Sygn. akt: KIO 1261/16

Wyrok
z dnia 27 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 26 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2016 r. przez wykonawcę **N. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Miasta N. K., ul., Radomska 54/24, 27-200 Starachowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Przedbórz, ul. Mostowa 29, 97-570 Przedbórz**

przy udziale wykonawcy **M. R., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą EDEN Projektowanie, Urządzanie Terenów Zielonych M. R., ul. Wiślana 17, 97-300 Piotrków Trybunalski** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Przedbórz** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **N. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Miasta N. K., ul., Radomska 54/24, 27-200 Starachowice** tytułem wpisu od odwołania;
   2.1. zasądza od zamawiającego - **Gminy Przedbórz, ul. Mostowa 29, 97-570 Przedbórz** na rzecz wykonawcy **N. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Miasta N. K., ul., Radomska 54/24, 27-200**

Starachowice kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 1261/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Przedbórz prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rewitalizacja zabytkowego parku przy

ulicy Trytwa w Przedborzu”.

Odwołujący: N. K. prowadząca działalność pod nazwą N. K. Zakład Oczyszczania Miasta w Starachowicach, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na mocy art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i brak przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji,
2) art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
3) art. 26 ust. 2b p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię i stwierdzenie, iż wskazany przepis uniemożliwia korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego będącego jednocześnie wykonawcą,
4) art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie i bezpodstawne uznanie, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
5) art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 2 pkt 5 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i wybór oferty, która nie przedstawiała najkorzystniejszego bilansu ceny,
6) art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503, ze zm.) poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, iż korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego będącego jednocześnie wykonawcą jest czynem nieuczciwej
konkurencji, co w konsekwencji prowadziło do odrzucenia oferty odwołującego.
Odwołujący wnosi o:
1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
2) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.;
3) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.
Zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2016 roku wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonej w toku przedmiotowego postępowania oferty.
W wyznaczonym terminie, to jest do dnia 20 czerwca 2016 roku do godziny 10:00 Odwołujący uzupełnił dokumenty, złożył stosowne wyjaśnienia, jak również przedstawił zobowiązanie do udostępnienia zasobów KTU-ZIELEŃ Sp. z o.o., 91 - 202 Łódź, ul. Warecka 3.
W dniu 6 lipca 2016 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Najwyższą liczbę punktów uzyskała EDEN Projektowanie Urządzanie Terenów Zielonych M. R., ul. Wiślana 17, 97 - 300 Piotrków Trybunalski, która złożyła ofertę w wysokości 764.422,44 zł brutto. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., ze względu na to, że zdaniem Zamawiającego jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający uznał złożenie oferty przez Odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż Odwołujący przy realizacji zamówienia zamierza korzystać z potencjału podmiotu trzeciego - KTU ZIELEŃ Sp.z o.o., która to Spółka jest jednocześnie wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zaoferował cenę w wysokości 641 669,11 zł. Podmiot udostępniający zasoby - KTU ZIELEŃ Sp. z o.o. zaoferowała cenę 756.185,07 zł. Zamawiający uznał, że złożenie dwóch tak różniących się między sobą ofert świadczy o zmowie przetargowej.
Okolicznością niesporną jest fakt, iż w celu realizacji zamówienia Odwołujący złożył w ofertę, z której wynika, iż zamierza korzystać z potencjału podmiotu trzeciego. Takie uprawnienie przysługuje Odwołującemu na mocy art. 26 ust. 2b p.z.p., zgodnie z którym wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie

realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zamawiający nie wskazał, że KTU-ZIELEŃ Sp. z o.o. nie jest podmiotem zdolnym do realizacji części zamówienia. Nie kwestionował również prawidłowości przedłożonego przez Odwołującego zobowiązania wyżej wymienionej Spółki do oddania niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.
Spór między stronami ogranicza się do rozstrzygnięcia kwestii prawnej, a mianowicie stwierdzenia, czy korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego będącego jednocześnie wykonawcą stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a także ustalenia, czy złożenie przez takie podmioty dwóch ofert o znacznie odbiegających od siebie cenach można uznać w realiach

