały one złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na uzgadnianiu treści ofert, wzajemnego wykorzystywaniu potencjału przez wykonawców — w tym wzajemnego wykorzystywania potencjału podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert oraz zawarciu porozumienia co do podziału między siebie części zamówienia, w których wykonawcy ci złożyli oferty a konsekwencji uzyskali zamówienie - co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. art. 239 ust. 1 ustawy pzp — poprzez wybór ofert wykonawców: 1) Obsługa i Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych H. G. — w częściach 1, 2, 3, 4 i 5 postępowania, oraz 2) Gradient J. G.— w częściach 6, 7, 8, 10, 11 i 12 postępowania, mimo, iż podlegają oni wykluczeniu z postępowania, a ich ofert podlegają odrzuceniu, oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w częściach 1-8 i 10-12 postępowania.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru ofert w częściach 1-8 i 10-12 zamówienia;

2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w częściach 1-8 i 10-12 zamówienia;

3) wykluczenia wykonawców J. G. i H. G. oraz odrzucenia ofert tych wykonawców — w częściach 1-8 i 10-12 zamówienia;

4) ewentualnie — w przypadku nieuwzględniania zarzutów 2 i 3 odwołania — przyznania wykonawcy H. G. — 0 punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Eksploatatora sieci i instalacji elektrycznej (D)" — w częściach 1, 2, 3, 4 i 5 zamówienia;

5) wyboru oferty Odwołującego w częściach 1-8 i 10-12 zamówienia, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 2 i 3 odwołania — wyboru oferty Odwołującego w częściach 1-5 zamówienia.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania (przedstawiono uzasadnienie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego) wskazał, że postępowanie zostało podzielone na 12 części, a Odwołujący złożył oferty na części zamówienia od 1-8 i od 10-12. Wykonawca H. G. złożył oferty w częściach 1, 2, 3, 4 i 5 zamówienia. Wykonawca J. G. złożył oferty w częściach 6, 7, 8, 9, 10, 11 i 12 zamówienia. Wykonawcy H. G. i J. G. nie konkurowali ze sobą w żadnej z części zamówienia. Odwołujący wskazał dalej, że Zamawiający ustanowił kryteria oceny ofert — cenę z wagą 60% oraz doświadczenie Eksploatatora sieci i instalacji elektrycznej (D) — z wagą 40%. Zamawiający określił następujące zasady punktacji doświadczenia Eksploatatora: „15.4 Ocena w poszczególnych kryteriach dokonywana będzie na poniższych zasadach: 15.4.2 Każda z ważnych ofert będzie punktowana w kryterium określonym w pkt 15.2.2 osobno dla każdej części, zgodnie z poniższym: 1) Punktowane doświadczenie dotyczy Eksploatatora pompowni posiadającego aktualne świadectwa kwalifikacyjne zgodnie z pkt 7.2.1 punkt 2 litera A SWZ, liczone w pełnych latach. Kryterium dotyczy 1 Eksploatatora skierowanego do realizacji zamówienia. 2) Zamawiający przyzna punkty ofercie w podany poniżej sposób: Doświadczenie poniżej 1 roku — otrzyma 5 punktów; Doświadczenie od do 2 lat — otrzyma 10 punktów; Doświadczenie od 3 do 4 lat — otrzyma 20 punktów; Doświadczenie od 5 do 6 lat— otrzyma 30 punktów; Doświadczenie 7 lat i więcej - otrzyma 40 punktów. Wykonawca H. G. - jako osobę eksploatatora we wszystkich częściach zamówienia, na które złożył oferty — w celu uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert wskazał osobę J. G. Wykonawca H. G. — wskazał jako podwykonawcę w zakresie dozoru urządzeń energetycznych — wykonawcę J. G. Wykonawca H. G. — przedstawił dodatkowo zobowiązanie podmiotu trzeciego jakim jest — wykonawca J. G. — do oddania zasobów w zakresie Doświadczenie Eksploatatora sieci i instalacji elektrycznej (D) — tj. w zakresie podlegającym dodatkowej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert. Powyższe oznacza, że doświadczenie p. J. G. — na które powołuje się wykonawca H. G. w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert — nie jest jego zasobem własnym ale zasobem podmiotu trzeciego. Jednocześnie wykonawca J. G., jako osobę eksploatatora we wszystkich częściach zamówienia, na które złożył oferty — w celu uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert wskazał swoją osobę. Dodatkowo wykonawca J. G., wskazał w ofercie, iż skorzysta z usług podwykonawcy — H. G. w zakresie prac kontrolnych, utrzymaniowych i porządkowych, prac na urządzeniach elektrycznych. Ponadto Odwołujący wskazał, że w złożonych przez wykonawców J. G. i H. G.— wykazach osób, notorycznie powtarzają się te same osoby. Również J. G. jest każdorazowo wskazywany w wykazie osób H. G. i odwrotnie H.G. wskazywany jest w wykazach osób złożonych przez J. G. Wykonawcy J. G. i H. G. — złożyli w postępowaniu oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

Odnośnie zarzutu 2 odwołania Odwołujący podniósł, że w jego ocenie wykonawcy H. G. i J. G. zawarli niedozwolone porozumienie mające na celu zmonopolizowanie zamówienia w taki sposób, że H. G. ma otrzymać punkty w kryterium „Doświadczenie Eksploatatora sieci i instalacji elektrycznej" w sposób sztuczny - tj. w sposób niejasny powołując się nad oświadczenie J. G. — i przez to uzyskać zamówienie. Wykonawcy próbują w ten sposób dzielić między sobą rynek poprzez wykorzystanie instrumentów ustawy pzp takich jak poleganie na zasobach podmiotu trzeciego czy podwykonawstwo — w sposób sprzeczny z założeniami i funkcją tych instrumentów. Wykonawcy wykorzystali te instrumenty w celu ograniczenia innym wykonawcom — dostępu do tego zamówienia oraz w celu zmonopolizowania rynku tj. w sposób sprzeczny z zasadami prawa zamówień publicznych jak i zasadami uczciwej konkurencji. Przedmiotowy zarzut stanowi konsekwencję działań wykonawców H. G. i J.G. — które łącznie składają się na niedozwolone porozumienie między wykonawcami — mające na celu naruszenie uczciwej konkurencji i utrudnienie dostępu do zamówienia innym wykonawcom. Działaniami wykonawców, przesądzającymi o zawarciu między nimi

niedozwolonego porozumienia są:

