

WYROK
z dnia 8 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 5 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **BKW U. K. Sp. z o.o. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Z. Z. M. ul. (...)**

przy udziale wykonawcy **K. T. Z. P., U. M., U. L. R. S. ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BKW U. K. Sp. z o.o. (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BKW U. K. Sp. z o.o. (...)** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1. Zasądza od **BKW U. K. Sp. z o.o. (...)** na rzecz **Z. Z. M. w W.** kwotę **4 385 zł 00 gr** (słownie cztery tysiące trzysta osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu reprezentacji przed KIO (3 600 zł), zwrotu kosztów przejazdu (417 zł) i kosztów noclegu (368 zł).

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 773/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina W. - Z. Z. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dwa kolejne lata począwszy od 1 lipca 2017 roku w zakresie konserwacji i pielęgnacji lasów komunalnych na terenie W. Jego celem jest wyłonienie wykonawców, którzy będą świadczyli szeroko rozumiane usługi pielęgnacji terenów lasów na terenie W., a szczegółowy wykaz oczekiwanych czynności został zawarty w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwaną SIWZ), którego przedmiotem jest: Konserwacja lasów komunalnych W., znak sprawy: ZP/PN/4/2017/DZZ. Nr ogłoszenia, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2017/S 022-037456.

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane przez Zamawiającego do Odwołującej e-mailem w dniu 10 kwietnia 2017 r.

Odwołujący: BKW U. K. sp. z o.o. z siedzibą w B. poczta P. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. S. prowadzącego działalność pod firmą K. T. Z., P., U. M., U. L. R. S. z siedzibą we W. przy ul. (...)
2. Zaniechanie wyboru oferty odwołującego BKW U. K. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla zadania 4 spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołująca zarzuca Zamawiającemu, iż dokonując czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 4 naruszył w sposób rażący przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, w szczególności:

- 1) art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy pzp w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę R. S. jako oferty której treść jest niezgodna z ustawą i ma na celu obejście przepisów prawa oraz warunków oraz wymagań wynikających z treści siwz ,
- 2) art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez R. S., jako oferty której treść nie odpowiada treści siwz,
- 3) art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez R. S., której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

4) art. 91 ust. 1 pzp poprzez: a) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej dla zadania 4 oferty wykonawcy R. S. prowadzącego działalność pod firmą K. T. Z., P., U. M., U. L. R. S. z siedzibą we W., która powinna zostać odrzucona i nie powinna podlegać ocenie, tymczasem została oceniona w sposób niezgodny z przepisami prawa i treścią siwz, b) zaniechanie wyboru oferty Odwołującej jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu dla zadania nr 4 w postępowaniu.

Odwołująca wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty wykonawcy R. S. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w części obejmującej zadanie numer 4,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy R. S. z powodu: a. złożenia oferty której treść jest niezgodna z ustawą pzp i ma na celu obejście przepisów prawa oraz wymagań wskazanych w siwz, b. złożenia oferty której treść nie odpowiada treści siwz, c. złożenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania ofert dla zadania 4 w sposób zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych oraz wyboru oferty Odwołującej się BKW U. K. Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej dla zadania 4 spośród ofert nie podlegających odrzuceniu

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z częścią V pkt 1 i 2 SIWZ każdy wykonawca mógł złożyć tylko jedną ofertę maksymalnie na dwa zadania. Zgodnie z częścią V pkt 3 SIWZ Zamawiający przewidział, że złożenie oferty na więcej niż dwa zadania spowoduje odrzucenie oferty złożonej przez danego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli zachodzi którakolwiek z przesłanek wskazanych w art. 89 ustawy pzp. Wykonawca R. S. złożył swoją ofertę na dwa zadania tj. na zadanie 2 oraz na zadanie 4. Jednocześnie użył swojej wiedzy, doświadczenia oraz zasobów osobowych i potencjału technicznego wykonawcy J. B., prowadzącej działalność pod firmą A. J. B. z siedzibą we W. przy ul.(...), dla której zobowiązał się wykonać część zadania numer 3 jako podwykonawca. Osoby, które miały realizować zadanie 3 na rzecz J. B. jako pracownicy podwykonawcy R. S. to te same osoby, które miały realizować zadania numer 2 i 4 jako pracownicy wykonawcy R. S.