niniejszej sprawy za zmowę przetargową. Należy zaznaczyć, że ani obowiązujący porządek prawny ani orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie uniemożliwia korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast ugruntowana definicja zmowy przetargowej wskazuje, iż polega ona na dążeniu przez wykonawców do zakłócenia uczciwej konkurencji, co w żadnym wypadku nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie.
Podkreślenia wymaga, że art. 26 ust. 2b p.z.p. nie nakłada na wykonawców żadnych ograniczeń w zakresie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego. Ustawodawca nie statuuje ograniczeń co do katalogu podmiotów, którym dopuszczalne jest udostępnienie zasobów. Przede wszystkim ustawa nie wskazuje, iż nie jest możliwe współdziałanie wykonawców starających się o uzyskanie zamówienia publicznego w tożsamym postępowaniu.
Jak niejednokrotnie wskazywała Izba (por. Wyrok KIO z 2.11.2009 r., KIO/UZP 1341/09), posłużenie się potencjałem innego podmiotu (nawet ubiegającego się o tożsame zamówienie), nie oznacza, iż wykonawca dopuścił się działań sprzecznych z prawem. Wręcz przeciwnie uznaje za przejaw konkurencyjności i naturalną konsekwencję oddziaływań rynkowych będącą jednocześnie zamierzonym przez ustawodawcę efektem wdrożenia art. 26 ust 2b p.z.p.
W niniejszej sprawie zamawiający wskazuje, jakoby udział w tym samym postępowaniu podmiotów, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia jest działaniem sprzecznym z prawem czy też dobrymi obyczajami. Takie rozumowanie Gminy Przedbórz trzeba uznać za abstrahujące nie tylko od obowiązujących realiów prawnych, ale i ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. W powoływanym orzeczeniu KIO 1341/09, Izba stwierdziła, iż ustawodawca umożliwia szerszemu gronu potencjalnych wykonawców ubieganie się o zamówienie publiczne, możliwość wykazywania się potencjałem innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby udostępnienie osób zdolnych do realizacji zamówienia przez podmiot ubiegający się o jego udzielenie innemu wykonawcy, to objaw zdrowej konkurencji na rynku, a nie - jak wnioskuje Zamawiający - objaw nieuczciwej konkurencji.
Do tożsamych wniosków doszła Izba w wyroku z 21 kwietnia 2011 r. (KIO 753/11), wskazując, iż każdy wykonawca może m. in. polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Izba wskazała, iż próba ograniczenia wykonawcom i podmiotom z nimi współpracującym przysługujących im ustawowych uprawnień do swobodnego kształtowania relacji handlowych i wyboru, w jaki sposób ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego (samodzielnie, wraz z innymi wykonawcami wspólnie, czy też korzystając z zasobów podmiotu trzeciego albo posługując się podmiotem trzecim jako podwykonawcą dla potrzeb realizacji kontraktu) jest sprzeczna z obowiązującym prawem.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż nie ma żadnych przeszkód aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca korzystał z potencjału podmiotu trzeciego będącego jednocześnie wykonawcą w tożsamym postępowaniu.
Odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający stwierdził, iż postępowanie Odwołującego należy ocenić jako zmowę przetargową. Taka ocena nie ma żadnych podstaw w świetle zaistniałego stanu faktycznego. W tym miejscu warto zacytować argumentację