- wzajemne wykorzystywanie swojego potencjału - Wykonawcy wykorzystują wzajemnie swój potencjał w każdej z dwunastu części zamówienia co powoduje, że w praktyce każdy z nich będzie realizował wszystkie części zamówienia. Odwołujący wskazał, że obydwu wykonawców pełni jednocześnie rolę podwykonawcy u drugiego z nich. Ponadto, do wykonywania zamówienia potrzebne jest przede wszystkim dysponowanie osobami posiadającymi uprawnienia w zakresie eksploatacji sieci, urządzeń i instalacji elektroenergetycznych do 1 kV1 (zgodnie z punktem 7.2.1. SWZ Warunek dotyczący kwalifikacji osób skierowanych do realizacji zamówienia). Każdorazowo, we wszystkich częściach zamówienia — w zakresie powyższego wymogu — osobami, które zostały wskazane przez obydwu wykonawców w wykazach osób są J. G. i H. G. Żaden z wykonawców samodzielnie nie byłby w stanie bez pomocy drugiego z wykonawców spełnić tego warunku udziału w postępowaniu. Co istotne - J. G. w wykazach osób złożonych przez wykonawcę H. G. - wskazany jest jako osoba pełniąca również wiele innych prac. Podobnie w przypadku wykorzystania potencjału H. G. - przez wykonawcę J. G. H. G. wskazany jest w każdym z wykazów osób złożonych przez J. G., jako osoba posiadająca świadectwo kwalifikacyjne „E" uprawniające do eksploatacji sieci, urządzeń i instalacji elektroenergetycznych do 1 kV oraz jako osoba, która będzie realizować zamówienie jako operator pompowni. Zgodnie z tym oświadczeniem — H. G. ma uczestniczyć w każdej części zamówienia realizowanej przez wykonawcę J. G. Reasumując — zarówno J. G. jak i H. G.— wykorzystując wzajemnie swoje potencjały i doświadczenie - będą realizować WSZYSTKIE CZĘŚCI ZAMÓWIENIA, mimo że złożyli jako wykonawcy — odrębne oferty na różne części zamówienia. Gdyby wykonawcy ci złożyli oferty niezależnie od siebie — nie spełniliby podstawowych warunków udziału w postępowaniu, bowiem samodzielnie nie dysponują odpowiednim potencjałem. Składając oferty oddzielnie wywołali jednak u Zamawiającego błędne przekonanie, że są wykonawcami dysponującymi odpowiednim potencjałem do wykonania zamówienia. W konsekwencji - w niniejszej sytuacji nie wiadomo w jakim zakresie który z wykonawców będzie wykonywał daną część zamówienia ponieważ każdy z nich udzielił sobie wzajemnie podwykonawstwa.

- składanie ofert wyłącznie w tych częściach, w których oferty nie złożył drugi z wykonawców tak aby nie konkurować ze sobą oraz dokonać podziału całego zamówienia między siebie. Wykonawca H. G. złożył oferty w częściach 1, 2, 3, 4 i 5 zamówienia natomiast wykonawca J. G. złożył oferty' w częściach 6, 7, 8, 9, 10, 11 i 12 zamówienia. Powyższa okoliczność przesądza o istnieniu między wykonawcami porozumienia, co do sposobu składania ofert oraz wskazuje na brak realnej konkurencji między wykonawcami, a także na próbie wyeliminowania wszelkiej konkurencji z całego zakresu zamówienia.

- ceny zaoferowane obydwu z wykonawców — praktycznie w każdej części zamówienia są na podobnym poziomie w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego — co wskazuje na to, że wykonawcy konsultowali się w zakresie ustalenia poziomu swoich cen — przybrali tę samą taktykę, że ceny ich ofert oscylują w granicach około 82% wartości szacunkowej poszczególnych części zamówienia.

- ponadto u wykonawców występują powiązania rodzinne, a siedziby ich działalności znajdują się pod sąsiednimi adresami co w świetle wskazanych powyżej okoliczności uprawdopodobnia jednoznacznie, że wykonawcy wypracowali system, w którym wykorzystując w sposób niejasny swoje potencjały — sztucznie wykazali doświadczenie wykonawcy H. G. podlegające dodatkowej punktacji i dzięki temu uzyskali zamówienie we wszystkich częściach.

Powyższe okoliczności potwierdzają w ocenie Odwołującego, że wykonawcy H. G. i J. G. zawarli w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia - porozumienie, które miało na celu ograniczyć konkurencję i zmonopolizować rynek. Niedozwolona współpraca między wykonawcami doprowadziła do tego, że H.G. otrzymał punkty w kryterium „Doświadczenie Eksploatatora sieci i instalacji elektrycznej" w sposób sztuczny — tj. dzięki niejasnemu powołaniu się na doświadczenie J. G. W konsekwencji wykonawcy podzielili między siebie całe zamówienie.

