

Sygn. akt: KIO 678/15  
Sygn. akt: KIO 679/15

**WYROK**  
**z dnia 17 kwietnia 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**  
**Aneta Młacka**  
**Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę:

- A. **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DROGPOL” Sp. z o.o., ul. 3 Maja 39, 42-360 Poraj**  
B. **Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 24/26, 94-303 Łódź**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków,**

przy udziale wykonawcy:

- A. **Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o., ul. Łódzka 247D, 25-655 Kielce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 678/15 po stronie zamawiającego,  
B. **Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 678/15 po stronie zamawiającego,  
C. **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 679/15 po stronie zamawiającego

1

---

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnić w zakresie części 1 i 3 oraz 4 wybór najkorzystniejszych ofert i odrzucenie ofert wnoszących odwołanie wykonawców: w zakresie części 1 i części 3 - Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „DROGPOL” Sp. z o.o., z Poraja, a w zakresie części 4 - Przedsiębiorstwa Drogowo-Budowlanego „KEMY” Sp. z o.o. z Łodzi oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie wskazanych części z uwzględnieniem ofert wnoszących odwołania wykonawców;
2. w zakresie pozostałych zarzutów z odwołań nie stwierdza naruszenia przepisów ustawy Pzp;
3. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DROGPOL” Sp. z o.o., ul. 3 Maja 39, 42-360 Poraj** i **Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane „KEMY” Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 24/26, 94-303 Łódź** tytułem wpisów od odwołań,
  - 3.2. zasądza od **Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „DROGPOL” Sp. z o.o., ul. 3 Maja 39, 42-360 Poraj** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie:

trzydzieście tysięcy sześćset złotych stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3.3. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** na rzecz **Przedsiębiorstwa Drogowo-Budowlanego „KEMY” Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 24/26, 94-303 Łódź** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: .....

.....

.....

3

**Sygn. akt: KIO 678/15 Sygn. akt: KIO 679/15**

#### **Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odnowa oznakowania poziomego na drogach krajowych województwa małopolskiego w latach 2015 – 2017” w podziale na części: Część nr 1 - obejmująca odnowę oznakowania poziomego na drogach krajowych administrowanych przez Rejon Kraków; Część nr 2 - obejmująca odnowę oznakowania poziomego na drogach krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Sącz; Część nr 3 - obejmująca odnowę oznakowania poziomego na drogach krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Targ; Część nr 4 - obejmująca odnowę oznakowania poziomego na drogach krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów; oraz Część nr 5 - obejmująca odnowę oznakowania poziomego na drogach krajowych administrowanych przez Rejon Wadowice.

W tym postępowaniu odwołania zostały wniesione przez:

- 1) Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „DROGPOL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poraju [Odwołujący Drogpól - sygn. akt: KIO 678/15];  
oraz
- 2) Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Łodzi [Odwołujący Kemy - sygn. akt: KIO 679/15]

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej powyższe odwołania na podstawie art. 189 ust.1 ustawy Pzp z dnia 10 kwietnia 2015 r. zostały skierowane do łącznego rozpoznania.

**sygn. akt: KIO 678/15**

Wnoszący odwołanie wykonawca Drogpól w niniejszym postępowaniu złożył ofertę w zakresie części 1 oraz 3 i ta oferta w zakresie tych części została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem Odwołującego, ta decyzja doprowadziła w konsekwencji do niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na wyborze w ramach części 1, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z Włocławka, a w zakresie

4

części 3 - oferty Przedsiębiorstwa DUBR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Kielc,

skutkując zaniechaniem wyboru w tych częściach, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji także naruszenie art. 91 ust. 1 tej ustawy z uwagi na dokonanie w zakresie części 1 zamówienia oraz części 3 zamówienia wyboru ofert innych wykonawców, aniżeli jego oferta. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty w zakresie części 1 i 3 zamówienia oraz czynności wyboru w tych częściach ofert najkorzystniejszych, a następnie wykonania w tych częściach czynności ponownego badania i oceny ofert, i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w części 1 i 3. Wykonawca stwierdził, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, gdyż w wyniku wskazanych wyżej czynności i zaniechań uniemożliwiono mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w ramach części 1 i 3, czego skutkiem jest narażenie Odwołującego na poniesienie szkody w postaci utraty spodziewanego dochodu. Podkreślił, że wobec Odwołującego nie zaistniały jakiegokolwiek przesłanki wykluczenia w ramach w/w postępowania, natomiast czynności odrzucenia ofert Odwołującego w zakresie części 1 i 3 zamówienia są niezgodne z przepisami ustawy Pzp z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania. Stwierdził również, że zarówno w ramach części 1, jak i części 3 w/w zamówienia (...) oferta Odwołującego zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza. Stosownie bowiem do treści pkt 14 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, TOM I, obowiązujących dla w/w postępowania, dalej SIWZ, kryteriami wyboru i sposobu oceny ofert są cena (90%) i efektywność (10%), przy czym kryterium efektywności jest rozpatrywane na podstawie podanej przez Wykonawcę w punkcie 4 Formularza Oferty powierzchni oznakowania poziomego dla robót podstawowych zadeklarowanej do odnowienia w ciągu jednej doby roboczej (m<sup>2</sup>/doba robocza), która winna mieścić się w przedziale od 3.000 do 7.000 m<sup>2</sup>/dobę roboczą. Odwołujący natomiast w ramach części 1 zamówienia pn. Odnowa oznakowania poziomego na drogach krajowych województwa małopolskiego w latach 2015 - 2017, obejmującej odnowę oznakowania poziomego na drogach krajowych administrowanych przez Rejon Kraków zaoferował cenę w wysokości 3.468.600,00 zł brutto oraz wskazał maksymalną efektywność w m<sup>2</sup>/dobę roboczą wynoszącą 7.000 m<sup>2</sup>/dobę roboczą, a zatem porównując zaoferowane przez pozostałych wykonawców ceny i wskaźniki efektywności w m<sup>2</sup>/dobę roboczą, uznać należy, iż gdyby nie doszło do odrzucenia oferty Odwołującego, ów oferta winna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza. Wykonawca wybrany przez Zamawiającego w ramach w/w części zamówienia tj. Grawil sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku zaoferował bowiem cenę w

5

wysokości 3.869.561,55 zł brutto, przy takim samym wskaźniku efektywności jak Odwołujący, a więc złożył ofertę mniej korzystną niż Odwołujący. W ramach natomiast części 3 zamówienia pn. Odnowa oznakowania poziomego na drogach krajowych województwa małopolskiego w latach 2015 — 2017, obejmującej odnowę oznakowania poziomego na drogach krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Targ, Odwołujący zaoferował cenę w wysokości 2.485.450,79 zł brutto, podając maksymalną efektywność w m<sup>2</sup>/dobę roboczą wynoszącą 7.000 m<sup>2</sup>/dobę roboczą, która to oferta - gdyby nie została odrzucona - także winna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza, bowiem oferta wybrana przez Zamawiającego, złożona przez Przedsiębiorstwo „DUBR” sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach zawierała cenę w wysokości 2.951.114,83 zł brutto, przy takiej samej wysokości wskaźnika efektywności, jaką podał Odwołujący, a więc była to oferta mniej korzystna niż oferta Odwołującego. W przypadku zatem prawidłowego, a więc zgodnego z przepisami ustawy p.z.p. działania Zamawiającego, oferty Odwołującego zarówno w ramach części 1, jak i 3 w/w zamówienia zostałyby wybrane, jako oferty najkorzystniejsze, a Odwołujący w zakresie wskazanych wyżej części zamówienia uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Tym samym zaskarżone w niniejszym odwołaniu czynności i zaniechania wprost pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w zakresie w/w części, czego skutkiem jest narażenie Odwołującego na poniesienie szkody, polegającej na nieuzyskaniu wynagrodzenia za wykonanie przedmiotowego zamówienia. Mając więc na względzie powyższe uznać należy, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania”.

W uzasadnieniu zarzutów w szczególności podniósł, że w piśmie z dnia 30 marca

2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zarówno w przypadku części 1 zamówienia, jak i części 3 zamówienia Zamawiający, jako przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał te same okoliczności, czyli rzekome dopuszczenie się przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji w postaci tzw. porozumienia horyzontalnego przejawiającego się w zмовie przetargowej, popełnionego, zdaniem Zamawiającego, przez Odwołującego i spółkę Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. Zdaniem Odwołującego, odrzucenie w ramach części 1 i 3 ofert nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, albowiem w niniejszym przypadku nie zaistniały przesłanki wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, umożliwiające odrzucenie oferty Odwołującego, gdyż złożenie oferty w ramach w/w części nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji niezgodne z przepisami ustawy Pzp odrzucenie oferty Odwołującego złożonej w ramach w/w części, spowodowało wybór najkorzystniejszych ofert w ramach części 1 zamówienia i części 3 zamówienia, z

6

---

naruszeniem przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a także naruszyło przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W szczegółowym omówieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów, Odwołujący wskazał, co następuje:

Zamawiający w informacji o odrzuceniu ofert Odwołującego, złożonych w ramach części 1 i 3 zamówienia, stwierdził, że Odwołujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji w postaci tzw. zмовы przetargowej horyzontalnej, opisany w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, albowiem Odwołujący i Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi złożyli oferty zawierające szereg elementów podobnych, a nawet identycznych pod względem treści, jak i ich formy. W tym zakresie Zamawiający stwierdził, że (...) oferty wykazują następujące podobieństwa:

1. obie oferty zostały złożone w siedzibie Zamawiającego dnia 17 marca 2015 r. o godzinie 10:00 przez tę samą osobę, a na otwarciu ofert osoba składająca ofertę podpisała się na liście obecności, jako przedstawiciel Przedsiębiorstwa Usługowo - Handlowego „DROGPOL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;
2. obie oferty mają identyczną formę i wygląd. Każda z ofert ma taki sam układ tzn. występujące oświadczenia i dokumenty są w takiej samej kolejności. Strony oferty zostały ponumerowane w identyczny sposób, to znaczy numer został umieszczony w prawym dolnym rogu każdej strony;
3. koperty zostały opisane i zaadresowane z naklejonym nadrukiem adresata. Koperty są identyczne i zostały obie w jednakowy sposób zaklejony taśmą przezroczystą. Na kopercie oferty „DROGPOL” sp. z o.o. widnieje pieczęć firmowa, a na kopercie oferty „KEMY” sp. z o.o. jest naklejony nadruk firmy „KEMY” sp. z o.o. Obie mają ten sam błąd w zakresie godziny otwarcia ofert: „Nie otwierać przed 10.03.2015 godz. 11:00”;
4. formularze cenowe zostały wypełnione komputerowo;
5. w formularzu cenowym na 10 cen jednostkowych 7 pozycji jest identycznych, przy czym znacznie odbiegają one od innych stawek w innych ofertach”.

Zamawiający stwierdził ponadto, że (...) z uwagi na fakt, że spółka Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi deklaruje korzystanie z zasobów Spółki Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „DROGPOL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ma on uzasadnione podejrzenie, że oferta ta została złożona w celu obejścia ograniczenia nałożonego na uczestnika postępowania tj., że Wykonawca może złożyć ofertę na nie więcej niż dwie części zamówienia, stąd Zamawiający uznał, iż doszło do zмовы horyzontalnej, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji”.