Zamawiającego: „Wykonawca KTU- Zieleń Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, pomimo iż jego oferta pod względem zaoferowanej ceny i okresu gwarancji zajmuje drugą pozycję w kolejności złożonych ofert, oddaje swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia na etapie uzupełnienia oferty konkurentowi — Wykonawcy zajmującemu pierwszą pozycję w rankingu, pomimo iż w sytuacji, gdyby nie udostępnił potencjału ofercie najkorzystniejszej, wówczas Wykonawca z najniższą ceną podlegałby wykluczeniu, jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu, a oferta - KTU Zieleń Sp. z o. o. mogłaby wówczas wysunąć się na pierwsze miejsce w rankingu". Powyższy fragment rozważań Zamawiającego pozwala wysnuć wniosek, iż Gmina Przedbórz za owoc zmowy przetargowej postrzega taką ofertę, która przedstawia niższą cenę i oferuje najkorzystniejsze warunki, a która gdyby nie wadliwe działanie Zamawiającego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.
Nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie może zarzucić zmowy przetargowej, również dlatego , gdyż nie doszło do wyboru oferty mniej korzystnej. Na wezwanie wykonawca uzupełnił wszystkie dokumenty żądane przez Zamawiającego i udzielił szczegółowych wyjaśnień.
Ponadto, Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie istnienia zmowy przetargowej mającej na celu utrudnianie uczciwej konkurencji.
Odwołujący zaoferował cenę w wysokości 641 669,11 zł., natomiast KTU - ZIELEŃ Sp. z o.o. zaoferował cenę w wysokości 756.185,07 zł. Kwoty te tak dalece od siebie odbiegają, iż wykluczone jest jakiekolwiek porozumienie wykonawców przy ustalaniu ceny w złożonych ofertach. Ponadto w wyniku udostępnienia potencjału przez KTU-ZIELEŃ Spółkę z o.o., zaistniała możliwość złożenia oferty znacznie korzystniejszej dla dysponenta środków publicznych.
Wyrokiem z dnia 11 maja 2016 roku, KIO 648/16, Izba wskazała, że przejawem niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego (zmowy przetargowej) mogą być:
1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy;
2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności;

3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.);
4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.);
5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny,
6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych;
7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór (zob. W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Lex 2012; k.k. w: k.k. i M. S. Ustawa o ochronie konkurencji I konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 286; D. M. Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Kraków 2004; E.M.W., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002).
Mając na uwadze powyższe, trzeba zaznaczyć, iż w uzasadnieniu Zamawiający nie wykazał istnienia którejkolwiek z wyżej wymienionych przyczyn mogących świadczyć o niedozwolonym porozumieniu pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby.
Odwołujący podkreśla, iż zapoznając się ze stanem faktycznym wyroków Izby, na których oparła się Gmina Przedbórz w uzasadnieniu odrzucenia oferty, należy stwierdzić iż zapadły w innych stanach faktycznych.
I tak:
-wyrok KIO 2865/12 - orzeczenie to dotyczy zmowy przetargowej wykonawców, którzy składali identyczne oferty gdyż zamierzali podzielić rynek, a posiadane przez nich zasoby umożliwiały

realizację maksymalnie dwóch zamówień w tym samym czasie,
-wyrok KIO 1353/13 - z zestawienia porównawczego zaoferowanych cen wynikało, iż u każdego z wykonawców było one identyczne,
-wyrok KIO 2691/14 - wykonawcy przystępując do różnych postępowań, w porozumieniu składali oferty zawierające błędy formalne lub niekompletne zaświadczenia celem stworzenia pozornej konkurencji, przy czym w rezultacie, oferta z najniższą ceną była odrzucana,
-wyrok KIO 93/15 - wykonawcy przedstawiali sobie wzajemnie propozycje ofert, które następnie w bardzo zbliżonej postaci składali w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
Żaden z wyżej wymienionych wyroków nie nawiązuje do przedmiotowej sprawy, bowiem zapadł w całkowicie odmiennym stanie faktycznym. Dlatego niejasne dla Odwołującego są