Odnośnie zarzutu 3 odwołania Odwołujący podniósł, że działania wykonawców wskazują na dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji. Działania wykonawców J. G. i H. G. były działaniami sprzecznymi z dobrymi obyczajami oraz jednocześnie naruszyły interes innych przedsiębiorców. Działanie niezgodne z dobrymi obyczajami polega w niniejszej sytuacji na wykorzystywaniu instrumentów ustawy pzp — podwykonawstwa i polegania na zasobach podmiotu trzeciego niezgodnie z ich przeznaczeniem. Wykonawcy w sposób niejasny wykorzystują te instrumenty, posługując się swoim doświadczeniem w celu uzyskania dodatkowej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, dzięki czemu możliwe jest uzyskanie zamówienia przez H. G. w częściach 1-5 zamówienia. Bez przeprowadzenia takich

manipulacji w zakresie doświadczenia i dysponowania potencjałem — wykonawca H. G. nie mógłby uzyskać samodzielnie dodatkowej punktacji w kryterium „doświadczenie eksploatatora", przez co jego oferta nie zostałaby oceniona najwyżej. Oczywistym skutkiem działań wykonawców jest wpływ na uczciwą konkurencję w postępowaniu i naruszenie interesu innych wykonawców. Gdyby nie manipulowanie doświadczeniem i potencjałem w celu uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert to inni wykonawcy, którzy nie dopuścili się takich wątpliwych praktyk, a wykazali się doświadczeniem pozwalającym na uzyskaniu dodatkowych punktów w kryterium „doświadczenie eksploatatora" w sposób niebudzący wątpliwości mogliby uzyskać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący wskazał, że już sam wymóg prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców jest celem samym w sobie a naruszenie tych zasad stanowi jednocześnie naruszenie interesu podmiotów zainteresowanych wykonaniem tego zamówienia. Wykonawcy J. i H. G. poza „sztucznym" podniesieniem punktów w kryterium „Eksploatatora" dla H. G. spowodowali niejasność w zakresie potencjalnej odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia wspólnie udzielając sobie podwykonawstwa. Stanowi to działanie nie tylko na szkodę pozostałych wykonawców, ale również na szkodę Zamawiającego.

W zakresie zarzutu 4 odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do pozostałych zarzutów odwołania. Wyżej wskazane okoliczności łącznie potwierdzają zawarcie niedozwolonego porozumienia przez wykonawców tzw. zmowy przetargowej. Wystąpienie tych okoliczności — w realiach niniejszej sprawy - powinno wywołać konsekwencje związane zarówno z naruszeniem przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i z naruszeniem przepisów pzp ustanawiających zakaz zawierania porozumień między wykonawcami, które ograniczają konkurencję. Wobec powyższego w stosunku do obydwu wykonawców zachodzi zarówno podstawa do odrzucenia ich ofert z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp jak i podstawa do wykluczenia wykonawców z postępowania z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, a w konsekwencji odrzucenia ich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a. Oferty wykonawców H. G. i J.G. w istocie podlegają odrzuceniu jako złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a wykonawcy ci podlegają wykluczeniu z postępowania. Zatem wybór ofert tych wykonawców w przywołanych powyżej okolicznościach — jako ofert najkorzystniejszych we wszystkich częściach zamówienia stanowi naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 ustawy pzp.

W dniu 17 stycznia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania, natomiast w pozostałym zakresie wniósł o jego oddalenie. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 17 stycznia 2021 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym przedstawił uzupełniające stanowisko w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz pismo procesowe

Odwołującego.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia,

stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

W związku z uwzględnieniem zarzutu nr 1 odwołania, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tym zakresie. W odniesieniu do zarzutu uwzględnionego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 4, zgodnie z którym: „w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów." Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego co do zarzutu uwzględnionego, bez merytorycznego rozpoznania.

W pozostałym zakresie odwołanie polegało oddaleniu.

Odnośnie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 4 SWZ: OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: „4.1 Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług związanych z utrzymaniem w pełnej sprawności technicznej wraz z obsługą przepompowni oraz wykonywanie prac konserwacyjnych i naprawczych budowli przepompowni. Sprawne funkcjonowanie wymienionych stacji pomp ma na celu uregulowanie poziomu wód na polderach dla potrzeb gospodarki rolnej, a także zabezpieczenie i ochronę przeciwpowodziową. Szczegółowy opis robót i czynności składających się na przedmiot zamówienia dla danej części zamówienia zawarty został w załącznikach nr 10.1.1 - 10.4.4 do SWZ. 4.2 Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. 4.2.1 Zamówienie składa się z następujących części: 1) NW Gryfice, 2) NW Kamień Pomorski, 3) NW Kołobrzeg, 4) NW Koszalin, 5) NW Sławno, 6) NW Goleniów, 7) NW Pyrzyce, 8) NW Stargard, 9) NW Gryfino i Chojna, 10) NW Świnoujście, 11) NW Myślibórz, 12) NW Szczecin, 4.2.2 Zamawiający nie dopuszcza podziału zamówienia w ramach poszczególnych części. 4.2.3 Wykonawca może złożyć ofertę na jedną albo więcej części zamówienia."