Dowód: 1) oferta wykonawcy R. S. - w aktach przedmiotowego postępowania

2) oferta wykonawcy J. B. - w aktach postępowania

Wykonawca J. B. rozpoczęła prowadzenie działalności pod firmą A. J. B. w dniu 17 stycznia 2017 r., a zatem po zakończeniu sezonu na wykonywanie prac z zakresu zagospodarowania terenów zieleni i architektury krajobrazu. Na dzień składania ofert nie była w stanie wykazać się żadną własną wiedzą i doświadczeniem z zakresu prac, będących przedmiotem postępowania w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia. Wykonawca ten nie posiada żadnego własnego sprzętu, stanowiącego wymagany przez Zamawiającego potencjał techniczny, jak również na dzień wystawienia zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami wpłacanymi do ZUS nie zatrudniał żadnych pracowników - na zaświadczeniu zostały wykreślone pozycje, związane z odprowadzaniem składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Jako pracowników wymaganych do realizacji zadania, a wskazanych w pkt. VII ust.3 lit. d i e wskazał pracowników wykonawcy R. S. - tych samych, którzy dla wykazania zdolności zawodowych zostali wskazani w ofercie wykonawcy R. S. dla zadania numer 2 i 4.

Dowód: 1) oferta wykonawcy J. B. 2) oferta wykonawcy R. S.

Wykazując spełnianie wymogów w zakresie wiedzy, doświadczenia oraz potencjału technicznego dla realizacji zadania numer 3 J. B. w całości oparła się o referencje i potencjał techniczny oraz podwykonawstwo swojego ojca R. S., który złożył w przedmiotowym postępowaniu oferty na realizację zadań numer 2 i numer 4 tego samego postępowania. Poleganie na zasobach, wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu jest jak najbardziej dopuszczalne prawnie, pod warunkiem, że nie ma na celu obejścia przepisów prawa. Odwołująca podnosi, że skoro Zamawiający w prowadzonym postępowaniu przetargowym przewidział, że jeden wykonawca - pomimo posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia - może złożyć ofertę maksymalnie na dwa zadania spośród czterech, oznacza to, że celem Zamawiającego było przeprowadzenie przetargu w warunkach prawdziwej (a nie pozornej) konkurencji na rynku właściwym, tj. wybór co najmniej dwóch różnych firm, które będą ze sobą konkurować w uczciwy sposób. Ograniczenie możliwości złożenia ofert maksymalnie na dwie części zadania było celowe i dotyczy wszystkich wykonawców. Wykonawca, składając ofertę na dwie części zadania, a więc na maksymalną dopuszczalną ilość, nie może podjąć się równocześnie roli podwykonawcy na trzeciej części zadania u innego wykonawcy, gdyż jest to działanie mające wprost na celu obejście przepisów prawa zamówień publicznych oraz siwz. Wystąpienie w roli wykonawcy na maksymalną ilość zadań przez wykonawcę K. T. Z., P., U. M., U. L. R. S. z jednoczesnym udzieleniem przez tego samego wykonawcę zasobów firmie A. J. B., który to wykonawca złożył ofertę na inną część zadania (część trzecią, w której wykonawca R. S. nie składał oferty) ma na celu obejście art. 82 ust. 1 pkt. 1 ustawy pzp, z którego wynika, iż Wykonawca może dożyć jedną ofertę. Takie

rozwiązanie jest także niezgodne z treścią SIWZ, zgodnie z którą jeden wykonawca może wykonywać

maksymalnie dwa (a nie trzy) zadania. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą priorytetową jest zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zasada ta dotyczy wszystkich uczestników postępowania, zarówno Zamawiającego, jak i wykonawców. W przypadku, w którym wykonawca R. S. składa oferty na drugie i czwarte zadanie jako wykonawca, a jednocześnie udziela swojej wiedzy i doświadczenia oraz zasobów podmiotowi składającemu ofertę na trzecie zadanie jako podwykonawca, mamy do czynienia ze złożeniem przez tego wykonawcę więcej niż jednej oferty - co w oczywisty sposób jest niedopuszczalne. Zezwolenie na tego typu działania oznaczałoby - de facto - zezwolenie na złożenie przez niektórych wykonawców więcej niż jednej oferty i naruszałoby art. 82 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oraz negatywnie wpływałoby na uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż „im kto złożyłby więcej ofert, tym większą miałby szansę na uzyskanie zamówienia” (tak w wyroku KIO sygn. akt KIO 566/15 Zgodnie zaś z art. 58 § 1 KC: „Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.”

Jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert jest podjęcie działań zmierzających do ustalenia, czy złożenie ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli dokona takiego ustalenia, ofertę powinien odrzucić. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym za czyn nieuczciwej konkurencji powinno być uznawane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie (tak m.in. wyrok KIO z dnia 16.01.2013 r. sygn. akt KIO 2865/12). Przenosząc powyższe rozważania na stan niniejszej sprawy należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym doszło do złożenia ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, w tym do zмовы przetargowej pomiędzy podmiotami biorącymi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na takim złożeniu ofert na poszczególne części zamówienia, aby wykonawcy R. S. i J. B., działający na tym samym lokalnym rynku usług (rynku właściwym), ze sobą nie konkurowali - co zupełnie umknęło uwadze Zamawiającego. Skoro celem Zamawiającego było, aby jeden wykonawca mógł świadczyć usługi maksymalnie na dwóch częściach zadania, co miało zapewnić z jednej strony konkurencyjność wykonawców i brak monopolu na świadczenie usług, a z

drugiej strony należyte wykonanie usług na terenie całej Gminy W., w tym samym czasie, Zamawiający powinien odrzucić oferty wykonawców, którzy w swoich ofertach podpierali się wiedzą i doświadczeniem innych wykonawców, którzy złożyli swoje oferty na inne części przetargowe. W przypadku bowiem złożenia oferty przez wykonawcę i jednocześnie udostępnienia innemu wykonawcy w tym samym postępowaniu, ale na inne zadanie, swoich zasobów wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia jako podwykonawca, sytuacja taka powoduje naruszenie art. 58 Kodeksu cywilnego (gdyż mamy do czynienia z czynnością sprzeczną z ustawą i zmierzającą do obejścia przepisów ustawy), art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (poprzez uzgadnianie przez wykonawców składających oferty do przetargu zakresu prowadzonych prac w sposób naruszający uczciwą konkurencję poprzez podział rynku pomiędzy siebie w taki sposób, aby współpracujące przedsiębiorstwa, które nawzajem użyczają sobie wiedzy, doświadczenia i niezbędnych zasobów, nie konkurowały ze sobą). „Za naruszającą zasadę uczciwej konkurencji należy uznać sytuację, w której wykonawcy składają sobie nawzajem oferty na wykonanie części zamówienia, użyczają sobie w tym zakresie zasobów (bez których nie mogliby złożyć ofert) i to w sytuacji kiedy wykonawca składający ofertę podwykonawstwa sam składa ofertę na całość tego zamówienia, równocześnie wpisując do jej treści, treść z oferty zaoferowanej innemu podmiotowi. W warunkach konkurencji rzeczywistej, każdy podmiot zgłaszający swoją ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia działa we własnym interesie, a nie w interesie pozostałych uczestników, którzy winni stanowić dla niego konkurencję” (wyrok KIO z 3 lutego 2015 r. KIO 93/15). W świetle powyższego, oceniane na podstawie dokumentacji przetargowej jak również doświadczenia życiowego okoliczności faktyczne, jakie miały miejsce w niniejszym postępowaniu, wskazują w sposób nie budzący wątpliwości, że wykonawcy J. B. oraz R. S. działali w porozumieniu, stwarzając tylko pozory uczciwej konkurencji. Dokumentacja postępowania wskazuje bowiem na fakt istnienia związku pomiędzy tymi podmiotami i ich bliskiej współpracy. Użyczenie zasobów i podwykonawstwo wiąże się bowiem z istnieniem stosunku zaufania pomiędzy podmiotami, pozwalającego na zawarcie odpowiednich porozumień w tym zakresie. Działania tych wykonawców doprowadziły bowiem do stworzenia pozorności realizacji tylko dwóch części przez wykonawcę R. S., gdy w rzeczywistości - dzięki wiedzy, doświadczeniu i zasobom tego wykonawcy - zostały złożone oferty na 3 różne zadania w tym postępowaniu w sposób, który powodował, że oferty te nie konkurowały ze sobą, lecz stanowiły „podział rynku” pomiędzy wykonawców posługujących się tą samą wiedzą, doświadczeniem i zasobami. Przetarg o zamówienie publiczne powinien stwarzać warunki jasnej i rzeczywistej konkurencji i nie dopuszczać do składania ofert pozornie ze sobą konkurujących wykonawców, którzy