7

---

Wnoszący odwołanie, nie zgadzając się z tą argumentacją oświadczył, że pomiędzy Odwołującym, a Przedsiębiorstwem Drogowo - Budowlanym „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi nie doszło do zawarcia porozumienia noszącego znamiona tzw. zмовы przetargowej,

ani jakiegokolwiek innego porozumienia ograniczającego konkurencję, zakazanego przez obowiązujące przepisy prawa. Stwierdził także, że (...) nie uzgadniał on z w/w spółką jakichkolwiek warunków składanych przez strony ofert, a jego udział w ramach przygotowywania przez w/w Spółkę swojej oferty ograniczał się do złożenia niezbędnych oświadczeń i dokumentów, umożliwiających wskazanie przez w/w Spółkę przedsiębiorstwa Odwołującego, jako podmiotu, na którego zasobach w postaci wiedzy i doświadczenia będzie polegał przy realizacji zamówienia (art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p.) Stanowisko Zamawiającego nie znajduje zaś uzasadnienia ani w okolicznościach faktycznych sprawy, ani w obowiązujących przepisach prawa, o czym szczegółowo będzie mowa niżej." Podał również, że (...) zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta". Z kolei zмова przetargowa [praktyka naruszająca uczciwą konkurencję], o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest określona, (...) jako porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego ofert, w organizatorze przetargu warunków składanych szczególności zakresu prac lub ceny. Do spełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymagane jest wystąpienie dwóch elementów w działaniu wykonawcy a mianowicie po pierwsze; czyn musi być niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po drugie: czyn taki zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta". Ponadto Zamawiający powinien wykazać, jaki przepis prawa został naruszony przez złożenie oferty przez odwołującego oraz jaki dobry obyczaj został naruszony przez taką, a nie inną wycenę swoich usług, a także winien udowodnić zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta przez złożenie oferty. Tym samym „wykazując zmovę przetargową konieczne jest wykazanie celu lub skutku wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym". Wykonawca wskazał, że Zamawiający dokonał odrzucenia ofert Odwołującego powołując się wyłącznie na ich rzekome podobieństwo i z uwagi na okoliczność, iż podwykonawcą Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi jest Odwołujący. Podkreślił, że Zamawiający nie wykazał przy tym, jakoby na skutek złożenia przez Odwołującego oferty doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odnosząc się do kwestii rzekomego podobieństwa ofert złożonych przez Odwołującego w ramach części 1 i 3 zamówienia i Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi złożonego w ramach części 4 zamówienia, wykonawca wskazał, że „Podobieństwo ofert nie dowodzi działań niezgodnych z prawem i niedopuszczalnych również w Pzp, takich jak zawarcie porozumienia pomiędzy wykonawcami, o której stanowi art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jak również współpracy kwalifikowanej, jako zjawisko nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 tej ustawy (...). Wskazując na orzecznictwo KIO podał, że „Wystarczającym dowodem na istnienie zmovy przetargowej nie jest okoliczność identyczności czy znacznego podobieństwa składanych dokumentów przez wykonawców (...) Poza tym, jeżeli istniałoby porozumienie noszące znamiona zmovy przetargowej, to nie wydaje się racjonalnym, że uczestnicy takiego porozumienia decydowaliby się na identyczność ofert czy znaczne podobieństwo, ponieważ świadczyłoby to wręcz o braku profesjonalizmu w negatywnym tego słowa znaczeniu." Odwołujący podkreślił, że (...) znaczne podobieństwo, a nawet tożsamość ofert kilku wykonawców, nie pozwala na aprioryczne przyjęcie, że doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postaci zmovy przetargowej zawartej pomiędzy wykonawcami". Podkreślił również, że Zamawiający odrzucając ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z rzekomą zmovą przetargową musi w każdym przypadku wykazać, że rzeczywiście doszło do zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz, że celem lub skutkiem takiego porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji. W żadnym przypadku nie jest zatem wystarczającym wykazanie przez Zamawiającego, iż złożone oferty są podobne lub nawet prawie identyczne. Reasumując, Odwołujący stwierdził, że w

niniejszym przypadku nie sposób mówić o jakimkolwiek podobieństwie (tożsamości) ofert, skutkującym powstaniem możliwości zarzucenia w/w wykonawcom z umowy przetargowej, a stanowisko Zamawiającego w kontekście zaistniałych w sprawie okoliczności faktycznych nie może się ostać.

Odwołujący potwierdził, że zarówno oferta Odwołującego, jak i oferta Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi została fizycznie dostarczona Zamawiającemu przez tą samą osobę - Pana A. S. – pracownika Odwołującego, który nie działa i nie działał, jako przedstawiciel Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o.. Powyższe, jego zdaniem, wynika jednoznacznie z listy obecności na otwarciu ofert, znajdującej się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w której wskazano charakter działania w/w osoby. Odwołujący wyjaśnił, że oferta Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. została fizycznie dostarczona przez pracownika

9

Odwołującego wyłącznie grzecznościowo i przy okazji dostarczania własnej oferty Odwołującego, albowiem Odwołujący i Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. (...) pozostają ze sobą w kontaktach handlowych, o czym zresztą świadczy wskazanie Odwołującego, jako podwykonawcy w ramach złożonej przez w/w firmę oferty na część 4 zamówienia. Z tego też względu Odwołujący został poproszony przez w/w firmę, aby przy okazji doręczania własnej oferty dostarczył też ofertę Przedsiębiorstwa Drogowo Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, przygotowaną i opracowaną wyłącznie przez w/w firmę. Z uwagi zatem na okoliczność, iż Odwołujący i tak zamierzał osobiście zawieźć swoją ofertę do Krakowa, Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi po prostu skorzystało z możliwości zaoszczędzenia czasu i kosztów pokonania znacznej trasy, zwracając się do Odwołującego z prośbą o złożenie przy okazji oferty w/w spółki. Powyższe wynikało z okoliczności, iż siedziba Odwołującego (Poraj) leży tak naprawdę przy trasie Łódź - Kraków, a zatem łatwiej i szybciej było przedstawicielowi w/w firmy dostarczyć ofertę Odwołującemu do jego siedziby w Poraju, niż samodzielnie zawozić ją do Krakowa. Odwołujący nie widział natomiast żadnych zagrożeń w udzieleniu pomocy w/w spółce, a w szczególności nie mógł przewidzieć, iż taka przysługa może spowodować odrzucenie jego oferty.” Na marginesie wskazał, że o tej samej porze zostały złożone także oferty spółek Przedsiębiorstwa „DUBR” sp. z o.o. i FENIKS GT sp. z o.o. (godz. 9.40) oraz Grawil sp. z o.o. i PDEM.PL sp. z o.o. (10.15), zaś oferty PRD-M sp. z o.o. i ZABERD S.A. zostały złożone w odstępie 10-minutowym, co jednak nie wzbudziło żadnych podejrzeń Zamawiającego. Podkreślił, że (...) oferta w/w Spółki została dostarczona Odwołującemu do jego siedziby w zamkniętej i opisanej już kopercie. Odwołujący nie zapoznawał się z jej treścią, ani nie otwierał w/w koperty. Zamawiający nie stwierdza zresztą, jakoby w/w koperta nosiła ślady jakichkolwiek naruszeń lub próby naruszeń”.

Dalej podniósł, że (...) rzeczywiście zarówno na kopercie zawierającej ofertę Odwołującego, jak i Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi widnieje ten sam błąd w zakresie wskazania godziny otwarcia ofert (zamiast „11:30” wskazano 11:00). Jak ustalił Odwołujący powyższa zbieżność omyłek wynikała z faktu, iż osoba zatrudniona u Odwołującego na stanowisku sekretarki, która odpowiedzialna była za adresowanie koperty, w której znajdowała się oferta Odwołującego, zamiast oprzeć się na treści SIWZ tj. pkt 12.1 po prostu przepisała godzinę otwarcia ofert z oznaczenia znajdującego się na kopercie, zawierającej ofertę Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, nie wiedząc rzecz jasna, że na kopercie znajdowała się omyłka. Przed wydaniem bowiem Panu A. S. koperty, w której znajdowała się oferta w/w spółki, w/w dokumenty znajdowały się w sekretariacie Odwołującego”. Podkreślił, że (...) taka omyłka nie była odoosobniona, gdyż identyczny błąd popełniła też spółka Feniks GT sp.

10

z o.o. (!), co zapewne wynikało z okoliczności, że w treści pkt 9.14 SIWZ wskazano puste miejsca w opisie dnia i godziny otwarcia ofert, a w pkt 12.1 wskazano inne godziny złożenia i otwarcia ofert”. Zdaniem Odwołującego (...) zupełnie bezzasadne są twierdzenia Zamawiającego dotyczące wyglądu i sposobu opisu kopert, w których znajdowały się oferta Odwołującego i w/w Spółki. Przede wszystkim Odwołującemu nie jest wiadomym o jakiej

identyczności pisze Zamawiający, albowiem, co do zasady wszystkie koperty są do siebie podobne, a różnią się jedynie rozmiarem, przy czym w sytuacji, gdy składana jest objętościowo podobna ilość stron oferty, również rozmiar koperty będzie zasadniczo ten sam. Powyższe jest zresztą zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Ponadto jak wynika z opisu wyglądu kopert dokonanego przez samego Zamawiającego - a którą to okoliczność Odwołujący zweryfikował zapoznając się z aktami sprawy, albowiem podczas składania ofert nie zwrócił na tę okoliczność uwagi - koperty te nie zostały jednakowo opisane i zaadresowane. Oczywistym jest, że sama treść wskazana w pozycji adresata nie mogła się różnić, która to okoliczność nie budzi żadnej wątpliwości, natomiast różnice istnieją w sposobie oznaczenia nadawcy: Odwołujący przybił w miejscu nadawcy swoją pieczęć firmową, a Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi nakleiło nadruk ze swoją nazwą i adresem. Obydwie firmy, oznaczając adresata zastosowały naklejony nadruk, przy czym jest to sposób typowo stosowany przez przedsiębiorców, więc niepodobna mówić w tym zakresie o jakimkolwiek znaczącym podobieństwie pomiędzy w/w kopertami (naklejka została zastosowana chociażby także przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych sp. z o.o., czy też ZABERD S.A.). Zupełnie niezrozumiałe jest także wskazanie przez Zamawiającego, jakoby koperty zostały zaklejone „w jednakowy sposób” taśmą przezroczystą. Odwołujący nie wie, co należy rozumieć przez jednakowy sposób zaklejenia kopert taśmą przezroczystą, a więc czy chodzi o miejsce przyklejenia, grubość taśmy, jakieś inne „czynniki podobieństwa”...? Zdaniem Odwołującego większość podmiotów - jeżeli zależy im na integralności i odpowiednim zabezpieczeniu swojej przesyłki - dokonuje jej zaklejenia taśmą przezroczystą w ten sam lub podobny sposób. Odwołującemu nie jest przy tym wiadomo, jak dokładnie były zaklejone inne oferty składane w ramach tego postępowania, niemniej biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego, zapewne podobnie jak koperta czy to Odwołującego, czy to Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. Odwołujący podnosi przy tym, iż obecnie nie jest zresztą możliwym dokładne odtworzenie sposobu zaklejenia kopert Odwołującego i w/w Spółki, a zatem Zamawiający nawet nie jest w stanie wykazać zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca ponadto stwierdził, że (...) niepodobna zaaprobować twierdzeń Zamawiającego, jakoby oferta Odwołującego i oferta Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi miały identyczną formę i wygląd. W tym zakresie Zamawiający wskazał, iż każda z ofert ma taki sam układ tzn. występujące oświadczenia i dokumenty są w

11

takiej samej kolejności, a nadto, iż strony oferty zostały ponumerowane w identyczny sposób, to znaczy numer został umieszczony w prawym dolnym rogu każdej strony. Ponadto Zamawiający wskazał, że formularze cenowe zostały wypełnione komputerowo”. Odnosząc się do powyższych twierdzeń wykonawca podniósł, że (...) biorąc pod uwagę wskazane przez Zamawiającego kryteria należałoby uznać, że większość ofert złożonych w ramach tego postępowania ma identyczną formę i wygląd. Przede wszystkim bowiem wszystkie oferty składane były na takich samych formularzach przygotowanych przez Zamawiającego, które należało jedynie wypełnić. Praktycznie każda oferta złożona w niniejszym postępowaniu - za wyjątkiem oferty PDEM.PL sp. z o.o. w zakresie formularza 2.1. i oferty Konsorcjum GZD Sp. z o.o. Sp. k. i GDT WEKTOR Sp. z o.o. częściowo wypełnionej odręcznie, a częściowo komputerowo - wypełniona została komputerowo, a jedynie wskazanie ilości stron zawartych w ofercie uczynione jest odręcznie, (czyli analogicznie jak w ofercie Odwołującego i Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi). Ponadto w większości złożonych ofert numer strony został umieszczony w prawym dolnym rogu każdej strony (inne oznaczenie numeracji dotyczy de facto zaledwie trzech ofert: złożonej przez J. Ł., działającą pod firmą Firma HUNTER J. Ł., złożonej przez „Planeta” sp. z o.o., PDEM.PL sp. z o.o.), tym samym niepodobna przyjąć, ażeby ta okoliczność stanowiła o rzekomym wspólnym opracowaniu ofert. Również układ ofert, (czyli kolejność oświadczeń i dokumentów) nie może być uznany za jakąkolwiek charakterystyczną cechę, pozwalającą na przyjęcie, że pomiędzy danymi ofertami istnieje podobieństwo przesądzające o ich wspólnym opracowaniu. W kontekście powyższego wskazać należy, iż Zamawiający w treści SIWZ, Tom I, Instrukcja dla wykonawców wraz z formularzami narzucił wykonawcom sposób przygotowania oferty, wskazując w postanowieniu pkt 8 i 9, jakie dokumenty mają zostać przedłożone i zamieszczając w SIWZ odpowiednie formularze. Co więcej również treść formularza ofertowego (dwa ostatnie punkty oznaczone w kolejności, jako 15 i 14) narzuca pewną kolejność oświadczeń i dokumentów. Biorąc pod uwagę

powyższe, niepodobna uznać jakoby układ oświadczeń i innych dokumentów w ramach oferty w ogóle mógł stanowić czynnik świadczący o podobieństwie lub braku podobieństwa danych ofert”. Odwołujący podniósł również, że (...) różnica pomiędzy poszczególnymi ofertami dotyczy umiejscowienia takich dokumentów jak odpisy z KRS, dowody uiszczenia wadium, dokumenty potwierdzające pozostawanie przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zgodnej z wymogami Zamawiającego. Także i w tym zakresie istnieją różnice pomiędzy ofertą Odwołującego, a ofertą Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. W szczególności wskazać należy, iż w ofercie Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. wydruk z Centralnej Informacji KRS znajduje się na str. 7 po dowodzie wniesienia wadium, a przed wypełnionym

12

---

formularzem 3.1.1., natomiast w ofercie Odwołującego wydruk z Centralnej Informacji KRS znajduje się na str. 10 po dowodzie wniesienia wadium i po wypełnionym formularzu 3.1.1.”.