Zgodnie z pkt 4.8 SWZ: „Zamawiający zgodnie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób, zwanych dalej pracownikami, którzy w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia wykonywać będą czynności określone w dokumencie pn. „zakres czynności wchodzących w zakres zamówienia", w przedmiarach robót i kosztorysach nakładczych, stanowiących razem opis przedmiotu zamówienia (zał. nr 10.1.1-10.4.4 do SWZ). Czynności te w szczególności obejmują: 1) Wykonywanie wszystkich czynności zgodnie z wymogami Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) oraz instrukcjami eksploatacyjnymi; 2) Roboty konserwacyjno-naprawcze pompowni, stacji pomp, agregatów, smarownic; 3) Eksploatacja i konserwacja urządzeń dźwigowych; 4) Roboty konserwacyjne i naprawy eksploatacyjne na urządzeniach elektrycznych; 5) Dokonywanie napraw i konserwacji metalowych elementów wewnętrznych i zewnętrznych jak: pomosty, ogrodzenia, bariery ochronne, bramy i furtki, okratowania, instalacje odgromowe, bieżące zbieranie zanieczyszczeń komunalnych, wykoszonej roślinności; 6) Stała, bieżąca kontrola prawidłowości funkcjonowania pomp, zgodnie z instrukcjami obsługi. 7) Czynności wykonywane przez operatorów pompowni, m.in podstawowe czynności obsługowe, w szczególności załączanie i wyłączanie agregatów pompowych, monitorowanie pracy urządzeń stacji pomp, kontrola stanu wody, kontrola stanu obiektów, oczyszczanie krat wlotowych, czynności porządkowe na obiekcie i terenie obiektu, prowadzenie dzienników i innych dokumentów, - o ile nie będą wykonane przez daną osobę w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej. Obowiązek ten nie dotyczy osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane."

W myśl pkt 7.2.1 2) SWZ: „W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają

następujące warunki udziału w postępowaniu: 7.2.1 W zakresie zdolności technicznej lub

zawodowej: (...) 2) Warunek dotyczący kwalifikacji osób skierowanych do realizacji zamówienia: Wykonawca wykaże, iż dysponuje lub będzie dysponował podczas realizacji zamówienia: A. co najmniej 2 osobami posiadającymi aktualne świadectwa kwalifikacyjne uprawniające do eksploatacji sieci, urządzeń i instalacji elektroenergetycznych do 1 kV1 wynikające z rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń instalacji i sieci (Dz.U. z 2003 r. Nr 89 poz. 828 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na postawie wcześniej obowiązujących przepisów lub inne uprawnienia odpowiadające powyższym. Dopuszcza się kwalifikacje wydane z uwzględnieniem ustawy z dnia 18 marca 2008r., o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2020 poz. 220), przy czym jedna z wymienionych osób powinna posiadać uprawnienia do pracy na stanowisku dozoru w w/w zakresie (dotyczy części 1-12); B. co najmniej 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych oraz sporządzania projektów i instalacyjni elektrycznych sprawujących funkcję projektanta (dot. części 1-2); C. co najmniej 1 osobą posiadającą uprawnienia do eksploatacji urządzeń dźwigowych podlegających dozorowi technicznemu, wydanymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 21 maja 2019r. w sprawie sposobu i trybu sprawdzania kwalifikacji wymaganych przy obsłudze i konserwacji urządzeń technicznych oraz sposobu i trybu przedłużania okresu ważności zaświadczeń kwalifikacyjnych (Dz. U. z 2019 poz. 1008 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub inne uprawnienia odpowiadającymi powyższym, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub posiadającymi zagraniczne uprawnienia uznane w zakresie i na zasadach opisanych w ustawie z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2020 poz. 220) (dotyczy wszystkich części); D. co najmniej jedną osobą ze znajomością obsługi, eksploatacji oraz programowania układów sterownikowych i falownikowych w pompowniach potwierdzone właściwym zaświadczeniem lub certyfikatem (dotyczy części: 1,2,9-12); E. co najmniej jedną osobą przeszkoloną z obsługi pomp zatapialnych - posiadająca dokument (potwierdzający przebyte szkolenie) o mocy minimalnej 100 kW (dla części 9), dla pomp o mocy 20-60 kW (dla części 1 i 2) oraz dla pomp o mocy 10,1- 45 kW (dla części nr 5); F. co najmniej jedna osobą przeszkoloną z obsługi agregatów prądotwórczych o mocy minimalnej 100 kW - dla zadania 9); Zamawiający dopuszcza by jedna osoba posiadała kilka ww. kwalifikacji. G. Wykonawca winien dysponować osobami (operatorami przepompowni) w liczbie minimalnej wskazanej w Załącznikach nr 10.1.1 - 10.4.4.do SWZ odpowiednio dla: Część 1- NW Gryfice - 10 os. Część 2- NW Kamień Pomorski - 7 os. Część 3- NW Kołobrzeg - 3 os. Część 4- NW Koszalin - 7 os. Część 5- NW Sławno - 4 os. Część 6- NW Goleniów - 12 os. Część 7- NW Pyrzyce - 2 os. Część 8- NW Stargard - 3 os. Część 9- NW Gryfino i Chojna - 5 os. Część 10- NW Świnoujście - 5 os. Część 11- NW Myślibórz - 2 os. Część 12- NW Szczecin - 5 os.”

W myśl pkt 15: KRYTERIA ORAZ SPOSÓB OCENY OFERT: „(...) 15.2 Oferty oceniane będą na podstawie następujących kryteriów: 15.2.1 Cena brutto - waga 60 % 15.2.2 Doświadczenie Eksploatatora sieci i instalacji elektrycznej (D) - 40% oddzielnie dla każdej części zamówienia. (...) 15.4.2 Każda z ważnych ofert będzie punktowana w kryterium określonym w pkt 15.2.2 osobno dla każdej części, zgodnie z poniższym: 1) Punktowane doświadczenie dotyczy

Eksploatatora pompowni posiadającego aktualne świadectwa kwalifikacyjne zgodnie z pkt 7.2.1 punkt 2 litera A SWZ, liczone w pełnych latach. Kryterium dotyczy 1 Eksploatatora skierowanego do realizacji zamówienia. 2) Zamawiający przyzna punkty ofercie w podany

poniżej sposób: Doświadczenie poniżej 1 roku - otrzyma 5 punktów, Doświadczenie od 1 do 2 lat - otrzyma 10 punktów, Doświadczenie od 3 do 4 lat - otrzyma 20 punktów, Doświadczenie od 5 do 6 lat- otrzyma 30 punktów, Doświadczenie 7 lat i więcej - otrzyma 40 punktów 3) Wykonawca zobowiązany jest wskazać wartość tego kryterium w Formularzu Ofertowym poprzez wskazanie dat „od - do” w odpowiedniej rubryce w tabeli oraz wskazanie podmiotów, dla których obsługa pompowni była wykonywana, 4) Brak wskazania spowoduje przyjęcie przez Zamawiającego 0 punktów. 5) Osoba wskazana w Formularzu ofertowym musi być wskazana w wykazie osób, który Wykonawca przedkłada na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków to osoba skierowana do realizacji zamówienia.”