faktycznie pozostają w jednej grupie kapitałowej. Każde porozumienie w tym zakresie wypacza zasady uczciwej konkurencji. Złożenie ofert przez przedsiębiorców J. B. i R. S. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż miało na celu obejście zapisu siwz i umożliwienie przedsiębiorcom pozostającym w tej samej grupie kapitałowej pozyskanie większej liczby zamówień częściowych niż dopuszczają to warunki przetargu, a także wykorzystanie powiązań implikujących zachwianie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o uzyskanie zamówień w przedmiotowym postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający powinien odrzucić oferty wykonawców, którzy w swoich ofertach podpierali się wiedzą i doświadczeniem innych wykonawców, którzy złożyli swoje oferty na inne części zadania, objętego przetargiem. W przypadku bowiem złożenia oferty przez wykonawcę na maksymalną dopuszczalną liczbę zadań i jednocześnie udostępnienia innemu wykonawcy w tym samym postępowaniu, ale na inne zadanie, swoich zasobów wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia jako podwykonawca, sytuacja taka powoduje naruszenie art. 58 Kodeksu cywilnego (gdyż mamy do czynienia z czynnością sprzeczną z ustawą i zmierzającą do obejścia przepisów prawa) oraz naruszenie przepisów ustawy pzp poprzez złożenie przez jednego wykonawcę więcej niż jednej oferty, a nadto naruszenie postanowień SIWZ, gdyż jeden wykonawca będzie realizował więcej niż dopuszczalna maksymalna ilość zadań. Na marginesie Odwołująca zwraca jeszcze uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu dla zadania 3 wybrano jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który nie posiada żadnych własnych zasobów osobowych i technicznych, zaś podwykonawca deklaruje wykonanie użyzonymi zasobami tylko 40% zadania, wobec czego wykonawca wybrany dla zadania numer trzy w ogóle nie wykazał, że jest w stanie to zadanie zrealizować w 100%. W okolicznościach niniejszego postępowania Odwołująca się ogranicza jednak swoje zarzuty wyłącznie do oferty złożonej przez wykonawcę R. S. dla zadania 4, albowiem w zakresie zadania 2 i 3 nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia - gdyż ofert na te zadania nie składała.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Oświadczył, że wszelkie dokonane przez niego czynności w toku postępowania dla zadania I, II, III oraz IV, w tym badanie i oceny ofert, zostały przeprowadzone zgodnie z postanowieniami ustawy pzp, w oparciu o zapisy siwz, a także z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, zgodnie z art. 7 ustawy. Nie naruszył także przepisów kodeksu cywilnego i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz innych wskazanych w odwołaniu.

Zdaniem zamawiającego wykonawca R. S., którego ofertę wybrano jako najkorzystniejsza w zadaniu 4 – nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek przesłanki z art. 89 ustawy pzp.

Zamawiający zauważa, że odwołujący próbuje wykazać, że oferta ww wykonawcy złożona na zadanie 4, na które startuje również odwołujący, powinna zostać odrzucona z uwagi na to, iż R. S. udostępnił swoje zasoby firmie A. J. B.

Zamawiający stwierdza, że czynność udostępnienia zasobów podmiotom trzecim jest prawnie dopuszczalna na podstawie art. 22a ustawy pzp bez dodatkowych prawnych ograniczeń.

Zamawiający wskazuje, iż nie ma podstaw faktycznych i prawnych do podjęcia czynności żądany przez odwołującego tj. odrzucenia oferty wybranej dla zadania 4 oraz oferty J. B. złożonej na zadanie 3 wobec niezaimplementowania przesłanek z art. 89 ustawy pzp.

Zauważa także, że odwołujący nie ma interesu prawnego w udzieleniu zamówienia na zadanie 3, tym samym nie powinien co do niego zgłaszać żadnych zastrzeżeń jak i żądań.

W świetle przedstawionej argumentacji zamawiający neguje twierdzenie odwołania, że wykonawca R. S. złożył więcej niż jedną ofertę, gdy w rzeczywistości złożył on jedną ofertę na dwa dopuszczalne zadania przetargowe, w zgodzie z rozdziałem V siwz i art. 82 ust. 1 ustawy pzp.

Nieuzasadnione jest w ocenie zamawiającego twierdzenie odwołującego, jakoby wykonawcy R. S. i J. B. dokonali, składając oferty na różne zadania, zmyślnego omijania przepisów prawa i warunków siwz, a także po to, aby ze sobą nie konkurować.

Zauważa, że odwołujący nie wykazał, iż poprzez złożenie ofert na różne zadania przez dwóch różnych, nie powiązanych formalnie wykonawców – doszło do złożenia ofert na więcej niż dwa dopuszczalne zadania z naruszeniem art. 82 ust. 1 oraz art. 58 kc. Zamawiający ponownie stwierdza, że nie doszło ani do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa ani do omijania przepisów.