Jego zdaniem, (...) przyjmując pogląd Zamawiającego należałoby konsekwentnie przyjąć, iż również inne oferty złożone w niniejszym postępowaniu mają bardzo podobny układ dokumentów i oświadczeń, jak oferta Odwołującego oraz oferta Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, a w szczególności takim „podobieństwem” cechuje się oferta złożona chociażby przez Przedsiębiorstwo „DUBR” sp. z o.o. Z poczynionych wyżej uwag jednoznacznie wynika zatem, iż twierdzenia Zamawiającego o rzekomym podobieństwie ofert złożonych przez Odwołującego i Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi nijak się mają do rzeczywistego stanu faktycznego. Podkreślenia wymaga przy tym fakt, iż Zamawiający zupełnie pominął szereg okoliczności jednoznacznie wskazujących na okoliczność, iż w/w oferty były sporządzane niezależnie od siebie przez odrębne osoby, a ich treść nie była uzgadniana przez strony”. W tym zakresie Odwołujący wskazał (...) w szczególności, iż: a) każda z ofert została sporządzona inną czcionką, przy czym w żadnym wypadku nie jest to czcionka zastosowana przez Zamawiającego w formularzu ofertowym; b) każda z ofert w zakresie znajdujących się na odrębnych uzupełnień (vide numeracja stron) sporządzona jest innym charakterem pisma; c) oferta Odwołującego w przeciwieństwie do oferty Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi posiada stronę tytułową; d) każdy z wykonawców wniósł wadium w innej formie (Odwołujący w pieniądzu, a Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w formie gwarancji ubezpieczeniowej); e) każdy z wykonawców wskazał innych kierowników robót w ramach formularza 3.3.”

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej okoliczności, Odwołujący wskazał, że niepodobna w jakimkolwiek zakresie zaakceptować twierdzeń Zamawiającego, jakoby oferty w/w firm były identyczne, czy też nawet podobne do siebie, a aprobatą stanowiska Zamawiającego prowadziłoby do kuriozalnych skutków, albowiem wskazane przez Zamawiającego „podobieństwa” można byłoby wówczas odszukać praktycznie w każdej złożonej ofercie w niniejszym postępowaniu, a zatem w konsekwencji można byłoby przyjąć, że wszyscy wykonawcy dokonywali pomiędzy sobą uzgodnień odnośnie treści ofert.

Odnosząc się do kwestii wskazanych w formularzach cenowych w/w firm cen jednostkowych, Odwołujący podniósł, że jednoznacznie wynika z treści oferty Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, że (...) Odwołujący został wskazany, jako podwykonawca, na którego zasobach będzie opierała się w/w firma podczas realizacji

13

---

zamówienia. Wobec powyższego oczywistym jest, że w/w Spółka kalkulując swoją ofertę w zakresie, w jakim chciała skorzystać z usług podwykonawcy, musiała przede wszystkim wziąć pod uwagę wysokość wynagrodzenia, jakie musiałaby uiścić na rzecz takiego podwykonawcy z tytułu realizacji zadania oraz swój własny zysk. W praktyce obrotu gospodarczego - co nie powinno budzić żadnych wątpliwości - kalkulacja cenowa robót wykonywanych za pomocą podwykonawcy opiera się na dodaniu do ceny zaoferowanej przez podwykonawcę określonej marży, stanowiącej zysk zlecającego takie usługi. Oczywistym jest bowiem, iż przy korzystaniu z podwykonawcy nie dokonuje się kalkulacji



cen niezależnie od zaoferowanej przez podwykonawcę stawki cenowej za dany asortyment robót, lecz właśnie wyłącznie na podstawie takich stawek. Ponadto w praktyce obrotu oferta podwykonawcy skierowana do wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co do zasady zawiera niższe stawki cenowe niż stawki, jakie podwykonawca zastosowałby gdyby samodzielnie ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe wynika w szczególności z okoliczności, iż podwykonawca nie musi wносить wadium, czy też ustanawiać zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także ponosić ewentualnych dodatkowych kosztów sporządzenia oferty w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". Wskazał, że (...) w niniejszym przypadku Odwołujący na zapytanie ofertowe Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi z dnia 2 marca 2015 r. skierował do w/w spółki ofertę, w której zaproponował on określone stawki cenowe, różne rzecz jasna od tych, które samodzielnie zaproponował on w swojej ofercie, a które w ocenie Odwołującego były bardzo konkurencyjne. Wysokość tych stawek uwzględniała okoliczność dużej konkurencji na rynku szeroko pojętej realizacji oznakowań drogowych, umożliwiając tym samym w/w spółce skonstruowanie konkurencyjnej oferty. Zdaniem natomiast Odwołującego, uwzględniając zasady doświadczenia życiowego i logiki, Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi najprawdopodobniej dokonało w swojej ofercie cenowej takiej kalkulacji, która polegała właśnie na doliczeniu do cen ofertowych Odwołującego określonej marży, stanowiącej zysk tegoż przedsiębiorstwa. Oczywistym jest bowiem, że w/w Spółka musiała uzyskać określony zysk w zakresie prac, które zamierzała podzlecić Odwołującemu." Oświadczył, że (...) nie uzgadniał wysokości poszczególnych stawek cenowych zastosowanych przez Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w ofercie w/w Spółki składanej w ramach części 4 zamówienia i nigdy nie uzgadniał z w/w spółką zastosowania takich, czy innych cen w swojej własnej ofercie. Powyższe zdaje się być logiczne, jeżeli weźmie się pod uwagę okoliczność, że Odwołujący nie miał żadnego interesu faktycznego, ani prawnego we wskazaniu przez w/w spółkę takiej, czy innej ceny w formularzu ofertowym, albowiem dla Odwołującego istotnym było jedynie to, by cena, którą zaoferował on w/w Spółce umożliwiała mu uzyskanie satysfakcjonującego

14

Odwołującego poziomu zysku, zaś wysokość zysku Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi była i pozostaje dla Odwołującego bez jakiegokolwiek znaczenia. Odwołujący nie składał przecież oferty w ramach części 4 zamówienia, a spółka Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi nie składała oferty w ramach części 1 i 3 zamówienia, a zatem w/w spółki nie konkurowały ze sobą, jeśli chodzi o ubieganie się o te konkretne zamówienia publiczne, a więc bez znaczenia dla interesu w/w spółek było to, jakie ceny zostaną zastosowane przez każdą z nich w ramach składanych przez nie ofert". Zdaniem Odwołującego, (...) nie sposób zgodzić się z Zamawiającym jakoby zaproponowanie w ramach ofert składanych na odrębne części zamówienia częściowo podobnych cen jednostkowych było zjawiskiem wręcz nieprawdopodobnym i zawsze musiało wynikać z niedozwolonych uzgodnień pomiędzy poszczególnymi podmiotami". W kontekście powyższego, zwrócił uwagę, że (...) tożsamą stawkę cenową w zakresie usunięcia oznakowania poziomego grubowarstwowego w ramach robót podstawowych i częściowych, wynoszącą 10,00 zł wskazał nie tylko Odwołujący, Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ale także Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych sp. z o.o. Natomiast w zakresie odnowy oznakowania poziomego farbą akrylową (poz. 1 robót podstawowych) podobne stawki cenowe do zastosowanych przez Odwołującego i Przedsiębiorstwo Drogowo Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (5,40 zł) zostały zaproponowane chociażby przez Grawil sp. z o.o. (5,87 zł), czy też Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych sp. z o.o. (5,95 zł). Tą samą stawkę cenową w zakresie odnowy oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej z mas chemoutwardzalnych (poz. 3 robót podstawowych) zastosowało natomiast Przedsiębiorstwo „DUBR” sp. z o.o. w odniesieniu do części 3 zamówienia i Przedsiębiorstwo Robót Drogowo — Mostowych sp. z o.o. w odniesieniu do części 1 i 4 zamówienia (37,00 zł). W zakresie w/w pozycji tożsamą cenę wskazał też Grawil sp. z o.o. w odniesieniu do części 1 i 5 zamówienia oraz Zakład Bezpieczeństwa i Ruchu Drogowego ZABERD S.A. w odniesieniu do części 1 i 4 zamówienia (35,00 zł). W odniesieniu do pozycji odnowy oznakowania poziomego farbą akrylową (poz. 1 roboty podstawowe i częściowe) te same ceny wskazane zostały także przez Przedsiębiorstwo

„DUBR” sp. z o.o. w zakresie części 3 zamówienia oraz przez Zakład Bezpieczeństwa i Ruchu Drogowego ZABERD S.A. w zakresie części 1 i 4 zamówienia (6,15 zł). Odwołujący powyżej jedynie przykładowo wskazał tożsamość stawek cenowych, zaproponowanych w niniejszym postępowaniu przez poszczególnych wykonawców, a to celem wykazania, iż stosowanie dokładnie takich samych cen na ten sam zakres robót nie jest ani czymś niezwykłym, ani nieprawdopodobnym. W szczególności, jeśli kalkulacja cenowa opiera się wyłącznie na dodaniu marży do cen jednostkowych wskazanych w ofertach podwykonawców”. Reasumując podkreślił, że (...) wskazywane przez Zamawiającego

15

---

podobieństwo cen jednostkowych w ofertach Odwołującego oraz Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w żadnej mierze nie stanowi okoliczności przemawiającej za zawarciem pomiędzy w/w podmiotami jakiegokolwiek porozumienia ograniczającego konkurencję, w szczególności sama przez się nie może świadczyć o zaistnieniu tzw. zmowy przetargowej. Stanowisko Zamawiającego uznać zatem należy za pozbawione jakichkolwiek racjonalnych podstaw”.

Na okoliczność niezawierania ze spółką Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi jakichkolwiek porozumień noszących znamiona tzw. zmowy przetargowej, ani jakiegokolwiek innego porozumienia ograniczającego konkurencję, zakazanego przez obowiązujące przepisy prawa, niedokonywania między w/w podmiotami uzgodnień jakichkolwiek warunków składanych przez strony ofert, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka S. M. - Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz dowodu z przesłuchania stron z ograniczeniem do Odwołującego.

Ponadto na okoliczność przyczyn fizycznego dostarczenia Zamawiającemu łącznie oferty Odwołującego i oferty Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przez A. S., ustalenia charakteru, w jakim działał A. S. podczas otwarcia ofert, na okoliczność niezapoznawania się przez Odwołującego z treścią oferty Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, przyczyn wskazania na kopercie zawierającej ofertę Odwołującego, jako godziny otwarcia ofert godziny „11: 00” zamiast „11: 30”, na okoliczność braku podobieństw pomiędzy wyglądem i sposobem opisanie koperty zawierających ofertę Odwołującego i koperty zawierającej ofertę Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka A. S., świadka M. B., S. M. - Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwa Drogowo Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz dowodu z przesłuchania stron z ograniczeniem do Odwołującego

Odnosząc się do kwestii równoczesnego występowania Odwołującego w ramach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w charakterze podwykonawcy Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w ramach części 4 zamówienia i jako wykonawcy w ramach części 1 i 3 zamówienia, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty wyłącznie z powołaniem się na okoliczność wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a nie z uwagi na jakiegokolwiek inne przyczyny wymienione w art. 89 tej ustawy, a (...) zatem w/w okoliczność może być rozpatrywana wyłącznie w kontekście skierowanych wobec Odwołującego zarzutów