Zgodnie z pkt IV OPZ na poszczególne części zamówienia Zamawiający określił wymagany minimalny okres pobytu na terenie wszystkich pompowni w ramach danego zadania i danego obiektu, minimalną liczbę osób (Operatorów pompowni) oraz dopuścił zatrudnienie operatorów w niepełnym wymiarze czasu pracy, w ilości większej niż liczba osób określona jako minimalna z zachowaniem obowiązujących norm czasu pracy oraz podanych średniomiesięcznych godzin pracy operatorów pompowni.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 10 listopada 2021 r. Wykonawca Gradient J. G.

złożył ofertę w częściach 6-12 zamówienia (ceny ofertowe brutto: cz. 6: 903 312,00 zł, cz. 7: 144 648,00 zł, cz. 8: 233 946,00 zł, cz. 10: 389 664,00 zł, cz. 11: 128 412,00 zł, cz. 12: 464 202,00 zł), a Wykonawca Obsługa i Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych H. G. w częściach 1-5 zamówienia (ceny ofertowe brutto: cz. 1: 797 040,00 zł, cz. 2: 560 880,00 zł, cz. 3: 329 148,00 zł, cz. 4: 684 864,00 zł, cz. 5: 439 848,00 zł.)

Zgodnie z informacją z dnia 10 listopada 2021 r. o kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia: część 1 Gryfice 968 060,60 zł brutto, część 2 Kamień Pomorski 679 287,32 zł brutto, część 3 Kołobrzeg 401 600,02 zł brutto, część 4 Koszalin 828 646,63 zł brutto, część 5 Sławno 530 002,08 zł brutto, część 6 Goleniów 1 274 715,36 zł brutto, część 7 Pyrzyce 175 064,36 zł brutto, część 8 Stargard 335 978,44 zł brutto, część 9 Gryfino i Chojna 411 542,33 zł brutto, część 10 Świnoujście 464 997,42 zł brutto, część 11 Myślibórz 176 752,97 zł brutto, część 12 Szczecin 560 926,10 zł brutto.

Zgodnie ze złożonym przez Wykonawcę Gradient J.G. formularzem ofertowym Wykonawca wykazał w częściach 6-12 „Doświadczenie Eksploatatora pompowni posiadającego aktualne świadectwa kwalifikacyjne zgodnie z pkt 7.2.1 punkt 2 litera A SWZ, liczone w pełnych latach”

Pana J. G.: „1. Nabyte w okresie od 2008r do 2010r, w ramach realizacji usług (obsługa przepompowni) na rzecz ZZMiUW w Szczecinie 2. Nabyte w okresie od 2012r do 2017r, w ramach realizacji usług (obsługa przepompowni) na rzecz ZZMiUW w Szczecinie 3. Nabyte w okresie od 2018r do 2020r, w ramach realizacji usług (obsługa przepompowni) na rzecz Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie.”

Ponadto, w pkt 4 formularza ofertowego ww. Wykonawca oświadczył, że powierzy podwykonawcom wykonanie następującej części zamówienia: prace kontrolne, utrzymaniowe i porządkowe, prace na urządzeniach elektrycznych: Obsługa I Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych G. H., H.G.; prace kontrolne, utrzymaniowe i porządkowe: Usługi Rolnicze K. A., A. K., R. K. Usługi Rolnicze, R. K., PUH A. B., A. B., M. G., Gospodarstwo Rolne K. M., K. M., Gospodarstwo Rolne K. Z., K. Z., Gospodarstwo Rolne J. J., J. J., J. C.

W złożonym w postępowaniu wykazie osób Wykonawca Gradient J. G. wskazał m.in. osobę: „H. G.” a w części 10-12: „J.G.”, a jako podstawę dysponowania: „Umowa”, Posiadane uprawnienia i kwalifikacje: „świadectwo kwalifikacyjne „E” uprawniające do eksploatacji sieci, urządzeń i instalacji elektroenergetycznych do 1 kV (...)” oraz osobę: „J. G.”, Posiadane uprawnienia i kwalifikacje: „świadectwo kwalifikacyjne „D” uprawniające do dozoru sieci, urządzeń i instalacji elektroenergetycznych do 1 kV”. Ponadto wskazał: H. G. jako operator przepompowni, swoją osobę, a także inne osoby do wykonywania czynności operatora przepompowni w każdej części, w tym w części 9 i 12 p. A. G. oraz w części 11 p. M. G.

Zgodnie ze złożonym przez Wykonawcę Obsługa i Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych H. G. formularzem ofertowym Wykonawca wykazał w częściach 1-5 „Doświadczenie Eksploatatora pompowni posiadającego aktualne świadectwa kwalifikacyjne zgodnie z pkt 7.2.1 punkt 2 litera A SWZ, liczone w pełnych latach” Pana J. G.: „1. Nabyte w okresie od 2008r do 2010r, w ramach realizacji usług (obsługa przepompowni) na rzecz ZZMiUW w Szczecinie 2. Nabyte w okresie od 2012r do 2017r, w ramach realizacji usług (obsługa przepompowni) na rzecz ZZMiUW w Szczecinie 3. Nabyte w okresie od 2018r do 2020r, w ramach realizacji usług (obsługa przepompowni) na rzecz Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie.”