przyczyny, dla których Zamawiający w sporządzonym przez siebie uzasadnieniu przytoczył argumenty z wyżej wymienionych spraw rozpatrywanych przez Izbę. Jedynym zarzutem Zamawiającego wobec Odwołującego jest korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, co jak wyżej wykazano nie jest sprzeczne z p.z.p. Zamawiający nie podnosił, iż oferty złożone przez Odwołującego i KTU - Zieleń Spółkę z o.o. były do siebie w jakimkolwiek zakresie zbliżone, podobne. Zresztą Zamawiający nie mógłby poczynić takich ustaleń, gdyż najistotniejsze kryterium wyboru, a zatem ceny wskazane w ofertach znacznie od siebie odbiegały.
Aby wskazać w jaki sposób Zamawiający winien stwierdzać zaistnienie ewentualnej zmowy przetargowej, warto powołać się na cytowany przez Gminę Przedbórz wyrok KIO, sygn. akt 2691/14: „Stwierdzenie zmowy przetargowej, o ile odbywa się nie na podstawie wyraźnego i pozostającego poza jakimikolwiek wątpliwościami porozumienia, wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Oznacza to tyle, że nie jest właściwe ani dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców, co do których takie wątpliwości występują, a także, że nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia. Przeciwnie - te poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego. statycznych prawidłowości jako oczywisty w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami. “
Wprawdzie Zamawiający powołał wyżej wymieniony wyrok w sporządzonym uzasadnieniu, ale tylko w zakresie dla niego wygodnym. Argumentując odrzucenie oferty Odwołującego powołał jedynie niewielki fragment wyżej wskazanych rozważań Izby. Zamawiający nie uzasadnił i nie poparł żadnymi dowodami, dlaczego stwierdził, iż złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Uznał bowiem za zmowę przetargową sytuację, w której dwaj wykonawcy złożyli oferty, gdzie zaoferowana cena odbiegała od siebie o blisko 115 000 złotych. Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić, z jakich przyczyn Zamawiający uznał, że takie postępowanie może prowadzić do podziału rynku, czy też innej formy zakłócenia uczciwej konkurencji. Z argumentacji zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że Zamawiający kwestionuje uczciwość udostępnienia zasobów przez KTU Zieleń Sp. z o.o., bo w innym przypadku mógłby wybrać ofertę, której cena jest wyższa o niemal 115 000 złotych. Należy zaznaczyć, iż dysponent środków publicznych winien dążyć do wyłonienia podmiotu realizującego zamówienie publiczne oferującego najniższą cenę.
Reasumując, w przedmiotowej sprawie doszło do wyraźnego naruszenia przepisów ustawy i

podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Zamawiający bezzasadnie odmówił wykonawcy prawa do korzystania z potencjału podmiotu trzeciego i w sposób całkowicie bezpodstawnie skonstatował, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do zmowy przetargowej. Z przytoczonych okoliczności bez wątpienia wynika, że wobec Odwołującego nie powinna być zastosowana sankcja przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Zamawiający

zastosował ten rygorystyczny przepis dotyczący wykonawców, którzy złożyli ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. W świetle powyższej argumentacji, odwołujący wnosi jak w petitum odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.
Wskazał, że uznaje, iż samo udostępnienie zasobów nie może być podstawą uznania zaistnienia zmowy czy innego czynu nieuczciwej konkurencji między wykonawcami. Powołał się, na wyrok KIO 994/12, KIO 1025/12 zgodnie z którym jakkolwiek fakt udostępnienia drugiemu wykonawcy własnych zasobów w postaci doświadczenia, sam w sobie nie jest zakazany, jednakże za nienaturalną w warunkach uczciwej konkurencji, należy uznać sytuację, że wykonawcy składając oferty, użyczają sobie w tym zakresie zasobów (bez których nie mogliby złożyć ofert) i to w sytuacji, kiedy wykonawca składający ofertę podwykonawstwa sam składa ofertę na całość tego zamówienia.
Zamawiający przeanalizował okoliczności konkretnego zachowania wykonawców w tym postępowaniu pod kątem zaistnienia danej postaci czynu nieuczciwej konkurencji tj. zmowy przetargowej, której celem jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy, udzielenia zamówienia na konkretnych warunkach, czy też wyeliminowanie czy też ograniczenie konkurencji na rynku.
Zamawiający już w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał, że wykonawca KTU-Zieleń sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zajmował z uwagi na cenę i okres gwarancji drugą pozycję w kolejności złożonych ofert. Wykonawca ten oddał swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia na etapie uzupełniania oferty konkurentowi – odwołującemu zajmującemu pierwszą pozycję w rankingu pomimo, iż w sytuacji gdyby nie udostępnił potencjału odwołującemu, wówczas odwołujący podlegałby wykluczeniu, jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu, a oferta wykonawcy KTU-Zieleń mogłaby wówczas wysunąć się na pierwsze miejsce w rankingu.
Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż wykonawca KTU-Zieleń po złożeniu oferty zdał sobie sprawę z błędu w obliczeniu ceny oferty, dlatego w porozumieniu z odwołującym wolał przekazać mu swój potencjał, by wraz z odwołującym już jako podwykonawca brać udział w realizacji zamówienia, a jednocześnie wyeliminować wykonawcę, który w sytuacji wykluczenia odwołującego oraz odrzuceniu oferty KTU-Zieleń uzyskałby zamówienie.
Zamawiający zauważył także, że odwołujący składają ofertę opierał się na doświadczeniu i