16

---

popelnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postaci tzw. zmowy przetargowej. Zamawiający stwierdził bowiem, iż w/w okoliczność stanowi rzekomo dowód na zawarcie pomiędzy w/w podmiotami zakazanego porozumienia horyzontalnego ograniczającego konkurencję, prowadzącego do obejścia zakazu składania przez wykonawcę ofert na więcej niż dwie części zamówienia.”. Wskazując na art. 36a ustawy Pzp podkreślił, że (...) generalną zasadą jest dopuszczalność powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają przy tym żadnych ograniczeń, co podmiotu, który może być podwykonawcą, a w szczególności nie wprowadzają zakazu składania przez podwykonawcę równocześnie własnej oferty w tym samym postępowaniu, a więc kumulowania roli wykonawcy i ewentualnego podwykonawcy w ramach tego samego postępowania. Tym

samym w świetle obowiązujących przepisów prawa dany podmiot w ramach określonego postępowania może równocześnie występować zarówno, jako podwykonawca innego wykonawcy, jak również, jako wykonawca, a powyższe w żadnej mierze nie stanowi naruszenia art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, stosownie do którego wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę w ramach danego postępowania". Wskazując także na orzecznictwo w konkluzji stwierdził, że (...) zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa Odwołujący był w pełni uprawniony do złożenia dwóch ofert w zakresie dwóch odrębnych części zamówienia i dodatkowo do występowania, jako podwykonawca w ramach innej części zamówienia (...), oraz, że niepodobna uznać, iż działanie Odwołującego stanowiło obejście przepisu art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, a tym bardziej, że świadczy o zawarciu jakiegoś zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję. Wskazał ponadto, że (...) firma Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi specjalizuje się przede wszystkim w wykonywaniu oznakowania chemoutwardzalnego, a oznakowanie poziome farbami wykonuje w mniejszym zakresie. Z tego też względu w/w firma od szeregu lat współpracuje z Odwołującym, który specjalizuje się w wykonywaniu oznakowania drogowego w pełnym zakresie, a w szczególności Odwołujący był podwykonawcą w/w firmy w latach 2010-2012 w ramach zamówienia w przedmiocie oznakowania dróg realizowanego na rzecz GDDKiA Oddział w Łodzi. Naturalną konsekwencją powyższego jest zatem oparcie się przez w/w Spółkę w ramach niniejszego postępowania na wiedzy i doświadczeniu Odwołującego w zakresie robót związanych z oznakowaniem cienkowarstwowym farbami. Powyższe zaś stanowi wyraz zwyczajnej i typowej współpracy na rynku, nienoszącej jakichkolwiek znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Wskazania wymaga przy tym fakt, iż przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowiący implementację prawa unijnego jednoznacznie dozwala na podjęcie przez podmioty uczestniczące w obrocie gospodarczym różnych form współpracy celem uzyskania zamówienia publicznego przez jeden z tych podmiotów, stanowiąc przejaw woli ustawodawcy polskiego, a także prawodawcy unijnego dopuszczenia do uzyskiwania zamówień publicznych jak najszerzego grona uczestników obrotu

17

gospodarczego, pozwalając realizować zamówienia publiczne przez podmioty nieposiadające samodzielnie wymaganej wiedzy i doświadczenia, lecz korzystające z nich dzięki współpracy z innym podmiotem gospodarczym". Reasumując stwierdził, że nie sposób byłoby uznać dozwolonej na mocy ustawy Pzp współpracy, w formie wprost przewidzianej w przepisach w/w ustawy, za czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący ponadto wskazał, że (...) większość wykonawców przewidywało realizację zamówienia przez podwykonawców, a nawet w przypadku kilku wykonawców wskazano, jako zakres powierzenia de facto wszystkie prace, co potwierdza słuszność przedstawionego wyżej stanowiska Odwołującego (np. oferty firm: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., PDEM.PL sp. z o.o., FENIKS GT sp. z o.o.). Co istotne jednakże powyższe okoliczności nie spotkały się z żadną negatywną reakcją ze strony Zamawiającego, jakiej doznał Odwołujący, którego oferta została odrzucona". Podsumowując stwierdził, że (...) okoliczność nawiązania pomiędzy Odwołującym, a Przedsiębiorstwem Drogowo - Budowlanym „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi współpracy, polegającej na oddaniu do dyspozycji w/w spółki wiedzy i doświadczenia Odwołującego w ramach składanej przez w/w spółkę oferty na część 4 zamówienia, w żadnej mierze nie spełnia przesłanek porozumienia ograniczającego konkurencję wskazanego w art. 6 ust. pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ani żadnego innego zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, stanowiąc dozwolona prawem formę współpracy podmiotów gospodarczych".

Odwołujący stwierdził, że w niniejszym przypadku nie sposób w działaniach Odwołującego oraz Spółki Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, dopatrzyć się jakiegokolwiek zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub Zamawiającego. Wskazał przede wszystkim, że (...) Odwołujący i w/w Spółka złożyli oferty na inne części zamówienia, a więc nie stanowili dla siebie ani bezpośredniej, ani pośredniej konkurencji. Wysokość ceny zaproponowanej przez Odwołującego w ramach części 1 i 3 zamówienia nie miała i nie mogła mieć żadnego wpływu na rozstrzygnięcie przetargu w ramach części 4 zamówienia i analogicznie wysokość ceny zaproponowanej przez Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w ramach części 4 zamówienia nie miała i nie mogła mieć żadnego wpływu na rozstrzygnięcie przetargu w ramach części 1 i 3 zamówienia. Złożenie przez w/w podmioty ofert na zupełnie

inne części zamówienia w żaden sposób nie ograniczyło także prawa jakiegokolwiek podmiotu do złożenia konkurencyjnej oferty lub ofert w zakresie jakichkolwiek części zamówienia. Nawet bowiem gdyby Odwołujący rzekomo uzgodnił swoje ceny oferowane w ramach części 1 i 3 zamówienia z ceną oferowaną przez w/w Spółkę w ramach części 4 zamówienia - co w niniejszym przypadku nie nastąpiło - ów okoliczność nawet teoretycznie nie mogłaby przecież naruszeniem interesu jakiegokolwiek innego wykonawcy, ani

18

skutkować polepszeniem sytuacji, czy to Odwołującego, czy to w/w Spółki w postępowaniu, skoro w/w podmioty nie były dla siebie konkurentami, a ich oferty nie były dla siebie konkurencyjne". Podkreślił, że (...) każdy z wykonawców składających oferty w ramach części 1, 3 lub 4 zamówienia mógł zaproponować dowolną cenę, w tym korzystniejszą od Odwołującego i w/w Spółki, a wówczas uzyskalby poszczególne zamówienia, natomiast nawet ewentualna i teoretyczna znajomość wzajemnych cen Odwołującego i w/w Spółki nie dawałaby któremukolwiek z w/w podmiotów lepszej pozycji w postępowaniu niż pozostali uczestnicy postępowania". Zwrócił uwagę, że również interes Zamawiającego nie został naruszony, ani nie zaistniała groźba takiego naruszenia, skoro w przypadku każdej części zamówienia złożonych zostało kilka ofert, a oferty Odwołującego i w/w Spółki były cenowo najkorzystniejsze dla Zamawiającego. Jego zdaniem, typowa zmowa przetargowa ma celu takie wpływanie na ranking ofert w przetargu, aby ostatecznie została wybrana ta oferta, która niekoniecznie stanowi najkorzystniejsze rozwiązanie cenowe dla Zamawiającego np. poprzez składanie ofert o cenach niższych podlegających odrzuceniu, tak, aby Zamawiający wybrał ofertę o cenie wyższej. Sprzecznym z zasadami doświadczenia życiowego i logiki byłoby natomiast przyjęcie, że zmowa przetargowa polega na takim wpływaniu na wynik postępowania, aby Zamawiający w ramach zupełnie odrębnych części danego zamówienia wybrał oferty o najniższej cenie".

Odnosząc się do kwestii cen jednostkowych wskazanych w ofertach Odwołującego podniósł przede wszystkim, że w niniejszym przypadku niepodobna byłoby uznać, jakoby zaproponowane przez Odwołującego ceny były rażąco niskie. Przede wszystkim, że (...) największe różnice pomiędzy ofertami cenowymi poszczególnych wykonawców dotyczą przede wszystkim poz. 2 i 3 w ramach robót podstawowych, które obejmują odnowę oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej, co zapewne wynika z okoliczności, iż większość wykonawców nie zwróciła uwagi na okoliczność, że zgodnie z zasadą technologii odnowy określoną przez Zamawiającego w pkt. 5.7 Odnowa oznakowania poziomego na str. 17 STWiORB tom III SIWZ, odnowa oznakowania poziomego

wykonanego w latach ubiegłych przy użyciu termoplastu lub mas chemoutwardzalnych polega na ich odnawianiu farbami. Ceny wskazane przez większość innych wykonawców świadczą bowiem o kalkulowaniu tych cen jak za wykonanie zupełnie nowego oznakowania". Wskazał ponadto, że (...) bardzo zbliżone ceny do Odwołującego chociażby w zakresie poz. 1 robót podstawowych skalkulował m.in. Grawil sp. z o.o. (5,87 zł), Przedsiębiorstwo „DUBR” sp. z o.o. (6,15 zł w ramach zamówienia na część 3), czy też PRDM sp. z o.o. (5,95 zł w ramach części 1 zamówienia)". Równocześnie podkreślił, że (...) wśród cen jednostkowych podanych przez innych wykonawców znajdują się także ceny znacznie niższe od cen

19

zaproponowanych przez Odwołującego np. Przedsiębiorstwo „DUBR” sp. z o.o. w ramach części 2 zamówienia wskazało w poz. 4 i 5 robót podstawowych i częściowych cenę wynoszącą 2,00 zł za 1m<sup>2</sup>". Podniósł także, że (...) praktycznie każda oferta złożona w ramach części 1 zamówienia była znacznie niższa niż przewidziana przez Zamawiającego kwota na realizację tego zadania, a w zakresie części 3 tylko jedna oferta przekroczyła ów kwotę, a reszta ofert wskazywała cenę znacznie niższą niż przewidziana przez Zamawiającego. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż w każdej z w/w części różnice pomiędzy cenami każdych poszczególnych ofert były dość znaczne, sięgając kilkuset tysięcy, a zatem dywersyfikacja cenowa w ramach niniejszego postępowania była dość znacząca". Reasumując stwierdził, że (...) nie sposób uznać, iż zaproponowane przez Odwołującego ceny mogłyby zostać uznane za szczególnie niskie, nie mówiąc już o ich kwalifikacji, jako rażąco niskie w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp."

Wykonawca w konkluzji stwierdził, że dokonując odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 1 i 3 na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem tożsame – jego zdaniem - okoliczności, jakie stanowiły podstawę do odrzucenia ofert Odwołującego, zaistniały także w stosunku do innych podmiotów. Wskazał na ofertę firmy PDEM.PL sp. z o.o. złożoną na część 1 i 4 zamówienia, która (...) zawiera w pkt 8 formularza ofertowego (2.1.) powierzenie całości zamówienia podwykonawcy. W/w spółka choć nie wskazuje z nazwy tego podwykonawcy dołącza jednakże do oferty oświadczenia i dokumenty dotyczące spółki FENIKS GT sp. z o.o., co rzecz jasna sugeruje, że to ten podmiot uzyska 100% zamówienia w ramach podwykonawstwa (str. 24 i 15 oferty). Natomiast spółka FENIKS GT sp. z o.o. składająca ofertę na część 2 zamówienia wskazuje jako podwykonawcę, któremu powierzy cały zakres robót spółkę PDEM.PL sp. z o.o. i choć w pkt 9 formularza ofertowego (2.1) nie podaje, że będzie korzystać z zasobów w/w podwykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, dołącza jednakże formularz 3.1.1.a. wypełniony przez w/w spółkę, a dotyczący podmiotów, biorących udział w realizacji zamówienia, na których zasobach wykonawca będzie polegał wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu (str. 7), a także formularz 3.1.1. podpisany przez w/w spółkę (str. 8). Spółka PDEM.PL sp. z o.o. jest też wskazana w formularzu 3.2. pn. Wiedza i Doświadczenie. Tym samym w w/w przypadku zachodzi analogiczna sytuacja, jaka zaistniała w odniesieniu do Odwołującego, albowiem - posługując się twierdzeniami Zamawiającego - w przypadku wyboru ofert w/w wykonawców ten sam podmiot realizowałaby przecież 3 części zamówienia, niemniej Zamawiający w tym akurat przypadku nie wiedzieć czemu nie uznał, że doszło do obejścia zakazu składania ofert na więcej niż dwie części zamówienia”.

20

Odwołujący podniósł również, że (...) Zamawiający nie dostrzegł także wielu innych uchybień w ofertach złożonych przez innych wykonawców, a w szczególności w zakresie oferty złożonej przez J. Ł., działającą pod firmą Firma HUNTER J. Ł. Zamawiający nie dopatrzył się wadliwości tej oferty pomimo, iż na stronie pierwszej zawarte jest wykreślenie dla części 3 zamówienia, przy którym brak jest nawet podpisu, kto je wykreślił, natomiast załączony Formularz cenowy dla części 3 zamówienia jest wadliwy (obowiązujący przed zmianami w SIWZ). Pomimo to oferta podlega ocenie w ramach części 3 zamówienia. Ponadto w odniesieniu do oferty Konsorcjum GZD Sp. z o.o. Sp. k. i GDT WEKTOR Sp. z o.o. nie została zweryfikowana poprawność udzielenia pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum, w szczególności nie zostało zweryfikowane uprawnienie do działania w charakterze „dyrektora” K. G. w imieniu GZD Sp. z o.o. Sp. k.” Reasumując stwierdził, że biorąc pod uwagę wskazane okoliczności nie sposób przyjąć, że Zamawiający stosował wobec wykonawców tożsame kryteria oceny ofert, co w konsekwencji doprowadziło do wskazanych na wstępie niniejszego odwołania uchybień.