Ponadto, w pkt 4 formularza ofertowego ww. Wykonawca oświadczył, że powierzy podwykonawcom wykonanie następującej części zamówienia: Dozór urządzeń energetycznych: Gradient J.G.

Wraz z ofertą Wykonawca Obsługa i Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych H. G. złożył zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia: Gradient J. G., w którym podmiot trzeci oświadczył: „Oświadczam, iż: 1) udostępniam Wykonawcy następujący zakres zasobów: Doświadczenie Eksploatatora sieci i instalacji elektrycznej (D) 2) powyższe zasoby zostaną wykorzystane przy wykonywaniu zamówienia w następujący sposób: usługa dozoru urządzeń elektroenergetycznych 3) powyższe zasoby udostępnię Wykonawcy na potrzeby wykonywania zamówienia na okres: całego roku 2022 4) stosunek łączący mnie z Wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów, 5) w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących: wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonam roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.”

W złożonym w postępowaniu wykazie osób Wykonawca Obsługa i Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych H. G. wskazał m.in. osobę: „J. G.”, a jako podstawę dysponowania: „Umowa”. Wskazał także swoją osobę oraz osobę Pana Z. M., w zależności od części zamówienia. Jako operatora przepompowni wskazał po jednej osobie na obiekt, które różnią się w zależności od części, w tym w części 1 wskazał p. M. G.

Z CEIDG ww. Wykonawców wynika stałe miejsce wykonywania działalności gospodarczej: „woj. ZACHODNIOPOMORSKIE, pow. gryfiński, gm. Cedynia, miejsc. Piasek, nr 30, 74520,

poczta Cedynia”.

Wykonawca J. G. oraz H. G. złożyli oświadczenia, że nie należą do żadnej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667).

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 grudnia 2021 r. Wykonawca Obsługa i Naprawa Urządzeń Wodno Melioracyjnych H. G. uzyskał w części 1, 2, 3, 4 i 5 maksymalną ilość punktów: 40 pkt w kryterium Doświadczenie Eksploatatora sieci i instalacji

elektrycznej (D).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz pkt 7: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (.) 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania. (.) 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Artykuł 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: (.) 5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie”.

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”

Zgodnie z art. 6 ust. 1 UOKiK: „1. Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów; 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji; 3) podziale rynków zbytu lub zakupu; 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji; 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy; 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem; 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.”

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że dla spełnienia przesłanek z ww. przepisów, konieczna jest ocena zachowania przedsiębiorców na danym rynku polegająca na ustaleniu czy określone zachowania tych podmiotów mogą zostać uznane za „porozumienie” oraz czy mają antykonkurencyjny „cel lub skutek”.

Definiując „porozumienie” doktryna wskazuje, że jest to możliwość przypisania przedsiębiorcom będącymi stronami tego porozumienia minimum wzajemnych kooperacji.

Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej. Doktryna uznaje szerokie rozumienie „porozumień", które obejmuje zakresem także uzgodnienia przedsiębiorców, a więc również takie których antykonkurencyjny „cel" lub „skutek" nie wynika z umów, uchwał czy też innych pisemnych uzgodnień. Co do drugiego z elementów tj. „antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia", to wskazać należy, że wymienione przesłanki mają charakter alternatywny. W piśmiennictwie podkreśla się, że cel danego zachowania należy określić poprzez obiektywnie ustalony cel samego porozumienia, przy czym ustalenie to powinno nastąpić z uwzględnieniem gospodarczego kontekstu, w jakim zawarte zostało (jest wykonywane) dane porozumienie. Cel porozumienia należy więc badać w oparciu o kryteria obiektywne i w okolicznościach konkretnej sprawy. Podkreślić należy także, że dla objęcia danego porozumienia zakazem z art. 6 UOKiK nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części). Stosowanie tego przepisu nie jest bowiem zależne od faktu, czy porozumienie zostało tylko zawarte przez przedsiębiorców (ich związki), czy też strony rzeczywiście zrealizowały (lub realizują) je w praktyce. (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 marca 2003 r. XVII Ama 40/02). Dalej wskazać należy, że z art. 6 ust. 1 UOKiK wynika, że zakazem objęte są także porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Bez znaczenia jest brak występowania po stronie przedsiębiorców (subiektywnego) zamiaru ograniczenia konkurencji (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2006 r. XVII Ama 9/05). Oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia. Okoliczność, iż naruszenie przepisów ustawy nastąpiło w sposób niezamierzony przez przedsiębiorców, którzy nie mieli intencji wywoływania skutków antykonkurencyjnych, nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania.

Odnosząc się do porozumienia przetargowego, o którym stanowi art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK to niezbędne jest kumulatywne wystąpienie następujących okoliczności: zawarcia niedozwolonego porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (lub przedsiębiorców i organizatora przetargu), którego przedmiot stanowi uzgodnienie w zakresie warunków składanych ofert; antykonkurencyjnego charakteru porozumienia; braku podstaw do wyłączenia spod zakazu w oparciu o art. 8 ust. 1 UOKiK.

Dla wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego możliwe jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiejkolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją.
W sądownictwie powszechnym za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zmowy przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Istnienie więc zmowy przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek - o zmowie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Następnie zaznaczyć należy, że art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ustawa pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem" należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Co istotne, ustalenie iż pomiędzy przedsiębiorcami doszło do niedozwolonego porozumienia

antykonkurencyjnego w rozumieniu art. 6 UOKiK może również stanowić podstawę do uznania danego czynu wykonawców jako czynu nieuczciwej konkurencji. Jak podkreśla się w piśmiennictwie ustawy te są bowiem względem siebie komplementarne, zaś stan faktyczny danej sprawy może podlegać ocenie na gruncie obu ustaw.