„Odwołujący chyba nie zauważył, iż wyrok KIO 93/15, na który się sam powołuje, mówi o przypadku, w którym mamy do czynienia z naruszeniem uczciwej konkurencji, ale o ile wykonawcy składają sobie nawzajem oferty na wykonanie części zamówienia, używając sobie nawzajem w tym zakresie zasobów (bez których nie mogliby złożyć swoich ofert) i to w sytuacji, gdy wykonawca składający ofertę podwykonawstwa sam składa ofertę na całość tego zamówienia, równocześnie wpisując do jej treści, treść z oferty zaoferowanej innemu podmiotowi – a ten przypadek absolutnie nie zachodzi w niniejszej sprawie.”

Wykonawca R. S. złożył samodzielnie ofertę w zw. z czym nie potrzebuje od kogokolwiek używać zasobów niezbędnych do wykazania spełniania warunków i jednocześnie realizacji przedmiotu zamówienia.

Także sam odwołujący wskazuje, co widać w dokumentach ofertowych, iż wykonawca A. J. B. wskazuje jedynie na skorzystanie z 40% podwykonawstwa, co oznacza iż w pozostałej części zamierza wykonać zadanie nr 3 samodzielnie i co jest dopuszczalne prawnie. Wykonawca ten potwierdził spełnianie warunków udziału, w tym także zobowiązanie R. S. do użyczenia zasobów i uczestniczenia w wykonaniu zadania nr 3.

Natomiast wykonawca R. S. nie wykazuje zasobów innego podmiotu i oświadczył, że wykona zadanie samodzielnie podobnie jak wcześniejsze własne realizacje.

Zakres przedmiotowy zadania 3, na które startuje J. B. jest zakresem niewielkim w stosunku do zakresów zadań 2 i 4. Dlatego wykonawca jest w stanie z użyciem 40% podwykonawstwa wykonać należycie przedmiot zamówienia. Zamawiający uznał owe 40% podwykonawstwa za wystarczające i stwierdził że wykonawca A. J. B. jest w stanie samodzielnie wykonać pozostały zakres przedmiotu zamówienia. To, że jest to firma nowa, bez dotychczasowego doświadczenia, nie oznacza automatycznie, że nie wykona zadania, na które złożył ofertę, albo też, że wykona je z nienależytą starannością.

Zamawiający przypomina o możliwości skorzystania z instytucji użyczenia zasobów oraz dopuszczeniu podwykonawstwa.

Zamawiający podkreśla brak dowodu, iż z mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, w tym nie skonkretyzowanie przez odwołującego zarzutu i brak wskazania naruszenia konkretnego przepisu ustawy znku. Wskazuje na ciężar dowodu obciążający odwołującego przywołujące orzecznictwo KIO.

Stwierdza, podobnie jak przystępujący, że nie zachodziła nawet sytuacja stwarzająca zagrożenie naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazuje nadto, że wykonawca A. J. B. złożyła ofertę na zupełnie inne zadanie tj. nr 3 i jest odrębnym podmiotem gospodarczym działającym na własny rachunek i na własne ryzyko nie związanym z innym wykonawcą formalnie, w tym kapitałowo. Z tego wynika klarowność złożonych przez wykonawców ofert na różne zadania.

Ponadto odwołujący w sposób nieuprawniony stawia zarzuty wobec wyboru oferty J. B. wybranej w zadaniu 3 w sytuacji, gdy odwołujący nie składał oferty na to zadanie i nie ma interesu prawnego w tym zamówieniu. To samo analogicznie dotyczy zadania 2, na które odwołujący również nie składał oferty, a wybrana została oferta wykonawcy R. S.

Zamawiający również za nieuzasadniony faktycznie i prawnie uznaje postawiony zarzut naruszenia uczciwej konkurencji przez wykonawcę R. S. przez udostępnienie firmie A. J. B.

zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, zasobów osobowych oraz potencjału technicznego.

Stwierdza, że przepisy dopuszczają możliwość udostępniania zasobów bez ograniczeń, a w przedmiotowej sprawie złożenie oferty na zadanie 3 przez podmiot, który otrzymał zasoby nie naruszyło równowagi na rynku i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Wskazał na orzecznictwo KIO 1083/15 – iż nie ma znamion czynu nieuczciwej konkurencji nawet w sytuacji, gdy podmioty powiązane kapitałowo składają oferty, ale na różne zadania. Podobnie KIO 260 i 261/15. Czynem takim mogłaby być sytuacja złożenia oferty w tym samym zadaniu przez wykonawcę udostępniającego zasoby i wykonawcę, który na tych zasobach polega. Mogłoby to spowodować zaburzenie konkurencji i podjęcie próby manipulowania wynikiem przetargu. (KIO 93/15 i 94/15).