#### **Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło**

Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o., z Kielc oraz wykonawca Saferoad Grawil Sp. z o.o., z Włocławka, którzy wnieśli o oddalenie odwołania.

#### **Sygn. akt: KIO 679/15**

Wnoszący odwołanie wykonawca DrogoPol złożył w niniejszym postępowaniu ofertę w zakresie części 4, która została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem Odwołującego, ta decyzja doprowadziła w konsekwencji do niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności polegającej na wyborze w ramach części 4, jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Mostowych sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, skutkując tym samym zaniechaniem wyboru w tej części, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji w zakresie części 4 naruszenie art. 91 ust. 1 tej ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty w zakresie części 4 zamówienia oraz czynności wyboru w tej części oferty najkorzystniejszej, a

następnie dokonanie w części 4 ponownego badania i oceny ofert, i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w tej części. Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp podkreślając

21

w szczególności, że gdyby nie odrzucono oferty Odwołującego zostałaaby ona wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo (2.954.426,30 zł brutto) oraz zaoferował najwyższą efektywność roboczą, wynoszącą 7.000 m<sup>2</sup>/dobę roboczą (efektywność według SIWZ oznacza powierzchnię oznakowania poziomego dla robót podstawowych zadeklarowaną do odnowienia w ciągu jednej doby roboczej (m<sup>2</sup>/doba robocza).) Oferta, która została wybrana przez Zamawiającego zawiera cenę w wysokości 3.318.731,33 zł oraz taką samą wielkość tzw. efektywności, więc była to oferta mniej korzystna niż ta złożona przez Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów, w szczególności wskazał, że w zawiadomieniu z dnia 30 marca 2015 r. został poinformowany o odrzuceniu jego oferty z przyczyn wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający uznał, że (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci zмовы przetargowej. Zamawiający twierdzi, że w zмowie takiej uczestniczy Odwołujący i firma Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „DROGPOL” sp. z o.o. z siedzibą w Poraju”. Zdaniem Odwołującego ta czynność narusza art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co wynika z faktu, że nie zaistniały przesłanki opisane w w/w przepisach. Odwołujący kwestionuje okoliczność, że rzekomo złożenie przez niego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zмowie przetargowej. Oferta Odwołującego nie powinna ulec odrzuceniu, a jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana. Dalej podał, że (...) Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego uznał, że zмowa przetargowa wynika z okoliczności, że oferta Odwołującego i oferty Przedsiębiorstwa Usługowo Handlowego „DROGPOL” sp. z o.o., dalej P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. zawierały jego zdaniem dużo elementów podobnych, a nawet identycznych pod względem treści oraz formy. Te rzekome podobieństwa wymienił Zamawiający w swojej informacji z dnia 30 marca 2015 r. Zamawiający uznał też, że zмowa przetargowa wynika z faktu, że Odwołujący przy realizacji swojej oferty będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o., który będzie jego podwykonawcą oraz, że taka sytuacja stanowi obejście zakazu składania ofert na więcej niż dwie części zamówienia. Odwołujący oświadcza natomiast, że nie zawarł z P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. porozumienia horyzontalnego ograniczającego konkurencję, czy też jakiegoś innego porozumienia horyzontalnego o podobnym charakterze, a co więcej nie dopuścił się z w/w firmą zмowy przetargowej”. Podkreślił, że (...) czyn nieuczciwej konkurencji w postaci zмowy przetargowej, polega na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Skoro jest

22

to czyn nieuczciwej konkurencji musi przeto spełniać też warunki wskazane w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ten przepis stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W tym zakresie istnieją więc dwie przesłanki: czyn musi być niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po drugie: czyn taki zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (...). Podniósł ponadto, że (...) o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji nie może świadczyć, ani samo podobieństwo ofert, ani np. pozostawanie ze sobą jakichś wykonawców w ramach pewnych powiązań, czy to kapitałowych, czy to osobowych lub ekonomicznych i wynika to z wielu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (...). Podkreślił także, że brak jest jakichś szczególnych podobieństw, czy też identyczności pomiędzy ofertami Odwołującego i P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o., które stanowić mogą podstawę do zarzucania popełnienia zмowy przetargowej, albowiem oferta Odwołującego została dostarczona Zamawiającemu przez osobę zatrudnioną w P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o., która nie jest i nie była przedstawicielem Odwołującego, a działała jedynie jako „doręczyciel” z uwagi na przysługę uczynioną dla

Odwołującego P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. Dlatego też na otwarciu ofert nie reprezentowała ona Odwołującego. Nie zaprzeczył, że Odwołujący i spółka pozostają ze sobą we współpracy handlowej (co wynika przecież ze zlecenia podwykonawstwa na część 4 zamówienia) i dlatego na jego prośbę przesyłkę zawierającą ofertę Odwołującego w/w osoba dostarczyła grzecznościowo, działając tak naprawdę przy okazji dostarczania oferty P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. Odwołujący chciał w ten sposób jedynie ułatwić sobie sposób złożenia oferty, oszczędzając sobie czasu i trasy, nie zdając sobie sprawy z zarzutów, jakie w związku z tym mogą wobec niego powstać. Oferta Odwołującego była niemniej opracowana jedynie przez wykonawcę, a firma PUH Drogpol nie miała wpływu na jej kształt i treść, ani nie był upoważniony do zapoznawania się z jej treścią. Zresztą nie mógł tego uczynić, skoro oferta była dostarczona w zamkniętej i zaklejonej kopercie, opisanej przez samego Odwołującego bez udziału P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. Dalej podał, że (...) Odwołujący nie jest w stanie odtworzyć szczegółowego sposobu zaklejenia koperty, ani nie widział momentu i sposobu zaklejania koperty i jej opisywania przez P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o., stąd nie wie w jaki sposób na podstawie tych czynników koperty mogłyby zostać podobnie opisane i zaadresowane”. Nie zaprzeczył, że (...) na kopercie zawierającej ofertę Odwołującego, widnieje błąd w zakresie wskazania godziny otwarcia ofert (zamiast „11: 30” wskazano 11: 00), niemniej jeśli taki sam błąd popełnił P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. w/w okoliczność o niczym nie świadczy. Przecież błąd ten mógł popełnić każdy wykonawca, bo w treści pkt 9.14 SIWZ wskazano puste miejsce w opisie dnia i godziny otwarcia ofert, natomiast w pkt 12.1 wskazano inną godzinę na złożenie, a inną na otwarcie ofert, co mogło przecież wprowadzić w błąd. Przechodząc do opisu kopert Zamawiający wskazał, że istnieje

23

tu podobieństwo, przy czym z treści pisma Zamawiającego wcale to nie wynika, bo przecież P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. przybiła w miejscu nadawcy pieczęć firmową, a Odwołujący oznaczył nadawcę naklejką ze swoją nazwą. Choć adresat oznaczony został rzekomo tak samo (naklejka na kopercie), jest to przecież bardzo powszechny sposób adresowania kopert i nie ma żadnego znaczenia dla możliwości przypisania wykonawcom, stosującym takie naklejki, zmowy przetargowej. Zapewne i inne podmioty zastosowały w takim przypadku naklejki. Jeżeli chodzi o rzekomą identyczną formę i wygląd ofert, Odwołujący wskazuje, iż sporządzając ofertę kierował się zapisami SIWZ oraz kolejnością ułożenia poszczególnych formularzy, niemniej nie wydaje mu się, ani zasadnym, ani potrzebnym odtwarzania dokument po dokumencie, celem sprawdzenia czy zastosowano taką samą kolejność ułożenia dokumentów innych niż formularze (bo przecież formularzy nie można było inaczej ułożyć). Zarzuty Zamawiającego są na tyle absurdalne, że nie można ich w jakikolwiek sposób podzielić. Natomiast zapewne gdyby zacząć analizować kilkanaście złożonych ofert pewnie zaistnieją między nimi tego typu „podobieństwa”. W szczególności większość ofert z całą pewnością wypełniono komputerowo, bo odręczne wypełnianie ofert jest obecnie rzadko stosowane. Również najbardziej powszechnym sposobem numerowania stron jest ich umieszczanie w prawym dolnym rogu każdej strony, dlatego w jaki sposób można byłoby przyjąć, że ta okoliczność uzasadnia zarzut zmowy przetargowej (...). Zdaniem Odwołującego, (...) niepodobna w jakimkolwiek zakresie zaakceptować twierdzeń Zamawiającego, jakoby oferty w/w firm były identyczne, czy też nawet podobne do siebie. Odwołujący podnosi w tym miejscu, iż aproba stanowiska Zamawiającego prowadziłoby do kuriozalnych skutków, albowiem wskazane przez Zamawiającego „podobieństwa” można byłoby wówczas odszukać praktycznie w każdej złożonej ofercie w niniejszym postępowaniu, a zatem w konsekwencji można byłoby przyjąć, że wszyscy wykonawcy dokonywali pomiędzy sobą uzgodnień odnośnie treści ofert. Natomiast o braku „podobieństwa” ofert świadczą, w szczególności okoliczności, że Odwołujący wypełniając swoją ofertę zastosował specyficzną czcionkę. Ponadto odręcznie wpisywano numerację stron, a że robiła to osoba fizyczna niemożliwym jest, by jakkolwiek inna oferta była numerowana tym samym pismem. Dodatkowo Odwołujący nie korzystał z tego samego kierownika budowy, co P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o.”

Na okoliczność ustalenia przyczyn dostarczenia Zamawiającemu oferty Odwołującego przez przedstawiciela P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o., ustalenia charakteru w jakim działała ta osoba w toku postępowania, czyli w którym imieniu, na okoliczność, że brak jest podobieństw pomiędzy wyglądem i sposobem opisanie kopert z ofertami Odwołującego i P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o., na okoliczność samodzielnego opracowania oferty przez

kopercie, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka A. B. - Wiceprezesa Zarządu P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. oraz dowodu z przesłuchania stron z ograniczeniem do Odwołującego.

Odnosnie kwestii, dotyczących cen jednostkowych, wskazał, że (...) nie jest mu wiadomym w jaki sposób P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. kalkulowała swoje ceny - a stanowi to przecież tajemnicę przedsiębiorstwa tej spółki - natomiast Odwołujący kalkulował swoją ofertę w przeważającej mierze poprzez doliczenie marży do cen zaoferowanych przez P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o., do którego Odwołujący skierował zapytanie ofertowe. Odwołujący nie musiał przecież szacować jakichkolwiek kosztów, nakładów, narzutów w odniesieniu do prac, które miał zamiar podzlecić, a jedynie chciał uzyskać dla siebie godziwy zysk, do czego wystarczyło dodanie pewnej stałej marży do każdej zaproponowanej przez w/w Spółkę ceny. Zdaniem Odwołującego ceny zaproponowane przez P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. były konkurencyjne, ale taką też prośbę zawarł Odwołujący w swoim zapytaniu, bo inaczej udział w przetargu z góry skazany byłby na porażkę. Do osiągnięcia podobnych stawek cenowych przez obydwie spółki wystarczyło przecież dokonane zupełnie niezależne od siebie dodanie do pierwotnych kalkulacji cenowych P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. złożonych w odpowiedzi na zapytanie ofertowe tej samej lub zbliżonej marży. I w ten sposób mogło dojść do osiągnięcia zbliżonych cen, ale nie świadczy to przecież o zмовie przetargowej (!). Odwołujący oświadcza natomiast, że nie uzgadniał z P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. swoich cen zawartych w ofercie, ani innych warunków swojej oferty oraz że nie uzgadniał z P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. warunków składanych przez w/w Spółkę ofert, w tym wskazanych cen”. Podkreślił, że oferty były składane na odrębne części zamówień, i tym samym jaki miałyby być cel tych uzgodnień oraz jaki ich temat. Podkreślił, że te uzgodnienia w żaden sposób nie mogły wpłynąć na wynik rozstrzygnięć dla tych części, bo nie wiadomo było, jakie ceny zaproponują inni wykonawcy, natomiast konkurencja na rynku jest znaczna. Odwołujący także stwierdził, że (...) wskazanie w różnych ofertach podobnych, a nawet takich samych cen nie jest czymś zupełnie nieprawdopodobnym i zawsze świadczącym o zмовie przetargowej. Zapewne w niniejszym przypadku wiele firm zastosowało podobne, a nawet te same stawki cenowe w zakresie poszczególnych pozycji, ale o niczym to zdaniem Odwołującego nie świadczy”. W podsumowaniu stwierdził, że jakiegokolwiek podobieństwo cen jednostkowych nie może stanowić okoliczności umożliwiającej przypisanie wykonawcom zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, w tym zмовy przetargowej”.