Przechodząc natomiast do wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp to stanowi on sankcję za wszelkie praktyki polegające na porozumieniu się wykonawców, najczęściej w celu manipulacji wynikiem postępowania, chodzi zatem o przypadki porozumień i zmów przetargowych naruszających uczciwą konkurencję. Najczęściej będą to wszystkie działania zmierzające do wyboru oferty jednego z wykonawców pozostających w zmowie, jednakże możliwe są także porozumienia mające na celu eliminację innego wykonawcy z postępowania. Co istotne, wykluczeniu z postępowania podlega każdy uczestnik takiego porozumienia biorący udział w postępowaniu, a nie tylko ten, który może uzyskać zamówienie lub może nieuczciwie doprowadzić do ograniczenia konkurencji.

Aby zamawiający był uprawniony wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zgodnie z dyspozycją tego przepisu, będzie zobowiązany stwierdzić zawarcie porozumienia na podstawie wiarygodnych przesłanek. Przepis ten został zmieniony względem art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp z 2004 r. (który wymagał wykazania przez zamawiającego za pomocą stosownych środków dowodowych), w sposób odpowiadający art. 57 ust. 4 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE, który pozwala zamawiającemu stwierdzić, że doszło do zawarcia porozumienia na podstawie wiarygodnych przesłanek, w tym znaczeniu, że wystarczające jest wnioskowanie z zachowania wykonawców, że pozostają oni w porozumieniu i chcą wpływać na wynik postępowania.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt analizowanej sprawy wskazać należy, że dla zakwalifikowania działania Pana J. G. i Pana H. G. jako praktyki ograniczającej konkurencję przybierającej postać niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w postaci zmowy przetargowej zasadnicze znaczenie ma rozstrzygnięcie czy podmioty te działały w porozumieniu, którego przedmiotem było ustalenie warunków ofert, w tym warunków cenowych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którego celem lub skutkiem było zakłócenie konkurencji. Analiza dokumentacji postępowania oraz podniesione przez Strony okoliczności pozwoliły Izbie na stwierdzenie, że takie porozumienie nie zostało zawarte, a bynajmniej nie zostało uprawdopodobnione, aby przedstawione przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym domniemania faktyczne, jako zbór faktów i zachowań ww. przedsiębiorców łącznie prowadziły do jednego wniosku - o istnieniu w postępowaniu zmowy przetargowej.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentacji Odwołującego, iż Wykonawcy użyczając sobie wzajemnie potencjału i podwykonawstwa w danych częściach zamówienia doprowadzili do wyboru ich ofert jako najkorzystniejszych w postępowaniu w każdej części, na którą złożyli ofertę co potwierdza, iż zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji Izba wskazuje, że twierdzenia te nie zostały uprawdopodobnione. Niewątpliwie Wykonawcy wskazali w ofertach siebie nawzajem celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także w przypadku części od 1 do 5 dla uzyskania punktów w kryterium oceny ofert. Niemniej jednak takiego działania nie można jeszcze uznać za celowe działanie Wykonawców ukierunkowane na zakłócenie konkurencji. Poleganie na zasobach podmiotów trzecich na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też podwykonawstwo w ramach danego zamówienia jest dopuszczalne. W każdym takim przypadku wykonawca polegający na zasobach nie mógłby bez innego podmiotu spełnić warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, Izba zauważa, że Zamawiający nie ograniczył możliwości składania ofert na wszystkie części zamówienia. Tym samym, każdy z wykonawców, w tym Odwołujący byli uprawnieni do złożenia oferty w każdej części, co też Odwołujący uczynił. Nie jest zatem tak, że Wykonawcy J. G. i H. G. składając oferty w danych częściach zamówienia, udzielając sobie nawzajem potencjału doprowadzili do możliwości uzyskania zamówienia we wszystkich częściach i zmonopolizowania rynku, co byłoby niemożliwe dla pozostałych wykonawców. Jeśli Odwołujący złożyłby ofertę z niższą ceną to uzyskałby zamówienie we wszystkich częściach zamówienia. Wykonawcy mogliby złożyć także oferty w ramach Konsorcjum łącząc potencjały, co również byłoby dozwolone i tożsame w skutkach. W pkt 11.4 SWZ Zmawiający wskazał, że: „W odniesieniu do warunków określonych w pkt 7.2 SWZ, wymagania te muszą być spełnione wspólnie przez Wykonawców składających ofertę wspólną (nie musi ich spełniać osobno każdy z Wykonawców składających ofertę wspólną)". Chybione jest twierdzenie Odwołującego, że Wykonawcy nie mogliby działając w ramach Konsorcjum przekazać sobie wzajemnie potencjału. Przekazanie potencjału nie byłoby w takim przypadku konieczne, a wykonawcy mogliby wspólnie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy też uzyskać punkty w kryterium oceny ofert.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że udostępnienie potencjału i podwykonawstwa nastąpiło w sposób „sztuczny", co pozwoliło na obniżenie cen ofertowych