wiedzy podmiotu trzeciego – L. K., Ogród, Usługi Ogrodowe, który miał uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Dopiero w wyniku wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dot. Wykazywanych robót budowlanych, odwołujący sam w przedmiotowym zakresie bez uprzedniego wezwania dokonał uzupełnienia dokumentów poprzez przedstawienie zobowiązania innego podmiotu trzeciego tj. KTU Zieleń sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przedmiotowe zobowiązanie datowane jest na dzień 6 czerwca 2016 r., a więc przed upływem terminu składania ofert. Pomimo to zostało złozone dopiero po otwarciu ofert w toku ich badania przez zamawiającego.
Powyższe działanie odwołującego poddaje w wątpliwość posiadanie przed otwarciem ofert przedmiotowego zobowiązania, bowiem logika wskazuje, że gdyby odwołujący posiadał to zobowiązanie przed terminem składania ofert, załączyłby je wraz z dokumentami do oferty, a nie przedkładałby go samodzielnie w toku prowadzenia czynności wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów ofertowych.
W ocenie zamawiającego doszło do naruszającego zasady uczciwej konkurencji między odwołującym a wykonawcą KTU-Zieleń mającego na celu porozumienia doprowadzenie do wyboru odwołującego w sytuacji
uznania przez wykonawcę, że jego oferta zostanie odrzucona. Sytuacja ta była korzystna dla obu wykonawców, gdyż w wyniku wyboru oferty, drugi wykonawca jako podwykonawca będzie realizować zamówienie.
W ocenie zamawiającego analiza całokształtu zdarzeń i czynności w sprawie prowadzi do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie (KIO 2691/14, KIO 93/15). Zdaniem zamawiającego nie doszłoby do uzupełnienia przez odwołującego oferty w oparciu o zobowiązanie podmiotu trzeciego, gdyby nie zmowa przetargowa. Działania

podmiotów miały na celu doprowadzenie do wyboru konkretnego wykonawcy – odwołującego. Zamawiający stwierdził także, że jego stanowisko w żaden sposób nie odnosi się do analizy cen zaoferowanych przez odwołującego i KTU-Zieleń sp. z o.o., a kwestia ceny ofer ma w sprawie drugorzędne znaczenie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania uznając za w pełni uzasadnione stanowisko zamawiającego zawarte w uzasadnieniu faktycznym i prawnym decyzji o odrzuceniu ofert odwołującego oraz wykonawcy KTU-Zieleń sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.
Przystępujący zauważa, że wbrew twierdzeniom odwołującego korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, będącego jednocześnie wykonawcą nie jest – co do zasady – czynem

nieuczciwej konkurencji, jednakże w tych kategoriach należy rozpatrywać działania wykonawców, których oferty zostały odrzucone w postępowaniu.
W sprawie niewątpliwy jest fakt współdziałania wykonawców. Odwołujący dopiero na etapie wezwania do uzupełnienia oferty ujawnił zamiar współpracy z podmiotem trzecim – wykonawcą KTU-Zieleń, którego oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny wobec wskazania błędnej stawki VAT 8% zamiast stawki 23%.
Uzupełnienie przez odwołującego listu referencyjnego z dokumentami o udostępnieniu zasobów przez ww podmiot nastąpiło po otwarciu ofert i ustaleniu faktu zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska.