Odwołujący ponownie wskazał, że art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest czyn, który zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta tj. którego celem lub skutkiem będzie wyeliminowanie,

25

---

ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, zaś istnienie tych przesłanek musi wykazać Zamawiający. Jego zdaniem, w realiach niniejszej sprawy nie można zauważyć zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub też Zamawiającego. Firmy złożyły bowiem oferty na inne części zamówienia, a które to oferty nie były wobec siebie konkurencyjne i tym samym ceny zaoferowane przez Odwołującego nie miały żadnego wpływu na wynik postępowania na części 1 i 3 zamówienia, a cena P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. na rozstrzygnięcie postępowania w ramach części 4 zamówienia. Fakt złożenia ofert na zupełnie inne części zamówienia nie mógł też ograniczyć praw innych podmiotów do złożenia ofert zgodnych z SIWZ w zakresie dowolnie wybranych części zamówienia. Każdy też z wykonawców składających oferty na części 1, 3 lub 4 zamówienia mógł zaproponować konkurencyjną cenę, a gdyby była ona korzystniejsza od ceny Odwołującego i P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. taki wykonawca uzyskałby przecież dane zamówienie. Wykonawca zauważył, że (...) nawet gdyby firmy dokonywały jakichś uzgodnień cenowych, co nie polega jednakże na prawdzie, nie powodowałoby to uzyskania przez nie lepszej pozycji w tej części przetargu, w której występowały, ani nie pogorszałoby sytuacji innych wykonawców startujących w przetargu. Stwierdził, że także interes Zamawiającego nie został naruszony w jakikolwiek sposób, ani nie wystąpiło zagrożenie



takiego naruszenia, bo przecież w przypadku każdej części zamówienia złożono co najmniej

kilka ofert, natomiast oferty odrzucone były pod względem kryteriów oceny ofert najkorzystniejsze dla Zamawiającego. Odwołujący uważa, że nie jest możliwym przyjęcie, że doszło do zmowy przetargowej w sytuacji, gdy wykonawcy posądzeni o taką zmwę złożyli odrębne oferty na inne części zamówienia, które miały najniższą cenę. Jaki byłby bowiem cel takiej zmowy? Cóż by taką zmwą strony osiągnęły? W jaki także sposób zostałby naruszony interes innych wykonawców lub Zamawiającego, skoro każdy wykonawca mógł złożyć korzystniejszą ofertę od w/w firm, a ceny zaproponowane w ramach jednej części nie wpływają na ceny zaproponowane w innej części zamówienia?" Odwołujący podniósł, że w jego ocenie nie można byłoby uznać, że zaproponowane przez wykonawcę ceny były rażąco niskie, aczkolwiek te uwagi czynione są marginalnie, bo rażące ceny nie były przyczyną odrzucenia ofert, a Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Na okoliczność niezawierania pomiędzy Odwołującym, a spółką P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. porozumień ograniczających konkurencję, w tym niedokonania zmowy przetargowej, nieprzeprowadzania pomiędzy w/w firmami uzgodnień co do warunków składanych przez nie ofert, w tym cen, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka A. B. - Wiceprezesa Zarządu P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. oraz dowodu z przesłuchania stron z ograniczeniem do Odwołującego.

26

Podniósł także, że występowanie P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. w charakterze podwykonawcy Odwołującego przy równoczesnym składaniu przez w/w firmę własnej oferty na dwie części zamówienia nie prowadzi do obejścia zakazu składania przez wykonawcę ofert na więcej niż dwie części zamówienia i dlatego ta okoliczność nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca wskazał na art. 36a ustawy Pzp, który, jego zdaniem, wprowadza zasadę dopuszczalności powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia, zaś w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjęto dopuszczalność powierzenia nawet 100% zamówienia podwykonawcom (...). W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zobowiązał nadto wykonawców do osobistego wykonania przez nich jakiegokolwiek części zamówienia (pkt 5.5 SIWZ, TOM I, IDW). Jego zdaniem (...) wskazanie informacji o zakresie podwykonawstwa ma walor stricte informacyjny, nie rodząc skutku zobowiązaniowego w zakresie sposobu wykonania zamówienia”. Ponadto przepisy Pzp (...) nie wprowadzają żadnych ograniczeń w zakresie podmiotu, który może być podwykonawcą, w tym nie wprowadzając zakazu składania przez podwykonawcę równocześnie własnej oferty w ramach tego samego postępowania. Dana firma w ramach określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może więc równocześnie występować, jako podwykonawca innego wykonawcy i samodzielny wykonawca, co w szczególności nie stanowi naruszenia art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, stosownie do którego wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę w ramach danego postępowania (...). Zdaniem Odwołującego przyjąć należy, że (...) skoro art. 82 ust. 1 Pzp nie stoi na przeszkodzie dopuszczalności równoczesnego występowania danego podmiotu, jako podwykonawcy i wykonawcy w ramach tego samego postępowania, również występowanie danego podmiotu, jako wykonawcy w ramach jednej części zamówienia, a jako podwykonawca - w ramach innej części zamówienia - nie może być traktowane jako obejście art. 83 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawa Pzp (...) nie wprowadza zakazu występowania przez ten sam podmiot, jako podwykonawca w realizacji danej części zamówienia przy równoczesnym samodzielnym składaniu ofert lub oferty na inne części zamówienia. Skoro więc zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. był uprawniony do złożenia dwóch ofert w zakresie dwóch odrębnych części zamówienia i równocześnie do występowania, jako podwykonawca Odwołującego w ramach innej części zamówienia, nie można uznać, że działanie Odwołującego stanowi obejście przepisu art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, nie mówiąc już o tym, że stanowiłoby to rzekomo zmwę przetargową”. Odwołujący wskazał ponadto, że (...) specjalizuje się przede wszystkim w wykonywaniu oznakowania chemoutwardzalnego, a oznakowanie poziome farbami wykonuje w niewielkim zakresie, dlatego chcąc brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia musiał skorzystać z doświadczenia i wiedzy innego podmiotu. Z uwagi na kilkuletnią współpracę handlową z P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. (m.in.

27

w latach 2011-2013 ramach zamówienia w przedmiocie oznakowania dróg realizowanego na rzecz GDDKiA Oddział w Łodzi), Odwołujący w ramach niniejszego postępowania także chciał oprzeć się na wiedzy i doświadczeniu P.U.H. „DROGPOL” sp. z o.o. w zakresie robót związanych z oznakowaniem cienkowarstwowym farbami. Stanowi to, zdaniem Odwołującego normalną praktykę rynkową, która sama w sobie nie może być przecież czynem nieuczciwej konkurencji, skoro sam przepis art. 26 ust. 2b p.z.p. umożliwia podejmowanie takiej współpracy. Obecnie przepisy p.z.p. pozwalają przecież realizować zamówienia publiczne przez podmioty nieposiadające samodzielnie wymaganej wiedzy i doświadczenia przez skorzystanie z zasobów innych podmiotów, które nawet nie muszą występować w charakterze podwykonawców, co wynika z aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej”. Reasumując stwierdził, że podjęcie przez firmy zgodnej z przepisami Pzp współpracy nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji, dlatego też okoliczność, że Odwołujący w swojej ofercie wskazał, że większość zamówienia, ale nie całość, powierzył podwykonawcy, nie może skutkować uznaniem, że doszło do zmywy przetargowej. Zwrócił uwagę, że jego zdaniem (...) większość wykonawców przewidziała realizację zamówienia przez podwykonawców, albowiem takie są obecne realia obrotu gospodarczego. Z powyższych względów Odwołujący nie wie, z jakich przyczyn to wyłącznie Odwołujący został posądzony o zmywę przetargową, zaś żadnemu z innych wykonawców ten zarzut nie został postawiony. Odwołujący podnosi w tym zakresie, że Zamawiający nie stosował tożsamych kryteriów dla wszystkich wykonawców, naruszając tym samym zasadę wskazaną w art. 7 ust. 1 Pzp”.

W podsumowaniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do postawienia Odwołującemu i P.U.H. „Drogo” sp. z o.o. zarzutu dopuszczenia się zmywy przetargowej, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, albowiem żadna z okoliczności wskazanych nie świadczy o popełnieniu jakiegokolwiek czynu nieuczciwej konkurencji i z faktu dozwolonej na gruncie przepisów Pzp współpracy dwóch podmiotów nie można wywodzić naruszenia przepisów z zakresu ochrony konkurencji.

**Do postępowania odwoławczego** po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z Piotrkowa Trybunalskiego, wnosząc o oddalenie odwołania.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołania**, wnosząc o ich oddalenie, w szczególności podniósł, co następuje:

28

Odwołujący subiektywnie interpretują przyczyny odrzucenia ich ofert, albowiem zarzut zmywy przetargowej Zamawiający oparł na twierdzeniu, że wykonawca Drogo i wykonawca Kamy składając w niniejszym postępowaniu oferty w sposób nieuprawniony podzielili się zadaniami, których dotyczył przetarg i w konsekwencji ograniczyli konkurencję w odniesieniu do tych zadań. Stwierdził także, że wykonawcy wykorzystując istniejące pomiędzy nimi stosunki zależności uzgodnili, na które zadania złożą ofertę, unikając wzajemnego konkurowania pomiędzy sobą. Składając ofertę na większą liczbę zadań niż inni wykonawcy mogli - korzystając z efektu skali - skalkulować ceny ofert na niższym poziomie niż inni konkurenci. Dalej podał, że (...) Treść złożonych przez tych Odwołujących ofert, a także siedem identycznych cen jednostkowych ma dowodzić przyjętego przez wykonawców mechanizmu zmywy przetargowej, określanego, jako „ograniczanie ofert”. Wariant przyjęty przez wykonawców zakładał zawarcie porozumienia, w którym wykonawcy porozumieli się, co do rezygnacji, nie tyle z samego przetargu, ale poszczególnych jego zadań i skutkiem tego był podział rynku pomiędzy tymi wykonawcami i brak między nimi rzeczywistej konkurencji. W powyższych okolicznościach, z racji istnienia pomiędzy wykonawcami zmywy przetargowej, złożenie ofert przez obu wykonawców stanowiło - zdaniem Zamawiającego - czyn nieuczciwej konkurencji”. Dalej podał, że (...) Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik zmywa przetargowa polegać może m.in. na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie istotnych parametrów rynkowych, jak cena, warunki świadczenia usług, zakres prac, które należą do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji oraz najbardziej szkodliwych z punktu

widzenia ochrony konkurencji nieprawidłowości występujących w przetargach. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, zaś ust. 2 tego artykułu wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji może być m. in. utrudnianie dostępu do rynku. W ocenie Zamawiającego zachowanie wykonawców w pełni wypełnia hipotezę powołanych powyżej norm". Zamawiający odwołał się także do broszury UOKiK z 2013 r. pt. „Zmowa przetargowa”, w której wskazano na podstawowe, najczęstsze formy współpracy przedsiębiorców działających w zlocie, stwierdzając w konkluzji, że w świetle powołanych obowiązujących przepisów prawa oraz dokumentów przyjętą przez wykonawców formą zlocy przetargowej był podział rynku, a symptomami świadczącymi o podejrzeniu wystąpienia zlocy przetargowej umowy o podwykonawstwo (w poprzednim przetargu w latach 2012-2014 również udostępnił wiedzę i doświadczenie, zaś Drogoł sp. z o.o. był podwykonawcą Kemy sp. z o.o.) i znajomość ofert konkurentów. Zamawiający podał, że pismem z dnia 26 kwietnia 2015 r. zawiadomił UOKiK Delegaturę w Krakowie na formularzu dostępnym na stronie internetowej Urzędu o podejrzeniu zlocy

29

przetargowej. Wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził m.in., że czyn utrudniania dostępu do rynku nie musi wiązać się z wyeliminowaniem pozostałych konkurentów z postępowania oraz zwrócił uwagę na pogląd, zgodnie z którym „stworzeniem warunków wymuszających na klientach dokonanie wyboru określonego przedsiębiorcy oraz ograniczeniem dostępu do rynku jest składanie ofert przez podmioty powiązane ze sobą kapitałowo, organizacyjnie, udostępniające sobie potencjał osobowy oraz zasoby w postaci doświadczenia i oferujące ten sam produkt, w sytuacji, gdy wykluczenie jednego z nich lub odrzucenie złożonej przez niego oferty prowadzi nie do wyboru oferty niezależnego konkurującego wykonawcy, lecz do wyboru oferty wykonawcy powiązanego”, i wskazał, że (...) z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, w którym na skutek ofert złożonych przez wykonawców działających w porozumieniu nie uzyskał zamówienia wykonawca faktycznie konkurujący.