Zamawiający zauważa, że również odwołujący składając ofertę na zadania 1 i 4 nie posiadał żadnego własnego doświadczenia, ale zgodnie z uprawnieniem ustawowym powoływał się w większości na zasoby techniczne i ludzkie podmiotów trzecich.

Zamawiający podtrzymuje stwierdzenie, że sam fakt współpracy związanej z użyczeniem zasobów nie przesądza automatycznie o zмовie przetargowej i dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z dotyczącą tych kwestii ustawą.

Podsumowując zamawiający ocenia, że odwołujący nie wyjaśnił i nie przedstawił dowodów uzasadniających w aspekcie faktycznym i prawnym naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa wskazanych w odwołaniu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego w części obejmującej zadanie numer 4.

Uczestnik zauważa, że jakkolwiek w odwołaniu podniesiono kilka zarzutów, to jednak ich istota jest co do zasady tożsama i sprowadza się do próby wykazania, że oferta złożona przez uczestnika na zadanie 4 powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na zobowiązanie uczestnika postępowania do udostępnienia innemu wykonawcy, składającemu ofertę na zadanie numer 3 w ramach przedmiotowego przetargu, tj. J. B. działającej pod firmą A. J. B. z siedzibą we W., zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz zasobów osobowych oraz potencjału technicznego na okres wykonywania zamówienia. Z okoliczności tej, jak stwierdził przystępujący, odwołujący bezpodstawnie wywodzi rzekome naruszenie powoływanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp, kc, uznk, a także treści siwz. Takie ujęcie zarzutów implikuje więc zasadność odniesienia się do ich treści w sposób zbiorczy.

Uczestnik zauważa, że złożył ofertę na zadanie 2 i 4, a J. B. pod firmą A., złożyła ofertę na zadanie numer 3. Tym samym nie ulega wątpliwości, że wskazani wykonawcy złożyli oferty

na różne zadania (części) przedmiotu zamówienia w ramach przetargu i nie zaistniał przypadek, w którym oferty obu wykonawców spotkały się w jednej części.

Z tej przyczyny zarzuty uznał za chybione, w szczególności co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy pzp. Z tych przyczyn również nie można dopatrzeć się znamion czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu regulacji uznk w złożeniu oferty na zadanie 4 przez uczestnika. Przypomniał, że złożył, zgodnie z siwz ofertę na dwie części. Jako uczestnik postępowania zobowiązując się do udostępnienia innemu wykonawcy określonych zasobów na okres wykonywania zamówienia, złożył wymagane siwz dokumenty, w tym pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, a także dokument JEDZ. Oferta wybrana przez zamawiającego dla zadania nr 4 była najkorzystniejsza w rozumieniu art. 91 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z treścią siwz. Niezasadna jest argumentacja odwołującego, iż uczestnik – przystępujący miał de facto złożyć trzy oferty w ramach przetargu. Przystępujący przypomina, że jego zobowiązanie do udostępnienia zasobów innemu podmiotowi i to składającemu ofertę na inne zadanie, odpowiada zarówno przepisom ustawy pzp, jak również treści siwz.

Odwołujący kieruje zarzuty względem wyboru oferty dla zadania 3, w odniesieniu do którego nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia. Podobnie w odniesieniu do zadania nr 2, na które również oferty nie składał. Sam odwołujący potwierdził, że nie posiada interesu w zakresie zadania 2 i 3, gdyż ofert na te zadania nie składał./str. 7 odwołania/.

Przystępujący zauważa dopuszczalność występowania wykonawcy w roli podwykonawcy w ofertach składanych przez innych wykonawców w postępowaniu.

Zarzuca odwołującemu brak konkretyzacji zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, który został sformułowany w sposób ogólnikowy, blankietowy. Powołując art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp odwołujący nie wskazał, który spośród deliktów nieuczciwej konkurencji, unormowanych w art. 5-17 uznk, ewentualnie klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 uznk, stanowić ma zachowanie uczestnika, w szczególności brak jest dowodów na poparcie zarzutu.