Odwołujący przypomniał, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, natomiast oferta firmy KTU Zieleń na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Odnosząc się do argumentacji zawartej z złożonej odpowiedzi na odwołanie zauważył, że strony uznają, iż, co do zasady, dopuszczalne jest złożenie w postępowaniu oferty przez wykonawcę, który jednocześnie w tym samym postępowaniu udostępnia zasoby innemu wykonawcy, np. jako jego podwykonawca. Nie stanowi to czynu nieuczciwej konkurencji. Podkreślił, iż Zamawiający nie udowodnił faktu zaistnienia zmowy przetargowej z udziałem Odwołującego. Brak jest nawet uprawdopodobnienia takiej okoliczności. Zauważył, że w tym postępowaniu każdy wykonawca korzystał z udostępnienia potencjału przez podmioty trzecie, a Odwołujący wykazał wymagane doświadczenie w samej ofercie powołując się na doświadczenie podmiotu L. K. Ogród, natomiast, wobec wątpliwości Zamawiającego, Odwołujący przedstawił zobowiązanie uzyskane w trybie art. 26 ust. 2b podmiotu KTU Zieleń. Zauważył, że złożył w postępowaniu ofertę najtańszą i jednocześnie najkorzystniejszą, w szerokim zakresie dokonał uzupełnienia oferty, co potwierdza rzeczywisty zamiar uzyskania zamówienia, a nie doprowadzenie do wyboru innej oferty – droższej. Zauważył, że w tym postępowaniu również Przystępujący przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego po terminie składania ofert. Stwierdził, że w toku badania ofert nie było oczywiste, że oferta KTU Zieleń zostanie odrzucona, o okolicznościach tych strony dowiedziały się z decyzji Zamawiającego o wyniku postępowania, wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty 2 wykonawców.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w decyzji o wyniku postępowania, w tym wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również w złożonej odpowiedzi na odwołanie. Podtrzymał stwierdzenie, że w tym postępowaniu doszło do zmowy 2 wykonawców. Poddał w wątpliwość fakt dysponowania w dacie składania ofert potencjałem podmiotu trzeciego przez

Odwołującego przy jednoczesnym niewykazaniu tej okoliczności w złożonej ofercie. W ocenie Zamawiającego, gdyby oferta KTU Zieleń nie podlegała odrzuceniu, nielogiczne byłoby udostępnianie przez ten podmiot zasobów Odwołującemu. Zakwestionował stwierdzenie Odwołującego, że w pierwotnej ofercie zostało potwierdzone spełnienie wymaganych warunków udziału w postępowaniu. W jego ocenie do zmowy doszło w toku postępowania i po

otwarciu ofert i polega ona na dążeniu przez tych wykonawców do wyboru oferty złożonej przez jednego z nich wobec wiedzy, iż druga oferta podlega odrzuceniu z postępowania.

Przystępujący podzielił w całości stanowisko przedstawione przez Zamawiającego. Podtrzymuje własne, wyrażone w złożonym piśmie. Stwierdził, że w niniejszym postępowaniu doszło do zawarcia porozumienia 2 wykonawców z zamiarem wpłynięcia na wynik w postaci wyboru oferty Odwołującego. Zauważył także, że nierealne jest przedstawienie bezpośrednich dowodów co do faktu zawarcia zmowy przetargowej. Okoliczność taką ustala się na podstawie dowodów pośrednich, okoliczności sprawy, doświadczenia życiowego etc.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść ofert wykonawców wraz z dokumentami, w zakresie objętym zarzutami odwołania, zważyła, co następuje.