Dalej podał, że (...) Na gruncie analizowanej sprawy, ustalone okoliczności faktyczne pozwalają na postawienie tezy, że nie są wynikiem splotu przypadkowych zdarzeń:

1. Oferty zostały złożone przez tę samą osobę.
2. Obie oferty mają identyczną formę i wygląd, (dowód załącznik)
3. Każda z ofert ma taki sam układ tzn. występujące po sobie oświadczenia i dokumenty są ułożone w takiej samej kolejności, niezgodnie z numeracją formularzy (dowód załącznik).
4. Strony oferty zostały ponumerowane w identyczny sposób, to znaczy numer został umieszczony w prawym dolnym rogu każdej strony.
5. Koperty zostały opisane i zaadresowane z naklejonym nadrukiem adresata.
6. Koperty są identyczne (ta sama partia - dowód koperty) i zostały obie w jednakowy sposób zaklejony taśmą przeźroczystą.
7. Na kopercie oferty DROGPOL widnieje pieczęć firmowa, a na kopercie oferty KEMY jest naklejony nadruk firmy KEMY. Obie mają ten sam błąd: „Nie otwierać przed 10.03.2015 godz.: 00, „ gdzie powinno być: „Nie otwierać przed 10.03.2015 godz. 11:30.”

Podał także, że w Formularzu cenowym na 10 cen jednostkowych aż 7 pozycji jest identycznych, przy czym poz. 2 i 3 robót podstawowych znacznie odbiega od stawek za te pozycje w innych ofertach. Podał także w wątpliwość zastosowaną przez wykonawcę Kemy marżę na poziomie 1,05. Zwrócił również uwagę na zapytanie wykonawcy Kemy i podanie cen jednostkowych przez Drogoł przekazywane pismami, a nie mailem lub faksem, co potwierdzałoby dokładną datę przekazania. Brak dowodu nadania pocztą, ani adnotacji, że złożono osobiście. Wskazał ponadto na różnice pomiędzy ofertami cenowymi poszczególnych wykonawców dotyczące przede wszystkim poz. 2 i 3 w ramach robót podstawowych. Podał również, że (...) Wszyscy Wykonawcy (10 ofert poza Drogoł oraz

30

Kemy) odczytali prawidłowo zapisy dotyczące odnowy oznakowania poziomego opisane [pkt. 5.7 Odnowa oznakowania poziomego STWiORB tom II SIWZ str. 17] i dlatego ceny

wskazane przez wszystkich wykonawców poza Drogoł oraz Kemy, świadczą o prawidłowym kalkulowaniu tych cen jak za wykonanie zupełnie nowego oznakowania, ponieważ po usunięciu starego oznakowania należy wykonać „nowe” w technologii grubowarstwowej. Jedynie Odwołujący zrozumieli ten fragment odmiennie.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że w świetle powyższych ustaleń faktycznych był w stanie bezspornie ustalić, iż działanie wykonawców wypełnia znamiona porozumienia ograniczającego konkurencję w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu nieuczciwej konkurencji. Podał również, że (...) Wyjaśnienia złożone w zakresie cen jednostkowych przez Wykonawców są niewiarygodne i zgodnie z doświadczeniem życiowym pracowników Zamawiającego taka zbieżność cenowa nie może być wynikiem przypadku, czy też zbiegu okoliczności, a jedynie uzgodnienia ofert między Wykonawcami. Pozostałe wyjaśnienia Wykonawców w kwestii zbieżności ich ofert mogłyby uznać za wystarczające przez Zamawiającego, jako wyjaśnienie jednorazowej zbieżności ofert. Jednak fakt, że takich zbieżności występuje kilkanaście bezspornie pozwala uznać za udowodniony fakt zмовы przetargowej między wykonawcami”.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych do ofert konkurencyjnych stwierdził, w szczególności:

Odnosząc się do oferty wykonawcy PDEM.PL i wykonawcy Feniks GT Sp. z o.o. podał, że w dniu 23.03.2015 r. zwrócił się pismem do Feniks GT Sp. z o.o. (...) o wyjaśnienie trzech zobowiązań złożonych przez PDEM.PL sp. z o.o. do oddania niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Dodatkowo Zamawiający poinformował, że firma wskazana przez Feniks GT Sp. z o.o., jako podmiot trzeci, tj. PDEM.PL sp. z o.o. złożyła w przedmiotowym postępowaniu oferty na część 1 i 4 zamówienia, czyli na maksymalną dopuszczoną ilość części. Stąd podzlecenie przez Feniks GT sp. z o.o. znaczącej części robót na rzecz PDEM.PL sp. z o.o. spowodowałoby, iż podmiot ten w rzeczywistości realizowałby trzy części zamówienia, co z kolei stanowiłoby niedopuszczalne obejście postawionego przez Zamawiającego warunku”. Podał także, że wykonawca Feniks GT Sp. z o.o. spełnia prawie samodzielnie warunek wiedzy i doświadczenia [dla technologii cienkowarstwowej co najmniej 150.000 m<sup>2</sup> (Feniks GT Sp. z o.o. wykazuje 119.494,02 m<sup>2</sup>) oraz dla technologii grubowarstwowej, co najmniej 10 000 m<sup>2</sup>. ( Feniks GT Sp. z o.o. wykazuje 32.935,42 m<sup>2</sup>). Do spełnienia warunku wiedzy i

31

doświadczenia brakuje Feniks GT Sp. z o.o. jedynie około 30.000,00 m<sup>2</sup>., PDEM.PL sp. z o.o. udostępnia wiedzę i doświadczenia Firmie Feniks GT Sp. z o.o. dla technologii cienkowarstwowej 51.393,29 m<sup>2</sup>. Dalej podał, że (...) Pismem z dnia 23.03.2015 r. od firmy Feniks GT Sp. z o.o. Zamawiający otrzymał prawidłowe oświadczenie o zobowiązaniu do oddania niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, z którego wynika, że większość zamówienia zostanie zrealizowana przez Feniks samodzielnie. Udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi przez PDEM.PL sp. z o.o. ma nastąpić w szczególności poprzez doradztwo techniczne, konsultacje zagadnień technicznych i udzielanie porad z przygotowanie dokumentacji niezbędnej do realizacji robót stanowiących przedmiot zamówienia. Komisja postanowiła uznać dostarczone wyjaśnienia za prawidłowe”. Zauważył, że PDB Kemy Sp. z o.o. spełnia jedynie warunek wiedzy i doświadczenia w zakresie dla technologii grubowarstwowej w ilości 14.083,19 m<sup>2</sup>. Odnosząc się do doświadczenia w technologii cienkowarstwowej całość zostaje udostępniona przez PUH Drogoł Sp. z o.o.

Odnosząc się do oferty wykonawcy Hunter J. Ł. podał, że w dniu 20.03.2015 r. zwrócił się pismem do Firmy Hunter J. Ł. (...) działając na podstawie art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp, zawiadomił o poprawieniu w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz na podstawie art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp oczywistych omyłek rachunkowych, uwzględniających konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek”. Podał również, że kwota w formularzu cenowym została poprawiona na kwotę 3.651.061,28 zł i taką cenę Zamawiający przyjął do wyliczenia punktacji w kryterium cena dla tej oferty, a wykonawca nie

sprzeciwiał się takiej korekcie.

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwolania podlegają uwzględnieniu.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia „Odnowa oznakowania poziomego na drogach krajowych województwa małopolskiego w latach 2015 – 2017” przedmiot zamówienia został podzielony na 5 części i dla każdej z nich Zamawiający ustalił formularze cenowe [wzory 2.2.1 – 2.2.5 zamieszczono w rozdziale 2 tomu I siwz], które zawierały tożsamy rodzaj robót w każdej z części ze zróżnicowanym zakresem ilości (m2) do wykonania. W przypadku części 3 modyfikacją z dnia 3 marca 2015 r. podwyższono zakresy ilościowe. Zamawiane roboty podzielono również na roboty podstawowe oraz roboty cząstkowe. Każda z tych grup zawierała 5 pozycji.

32

Wnoszące odwołanie Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „DROGPOL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poraju [wykonawca Drogpól - sygn. akt: KIO 678/15] złożyło ofertę na część 1 z ceną 3.468.600 zł oraz na część 3 z ceną – 2.485.450,79 zł. Z kolei drugi z wnoszących odwołanie wykonawców - Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Łodzi [wykonawca Kemy - sygn. akt: KIO 679/15] złożył ofertę na część 4 z ceną 2.954.426,30 zł. W tym przypadku wykonawca Kemy w ofercie [punkt 9 formularza], jako podwykonawcę wskazał wykonawcę Drogpól, składającego ofertę w części 1 i w części 3 zamówienia w tym postępowaniu oraz powołał się na zasoby tego podmiotu w formularzu 3.2., przedstawiając także - zgodnie z dyspozycją art. 26 ust.2b ustawy Pzp - zobowiązanie tego podmiotu według formularza 3.5.a do specyfikacji. Z zestawienia cen jednostkowych wynika, że wykonawcy w poz. 1 do 3 robót podstawowych [odpowiednio dla części 1, 3 oraz 4] zaoferowali analogiczną cenę w kwocie 5,40 zł. Z kolei w poz. 4 wykonawca Drogpól [w części 1 i części 3] zaoferował cenę jednostkową 2,50 zł a wykonawca Kemy [w części 4] – cenę 5 zł. W ostatniej 5 pozycji zaoferowano w ofertach obu wykonawców cenę jednostkową w kwocie 10 zł. Z kolei w robotach cząstkowych wykonawcy analogiczną cenę jednostkową zaoferowali w poz. 1 w kwocie 5,40 zł, oraz w pozycji 2 i 5 - odpowiednio 28 zł i 10 zł. Z kolei w poz. 3 wykonawca Drogpól zaoferował cenę jednostkową w kwocie 28 zł, a w poz. 4 – 2,50 zł, natomiast wykonawca Kemy w poz. 3 – cenę 32 zł, a w poz.4 – 5 zł.

Zamawiający w zawiadomieniach z dnia 30 marca 2015 r. w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowo - Handlowego „DROGPOL” spółka z o.o. w części 1 i 3 oraz w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego „KEMY” spółka z o.o. w części 4 - w uzasadnieniu prawnym decyzji wskazał na art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, a z kolei w uzasadnieniu faktycznym tych decyzji stwierdził, że wykonawca Drogpól oraz wykonawca Kemy złożyli oferty, które powodują wykroczenie, „przeciwko zapisom” art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa znk] oraz art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dalej podał, że przesłankami, które wskazują na istnienie porozumienia między wymienionym! wykonawcami jest złożenie ofert zawierających szereg elementów podobnych, a nawet identycznych, zarówno pod względem treści, jak i ich formy. Wskazał ponadto na deklarowane przez wykonawcę Kemy, korzystanie z zasobów wykonawcy Drogpól i jego podwykonawstwo przy realizacji 4 części zamówienia. Powyższe, zdaniem Zamawiającego uzasadnia podejrzenie, że oferta wykonawcy Kemy została złożona tylko w celu obejścia ograniczenia nałożonego na uczestników tego postępowania, zgodnie z którym wykonawca mógł złożyć ofertę na nie więcej niż dwie części zamówienia. W opinii Zamawiającego jest to zмова horyzontalna, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Co do podobieństw ofert

33

stwierdził, że obie oferty zostały złożone w siedzibie Zamawiającego dnia 17 marca 2015 r. o godzinie 10:00 przez tę samą osobę, która na otwarciu ofert podpisała się na liście obecności, jako przedstawiciel wykonawcy Drogpól. Podał również, że obie oferty mają identyczną formę i wygląd. Każda z ofert ma taki sam układ tzn. występujące po sobie oświadczenia i dokumenty są w takiej samej kolejności. Strony oferty zostały ponumerowane

w identyczny sposób, to znaczy numer został umieszczony w prawym dolnym rogu każdej strony. Ponadto koperty zostały opisane i zaadresowane z naklejonym nadrukiem adresata. Koperty są identyczne i zostały obie w jednakowy sposób zaklejony taśmą przezroczystą. Na kopercie oferty „DROGPOL” sp. z o.o. widnieje pieczęć firmowa, a na kopercie oferty „KEMY” sp. z o.o. jest naklejony nadruk firmy „KEMY” sp. z o.o. Ponadto na obu kopertach widnieje ten sam błąd w oznaczeniu, a mianowicie: „Nie otwierać przed 10.03.2015 r. godz. 11:00,” a powinno być: „Nie otwierać przed 10.03.2015r. godz. 11:30”. Ponadto oba Formularze cenowe zostały wypełnione komputerowo i na tych Formularzach na 10 cen jednostkowych 7 pozycji jest identycznych, znacznie odbiegających od innych stawek w innych ofertach. Zdaniem Zamawiającego, uwzględniając zasady logiki oraz doświadczenia życiowego, taka zgodność stawek jednostkowych nie może być przypadkowa i świadczy, że ceny mogły być uzgodnione przez wykonawców. Wskazał także, że wykonawca Kemy, składając ofertę w części 4 samodzielnie nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia, i wykonawca Drogpól zobowiązał się mu udostępnić posiadaną wiedzę i doświadczenie dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz, że wykonawca Drogpól ma być podwykonawcą tej firmy w zakresie robót wymienionych w Formularzu cenowym w poz. 1-5 w ramach Robót podstawowych oraz robót wymienionych w poz. 1 i 2, oraz 4 i 5 w ramach Robót częściowych, czyli praktycznie w całym zakresie. Podkreślił, że wykonawca Drogpól złożył ofertę w części 1 i 3 oraz, że obie firmy złożyły najkorzystniejsze oferty na trzech zadaniach.