Wskazuje także na niekonsekwencję w twierdzeniach odwołującego, który wskazuje że wykonawca A. J. B. w całości oparła się o referencje i potencjał techniczny oraz podwykonawstwo swojego ojca R. S., który złożył oferty na zadania 2 i 4, a z drugiej strony wskazuje, że podwykonawca deklaruje wykonanie użyzonymi zasobami tylko 40% zadania, wobec czego wykonawca zadania numer 3 w ogóle nie wykazał, że jest w stanie to zadanie zrealizować w 100%.

Przystępujący zauważa nawiązując do art. 7 ust. 1 ustawy pzp, że powiązania kapitałowe, organizacyjne lub osobowe pomiędzy wykonawcami nie stanowią bezwzględnej przesłanki wykluczającej ich udział z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Bezwzględne

wykluczenie wykonawcy powiązanego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego godziłoby bowiem w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zamówienia publicznego (M. S., Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji, Warszawa 2015, s. 102-103).

Podkreśla, że każdy z wykonawców tj. zarówno uczestnik postępowania, jak i wykonawca A. J. B. to odrębne podmioty gospodarcze. Wskazuje na wyrok KIO 280/16, 281/16, 295/16, gdzie stwierdzono, że „sam fakt istnienia określonych powiązań nie świadczy jeszcze o istnieniu pomiędzy danymi wykonawcami „zmowy przetargowej”, której celem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku. Okoliczność tę należy wykazać. To na odwołującym – zgodnie z art. 6 kc – spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi skutki prawne.”

Tymczasem odwołujący nie przedstawił dowodów na istnienie rzekomego porozumienia pomiędzy wykonawcami, polegającego na podziale rynku celem wyeliminowania konkurencji, ograniczając się wyłącznie do przywoływania treści dokumentów znajdujących się w aktach przetargowych i wyprowadzania dowolnych wniosków.

Przystępujący podkreśla, że obydwie podmioty złożyły oferty na różne zadania w ramach tego samego przetargu, co świadczy o niezależności oraz braku koordynacji wzajemnych zachowań.

Biorąc pod uwagę, że złożone oferty dotyczyły różnych zadań, nie mogły one ze sobą konkurować. Nieprawdziwe jest twierdzenie odwołującego o trzech ofertach złożonych przez przystępującego. Sam fakt niezadowolenia odwołującego z powodu braku wyboru jego oferty, zresztą mniej korzystnej aniżeli prawidłowa i zgodna z prawem oferta uczestnika postępowania, nie może jeszcze stanowić asumptu do powoływania się na rzekome naruszenia przepisów prawa przez zamawiającego, co nie miało w sprawie miejsca.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie z zawartą w nim argumentacją. Przypomniał postanowienie SIWZ co do podziału zamówienia na 4 części z prawem do złożenia przez wykonawcę oferty na maksymalnie 2 części. Zauważył, że Przystępujący taką ofertę dotyczącą 2 części (2 i 4) złożył. Występuje także jako podwykonawca na 3 część zamówienia, na którą ofertę złożył inny wykonawca, jednakże w ocenie Odwołującego pozostający z Przystępującym w zmwie rynkowej, horyzontalnej. Niezależnie od faktu powiązań rodzinnych tych wykonawców zauważył, że zarówno treść jak i forma ich ofert są identyczne, co potwierdza zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji. W szczególności podkreślił, że formularz cenowy