Odwołujący niewątpliwe ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego zdefiniowany w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a w konsekwencji ma legitymacje czynną do wniesienia odwołania. Podstawowym i kluczowym zarzutem odwołania jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego tj. odrzucenie oferty, której złożenie zostało ocenione jako czyn nieuczciwej konkurencji. Dopiero w następstwie tej czynności zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez innego wykonawcę, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Jak ustalono w toku postępowania odwoławczego niesporne jest między stronami, że samo udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy pzp nie może być podstawą uznania zaistnienia zmowy czy innego czynu nieuczciwej konkurencji między wykonawcami także w sytuacji, gdy podmiot udostępniający zasoby jednocześnie składa samodzielnie ofertę w postępowaniu na realizację całego przedmiotu zamówienia. Pogląd ten jest zgodny ze stanowiskiem składu orzekającego w sprawie niniejszej. Jednocześnie należy uznać, że jakkolwiek fakt udostępnienia drugiemu wykonawcy własnych zasobów w postaci doświadczenia, sam w sobie nie jest zakazany, w okolicznościach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i sytuacji wzajemnego użyczania zasobów w celu

doprowadzenia do eliminacji określonych wykonawców i jednocześnie wyboru określonej oferty, może dojść do stanu, który ocenić należy jako nieuczciwą konkurencję, w tym jeden z jej przejawów tj. zmowę przetargową.
W postępowaniu o udzielenie zamówienia analizowanym przez Izbę w wyniku wniesienia odwołania przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona nie dopatrzono się sytuacji, która powinna być uznana za doprowadzenie do zmowy przetargowej, a szerzej czyn nieuczciwej konkurencji. Należy zauważyć, że wykonawca – odwołujący, któremu zarzucono, iż złożenie oferty stanowi nieuczciwej konkurencji, złożył ofertę, która prima facie jest ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych ofert. Wbrew ocenie zamawiającego skład orzekający stwierdza, że okoliczność tak ma znaczenie przy ocenie ofert, jako że, jak wskazuje doświadczenie, najczęstszym celem i skutkiem zmowy przetargowej jest doprowadzenie do zawarcia umowy o mniej korzystnych dla zamawiającego warunkach ekonomicznych (cenowych) niż możliwe w warunkach uczciwej konkurencji.
W sprawie rozpatrywanej, wykonawca skorzystał z możliwości zastosowania art. 26 ust. 2b w sposób, jak wyżej wskazano, dopuszczalny, a tym samym nie w warunkach zmowy przetargowej i złożył ofertę najkorzystniejszą.
Izba zauważa zatem, że ustawa pzp nie zabrania wykonywania zamówienia z udziałem podwykonawców, chyba że sprzeciwia się temu specyfika przedmiotu zamówienia, a zamawiający dokonał stosownych zastrzeżeń w treści siwz (art. 36a i 36b ustawy pzp). Okoliczność taka w przedmiotowym zamówieniu nie wystąpiła, a zatem nie było przeszkód, aby wykonawca powołał się na zasoby podmiotu trzeciego i zadeklarował powierzenie temu podmiotowi jako podwykonawcy wykonanie części zamówienia. Izba nie znalazła uzasadnienia dla stwierdzenia, że udział w tym samym postępowaniu wykonawców, którzy zamierzali powierzyć sobie wykonanie części zamówienia jest działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami. Należy podkreślić, że ustawodawca dopuścił, w celu

umożliwienia szerszemu gronu potencjalnych wykonawców ubieganie się o zamówienie publiczne, możliwość wykazywania się potencjałem innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Skoro podmiot trzeci, który także składał ofertę oświadczył, iż udostępni odwołującemu zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, o które to zamówienie również sama się ubiega, to takie działanie można jedynie ocenić, jako zdrowy objaw konkurencji na rynku. Oceny przedstawionej nie zmienia okoliczność, że wykonawca udostępniający zasoby hipotetycznie mógł się spodziewać, że jego oferta zostanie odrzucona. Podsumowując, Izba uznała, iż odwołujący udowodnił stawiane zarzuty, a okoliczności faktyczne ustalone w toku rozprawy nie dawały podstaw dla uznania za uzasadnione stanowisko zamawiającego o zaistnieniu w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego przesłanek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Z uwagi na powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……