Odwolujący [wykonawca Drogpól i wykonawca Kemy] nie kwestionowali sposobu doręczenia ofert, uznając jednocześnie, że wskazane w decyzji o odrzuceniu ich ofert okoliczności nie mogą być uznane za stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, w tym w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Do odwołań załączyli dodatkowo korespondencję – pismo z dnia 2.03.2015 r. skierowane przez wykonawcę Kamy do wykonawcy Drogpól, z zapytaniem, czy ta firma jest zainteresowana podwykonawstwem w zakresie wykonania – w wymaganym zakresie - oznakowania poziomego cienkowarstwowego i grubowarstwowego w części 4 wskazanego powyżej zamówienia. W przypadku akceptacji, firma Kamy poprosiła o złożenie oferty cenowej [zaoferowanie konkurencyjnych cen z uwzględnieniem dotychczasowej współpracy i bardzo dużej

34

---

konkurencji na rynku oznakowania poziomego] dla każdego z asortymentów robót z wyłączeniem robót w zakresie oznakowania chemoutwardzalnego. W odpowiedzi – pismo z dnia 3.03.2015 r. - wykonawca Drogpól potwierdził zainteresowanie podwykonawstwem i przedstawił propozycję cen jednostkowych [1. Odnowa oznakowania poziomego farbą akrylową, odnowa oznakowań grubowarstwowo: 5,13 zł/m<sup>2</sup> (netto); 2. Wykonanie oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej termoplastycznie: 26,60 zł/m<sup>2</sup> (netto); 3. Usuwanie oznakowania poziomego cienkowarstwowego: 4,75 zł/m<sup>2</sup> (netto); 4. Usuwanie oznakowania poziomego grubowarstwowego: 9,50 zł/m<sup>2</sup> (netto).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 14 kwietnia 2015 r. dodatkowo wskazał, że cena w poz. 2 i 3 robót podstawowych znacznie odbiega od stawek za te pozycje w innych ofertach. Stwierdził ponadto, że nie jest dla niego zrozumiałe, dlaczego spółka Kemy na podstawie propozycji cen wykonawcy Drogpól nie przyjęła innej marży. Zwrócił także uwagę, że zapytanie Kemy i podanie cen jednostkowych przez Drogpól było przekazywane pismem [bez dowodu nadania pocztą], a nie mailem lub faksem, co potwierdzałoby dokładną datę przekazania. Podniósł również, [wskazując na różnice pomiędzy ofertami cenowymi poszczególnych wykonawców, przede wszystkim poz. 2 i 3 w ramach robót podstawowych], że wykonawcy z wyjątkiem firmy Drogpól oraz Kemy odczytali prawidłowo zapisy dotyczące odnowy oznakowania poziomego opisane w pkt. 5.7 Odnowa oznakowania poziomego STWiORB tom II SIWZ str. 17”.

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że z uwagi na dyrektywę z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, pozwalającą orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu - pozostawiła bez rozpoznania podnoszony w obydwu odwołaniach zarzut błędnego odczytania przez wykonawcę Drogpól i wykonawcę Kemy wymagań opisanych w pkt. 5.7 Odnowa oznakowania poziomego STWiORB tom II SIWZ str. 17. Wskazane okoliczności

mogą odnosić się hipotetycznie do nowych przesłanek związanych z innymi podstawami odrzucenia, przykładowo takimi jak art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, czy art. 89 ust.1 pkt 4 tej ustawy, co nie jest ujęte w podstawach odrzucenia ofert wykonawców podanych w zawiadomieniach z dnia 30 marca 2015 r. i tym samym nie mogły one być podnoszone w odwołaniach z dnia 3 kwietnia 2015 r.

Rozpoznając zasadniczy zarzut z odwołań – naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust.1 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - dotyczący podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Drogoł w części 1 i 3 oraz wykonawcy Kemy w części 4, Izba stwierdziła, że

35

---

powołane przez Zamawiającego okoliczności w zawiadomieniu z dnia 30 marca 2015 r. nie uzasadniały odrzucenia na tej podstawie ofert wskazanych wykonawców.

Zgodnie ze wskazanym art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp odrzucenie oferty może nastąpić wówczas, gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W zawiadomieniu z 30 marca 2015 r. Zamawiający powołując się na czyn nieuczciwej konkurencji wskazał na art. 3 ust.1 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz na przepis art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pierwszy z przepisów wymaga wykazania, że zarzucany czyn nieuczciwej konkurencji jest działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, a takie działanie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Drugi z kolei - zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na; uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny.

Zdaniem Izby - uwzględniając zasadę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp w myśl której podnoszący zarzut i wywodzący z danej okoliczności skutki prawne zobowiązany jest wskazywać dowody dla stwierdzenia takich faktów - Zamawiający nie wykazał, że złożenie ofert przez wykonawcę Drogoł w części 1 i 3, a przez wykonawcę Kemy w części 4 - stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu powołanych przepisów, a w tym przypadku także niedozwolonego przepisami prawa porozumienia. Izba w szczególności stwierdza, że wykonawca Drogoł i wykonawca Kemy złożyli oferty na inne części zamówienia i Zamawiający nie wykazał, że wysokość cen proponowanych przez wykonawcę Drogoł w części 1 i 3 miała wpływ na rozstrzygnięcie przetargu w ramach części 4 zamówienia. Także nie wykazał, że cena proponowana w części 4 przez wykonawcę Kemy miała wpływ na rozstrzygnięcie w części 1 i 3 tego postępowania. Zamawiający nie udowodnił również, że udostępnienie zasobów zgodnie z art. 26 ust.2b ustawy Pzp przez wykonawcę Drogoł na rzecz wykonawcy Kemy w celu złożenia przez niego oferty, a następnie udział wykonawcy Drogoł w charakterze podwykonawcy przy realizacji prac objętych 4 częściami zamówienia dowodzi działania niezgodnego z prawem, w tym niedopuszczalnego również w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych. Izba zwraca uwagę, że chociażby w świetle art. 83 ust. 3 tej ustawy nie można uznać, że występowanie danego podmiotu w ramach danych części zamówienia wyłącznie jako wykonawca, a w ramach innej części zamówienia wyłącznie jako podwykonawca stanowi naruszenie tego przepisu, czy a' priori prowadzi do jego obejścia. Przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają zakazu występowania przez ten sam podmiot jako podwykonawca w realizacji danej części

36

---

zamówienia przy równoczesnym samodzielnym składaniu ofert lub oferty na inne części zamówienia.

W okolicznościach faktycznych spraw, także podobieństwo złożonych ofert, co do ich opakowania i oznaczenia, nawet omyłkowego, czy sposobu numeracji stron nie można uznać za dowód popełnienia czynu niedozwolonego prawem. Zdaniem Izby również wykonanie usługi doręczenia oferty przez tego samego posłańca, który jest jednocześnie pracownikiem jednego z oferentów, nie stanowi dowodu na zawarcie nielegalnego

porozumienia w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się do podobieństwa w sposobie kalkulacji ceny, w ocenie Izby nie stanowi ono dowodu na dopuszczenie się praktyk ograniczających konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z faktu, że dwaj przedsiębiorcy prowadzą współpracę polegającą na świadczeniu nawzajem usług przy realizacji zamówień nie można wywodzić, że składając oferty w postępowaniu na różne części zamówienia kierowali się wspólnymi uzgodnieniami co do kalkulacji ceny za jaką będą wykonywać usługę. Niewątpliwie na wysokość ceny zaproponowanej przez każdego z wykonawców wpływ miała kalkulacja kosztów uwzględniająca wynagrodzenie podwykonawcy ustalone na podstawie jego oferty. Skoro obaj Odwołujący składali sobie oferty (co jest powszechną praktyką dla pozyskania informacji o wysokości ceny za usługę, poprzedzając ewentualnie dalszą współpracę między przedsiębiorcami), to mieli rozeznanie co wysokości ceny, za jaką jest możliwe wykonanie poszczególnych prac. W sytuacji kiedy obaj przedsiębiorcy nie konkurowali pomiędzy sobą o zamówienie na tą samą część, nie można stwierdzić istnienia związku przyczynowego pomiędzy prowadzonymi uzgodnieniami (z ewentualnym podwykonawcą części prac), a ograniczeniem dostępu do zamówienia innym podmiotom. Każdy z Odwołujących ubiegał się o zamówienie składając oferty konkurencyjne wobec innych uczestników obrotu, dokując własnej wyceny, a samo podobieństwo metodologii kalkulacji pozostawało bez znaczenia dla stwierdzenia, że złożenie oferty nie stanowiło działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, jak również nie prowadziło do zakłócenia konkurencji na rynku właściwym.

Odnosząc się do argumentacji przystępującego, iż o niedozwolonej współpracy świadczyć miało wspólne złożenie oferty, Izba rozważania uczestnika postępowania oceniła, jako nieprzekonywujące. Można jedynie przyjąć, że podmioty gospodarcze pozostające ze sobą w relacjach biznesowych, jednak niepowiązane ani kapitałowo, ani personalnie, służyły sobie wsparciem logistycznym w doręczeniu oferty na czas (z uwagi na różne miejsca siedziby, oddalone od siedziby Zamawiającego). Z wyliczeń dotyczących czasu potrzebnego

37

---

na odbiór przesyłki i jej dostarczenie do siedziby Zamawiającego nie jest możliwe ustalenie, iż obie oferty zostały przygotowane przez tą samą osobę. Izba nie stwierdziła na podstawie porównania obu ofert, aby były one identyczne, tak co do kolejności dokumentów i ich wyglądu, czy też odręcznej numeracji stron, co podnosił Zamawiający jako okoliczność dowodząc zasadności przyjęcia dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji.

W konkluzji Izba stwierdza, że podnoszony w odwołaniach zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, a także zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp w tej części, która dotyczy oceny ofert odnośnie wskazanej w ofercie wykonawcy Kemy, jako podwykonawca firmy Drogoł zasługuje na uwzględnienie. Tym samym zasadny jest również zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp.

Nie zasługuje natomiast na uwzględnienie, podnoszony w odwołaniu wykonawcy Drogoł [sygn. akt: KIO 678/15] zarzut skierowany do oferty wykonawcy PDEM.PL sp. z o.o., składającego ofertę w części 1 i 4 zamówienia oraz wykonawcy Feniks GT, składającego ofertę w części 2 zamówienia. Przede wszystkim odrzucenie oferty wykonawcy Drogoł nie było spowodowane tylko jego uczestnictwem w realizacji części 4 zamówienia w charakterze podwykonawcy, ale przede wszystkim podstawa odrzucenia związana była z uzgodnieniem - według ocen Zamawiającego - oferowanych cen z wykonawcą Kemy oraz z uwagi na podobieństwo treści ofert tych wykonawców, oraz uwagi na osobę składającą oferty obu wykonawców. Także nie zasługuje na uwzględnienie zarzut skierowany do oferty firmy Hunter J. Ł. w zakresie części 3 zamówienia. Do tej oferty - zgodnie z powiadomieniem z dnia 20 marca 2015 r. o poprawieniu omyłek - zastosowano procedurę z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Brak zaznaczenia podpisu na 1 stronie formularza ma charakter techniczny, a z całości okoliczności sprawy wynika, że skreśleń dokonywał Zamawiający. W przypadku oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum GZD Sp. z o.o. Sp. k. i GDT WEKTOR Sp. z o.o. zarzut braku zweryfikowania poprawności udzielenia pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum przez panią K. G. w imieniu GZD Sp. z o.o. Sp. k., nie został poparty żadną argumentacją. Z kolei z przedłożonych w ofercie odpisów



KRS wynika, że pani G., jest członkiem zarządu sp. z o.o., podobnie jak pan M. G., [który z kolei na dokumentach załączonych posługuje się tytułem Prezesa zarządu], a to oznacza, że pełnomocnictwo dla pani G. nie było wymagane.

Reasumując Izba stwierdza, że w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp, albowiem podnoszone w tym przypadku okoliczności nie potwierdziły, że Zamawiający nie stosował wobec wykonawców tożsamych kryteriów oceny ofert.

38

---

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień 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).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

39