w każdej części, a Wykonawcy faktycznie nie zamierzają zrealizować rzetelnie zamówienia. Zauważyć należy, że w wykazach osób Wykonawcy nie wykazali wyłącznie siebie, jako osoby skierowane do realizacji zamówienia ale również inne osoby do wykonywania czynności operatora przepompowni na danym obiekcie. Osoby te zmieniają się w zależności od części zamówienia. Chybiony jest zatem argument Odwołującego, że Wykonawcy J. G. i H. G. nie musieli zebrać odpowiedniego zasobu kadrowego aby świadczyć usługę w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Co więcej, jak słusznie podniósł Zamawiający, nie jest wykluczone ani niedozwolone postanowieniami SWZ aby Wykonawcy zatrudnili więcej osób do realizacji zamówienia niż podali celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający określił ilość osób skierowanych do realizacji zamówienia w danej części jako wymóg minimalny. Nie zostało także wykazane, że Wykonawcy nie będą w stanie faktycznie zrealizować zamówienia w zakresie deklarowanym w wykazie osób. Po pierwsze Zamawiający dopuścił w warunku o którym mowa w pkt 7.2.1 2) SWZ spełnienie kilku kwalifikacji przez jedną osobę. Po drugie, w przypadku wykazów osób złożonych przez J. G., dla jednego obiektu zostały wskazane więcej niż dwie osoby jako operatorzy pompowni. Oczywistym więc jest, że ilość roboczogodzin koniecznych do zrealizowania będzie świadczona przez każdą z tych osób w części. Izba zwraca uwagę, że Pan H. G. w wykazie osób dedykował jedną osobę do jednego obiektu, natomiast Pan J. G. po kilka osób na dany obiekt w ramach części zamówienia. Ponadto, Pan J. G. przewidział w ofercie podwykonawstwo świadczone nie tylko przez Pana H. G. ale również inne podmioty, co świadczy o tym, że Wykonawcy przyjęli odmienny sposób realizacji usługi. Na ocenę działania Wykonawców nie wpływa również podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w wykazach osób wskazane zostały p. A. G. i M. G. Izba zauważa, że oprócz wyżej wymienionych, w wykazach podano wiele innych osób stanowiących zasób kadrowy każdego z Wykonawców, a okoliczność że p. A. G. i p. M. G. zostały wskazane w wykazach w sposób „sztuczny" pozostaje w sferze domniemań Odwołującego. Wskazać należy również, że zatrudnienie na umowę o pracę zgodnie z postanowieniami SWZ było wymagane wyłącznie wobec osób, które nie wykonują czynności w ramach prowadzonej przez siebie działalności. Wykonawcy złożyli oświadczenie o nie przynależności do tej samej grupy kapitałowej i prowadzą odrębne działalności gospodarcze. W ocenie Izby, okoliczność iż J. G. i H. G. polegają wzajemnie na zasobach i podwykonawstwie celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy też przyznania punktów w kryterium nie świadczy jeszcze o zawarciu przez nich niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Nie każde porozumienie może zostać uznane za zakłócające konkurencję w postępowaniu. Zawarcie umowy podwykonawczej z innym wykonawcą, który złożył w postępowaniu ofertę nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że celem i skutkiem takiego działania było zakłócenie konkurencji. Przesłanki zawarcia niedozwolonego porozumienia muszą być wiarygodne. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonywanie części zamówienia w ramach podwykonawstwa spowodowało możliwość zaoferowania niższej cenowo oferty, szczególnie że jak już zostało wskazane, faktyczne wykonanie zamówienia przez te osoby nie zostało skutecznie podważone.

Co do okoliczności dotyczącej podobieństw ofert w zakresie warunków cenowych, czyli kształtowania się cen ofertowych na poziomie odpowiadającym ok. 82% wartości zamówienia w każdej części Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego w tym zakresie. Izba zauważa, że co prawda ceny zaoferowane przez p. H. G. kształtują się na stałym poziomie, niemniej jednak nie sposób stwierdzić że również p. J. G. zastosował podobną metodologię wyliczenia ceny ofertowej. Podobny poziom cen w ofercie H. G. w każdej z części, na którą złożył ofertę świadczy wyłącznie o analogicznym sposobie wyliczenia kosztów wykonania zamówienia dla każdej części. Nie sposób natomiast stwierdzić, że Wykonawcy porozumieli się co do sposobu wyliczenia ceny, gdyż ceny ofertowe w częściach, na którą ofertę złożył J. G. kształtują się na różnym poziomie: dla części 6 jest to ok. 70% kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, dla części 7: ok. 82%, dla części 8: 69%, dla części 10: 84%, dla części 11: 73%, dla części 12: 83%. Oczywistym jest przy tym, że każdy z wykonawców działa w określonych własnymi właściwościami organizacyjnymi, technicznymi czy kadrowymi granicach kosztów, które musi ponieść w każdej z części. Nie zostało zatem wykazane, że J. G. i H. G. przyjęli podobną metodologię obliczenia cen w poszczególnych częściach, jako okoliczność która miałaby świadczyć o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia.

Przechodząc do relacji rodzinnych pomiędzy Wykonawcami, Izba zauważa, że okoliczność ta nie została uprawdopodobniona i pozostaje jedynie w sferze przypuszczeń Odwołującego, przy czym Odwołujący sam przyznał, iż istnienie pokrewieństwa pomiędzy wykonawcami nie może „z góry" świadczyć o istnieniu niedozwolonego antykonkurencyjnego porozumienia.

Odnosząc się do okoliczności posiadania przez Pana J. G. i H. G. tych samych adresów prowadzenia działalności oraz okoliczności, że Wykonawcy złożyli oferty na inne części zamówienia, wskazania wymaga, że nie stanowią one wystarczających przesłanek dla stwierdzenia zaistnienia w postępowaniu zmowy przetargowej.

Mając na względzie, że zarzuty odwołania podlegające rozpoznaniu koncentrowały się na twierdzeniu, iż w postępowaniu zawarto niedozwolone antykonkurencyjne porozumienie, które nie potwierdziło się, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podniesionych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenia i rozprawę w wysokości

1 198,51 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w pełnej wysokości wynikającej z przedłożonej faktury Vat tj. kwoty 3 690,00 zł, gdyż zgodnie z § 5 pkt

2 lit. b ww. Rozporządzenia wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika zalicza się do wysokości nieprzekraczającej łącznie kwoty 3 600,00 złotych.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....