oraz załącznik cenowy (załącznik 3 oraz załącznik 8.1 i 10) są identyczne w obydwu ofertach. Podkreślił, że z treści dokumentów ofertowych wynika, iż Przystępujący w rzeczywistości będzie realizował zadania w 3 częściach. Podkreślił własne doświadczenie i staż w wykonywaniu podobnych usług na rynku. Zauważył, że nie tylko dane do kosztorysowania w zakresie sprzętu w ofertach są identyczne lecz także inne z elementów cenotwórczych w tym materiałów i narzutów. Zauważył przy tym, że nieodpłatne udostępnianie sprzętu jest bardzo wątpliwą praktyką biznesową. Stwierdził, że przedstawiona w odwołaniu metoda działania Przystępującego prawdopodobnie jest powtarzana w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z argumentacją zawartą w złożonej odpowiedzi. Zauważył, że w SIWZ nie zastrzeżono obowiązku wykonania zamówienia bez udziału podwykonawców. Przypomniał o ustawowym prawie do korzystania z zasobów udostępnianych przez podmioty trzecie. Zauważył, że Przystępujący dysponuje samodzielnie wymaganym potencjałem w zakresie szerszym niż niezbędny i z tego wywodzi o realnej możliwości udostępnienia zasobów przez Przystępującego podmiotowi trzeciemu, którego oferta została wybrana w zadaniu trzecim. Zauważył przy tym, iż zadanie to ma znacznie mniejszy zakres rzeczowy wykonania, a Odwołujący, który nie składał tu oferty nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu czynności Zamawiającego i wyniku dla tej części. Stwierdził przy tym, iż również Odwołujący opiera się na potencjale udostępnianym przez podmioty trzecie. Zauważa, że wykonawca A. nie opiera się wyłącznie na zasobach udostępnianych i wskazuje na osobę właściciela wymienioną w wykazie osób mających realizować zamówienie (załącznik 8.1). Stwierdził ponawiając argumentację zawartą w piśmie, iż Odwołujący nie udowodnił popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. Powołane w odwołaniu orzecznictwo Izby ocenia jako nieadekwatne i zapadłe w odmiennych stanach faktycznych. Odnośnie zarzutów co do identyczności treści 2 ofert stwierdził, że załącznik nr 3 w kwestionowanych ofertach zawiera dane wyjściowe do kosztorysowania, które z racji udostępnienia zasobów są takie same jeśli idzie o wycenę pracy sprzętu zważywszy, iż jest to sprzęt w jednym wypadku własny, w drugim udostępniony przez tego samego właściciela. Stwierdził, iż kosztorysy ofertowe przedstawione w załączniku 4 nie są identyczne i mają różnice w szeregu miejscach cen jednostkowych. Podkreślił prawo do składania ofert przez nowe podmioty na rynku na zasadzie równości wykonawców. Wniósł o zasądzenie kosztów postępowania. Złożył fakturę VAT na kwotę 3 600 zł z tytułu reprezentacji przed KIO, zwrotu kosztów przejazdu - 417 zł i kosztów noclegu - 368 zł.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał argumentację przedstawioną w zgłoszeniu przystąpienia. Przypomniał w szczególności, iż nie zostały udowodnione żadne z podnoszonych w odwołaniu zarzutów, a także fakt braku interesu po stronie Odwołującego w kwestionowaniu czynności Zamawiającego w odniesieniu do zadania nr 3, na które Odwołujący nie składał oferty. Wniósł o zasądzenie na jego rzecz poniesionych kosztów postępowania w wysokości opisanej w złożonych fakturach: z tytułu sporządzenia zgłoszenia przystąpienia - 4 920 zł, zastępstwa procesowego na rozprawie i posiedzeniu - 1 845 zł i z tytułu kosztów przejazdu - 59 zł. Złożył trzy faktury VAT.

Zauważył dodatkowo, że podwykonawstwo i udostępnianie zasobów nie są czynnościami ograniczającymi dostęp do zamówienia i co do zasady mogą zwiększać konkurencyjność.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych zamawiającemu przez wykonawców na poszczególne części zamówienia, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na powstanie możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym przy odmiennej ocenie stanu sprawy, narażenie go na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. W okolicznościach niniejszego postępowania odwołujący podnosi swoje zarzuty wyłącznie do oferty złożonej przez wykonawcę R. S. dla zadania 4, to jest zadania, w którym sam złożył ofertę, albowiem, jak sam potwierdza w treści odwołania, w zakresie zadania 2 i 3 nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia - gdyż ofert na te zadania nie składał.

Okoliczności faktyczne w sprawie są co do zasady niesporne. Przystępujący złożył oferty na dwie części zamówienia, czyli na tyle części ile dopuszczał zamawiającym postanowieniami siwz, a niezależnie od tego, zadeklarował udostępnienie swojego potencjału osobowego i technicznego innemu podmiotowi nie dysponującemu wymaganym doświadczeniem i własnymi warunkami udziału w postępowaniu. Jak wynika z treści dokumentacji przetargowej podmiot ten zamierza w trakcie realizacji zamówienia polegać na udostępnionych zasobach, lecz nie wyłącznie, jak stwierdza odwołujący, lecz przewiduje, że zleci podwykonawcy część zamówienia wycenioną na 40%.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp oraz kodeksu cywilnego i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. Analogicznie czynności wykonawców uczestniczących w postępowaniu mieściły się w granicach prawa, w tym w szczególności co do możliwości korzystania z podwykonawstwa i udostępnianych zasobów. Należy zauważyć, że obie te instytucje służą najczęściej poszerzaniu rynku wykonawców, w tym umożliwieniu nowym podmiotom składaniu skutecznych ofert. Taka właśnie sytuacja miała miejsce w sprawie rozpatrywanej. Jednocześnie należy zauważyć, że wykonawcy konkurowali ze sobą i byli oceniani na podstawie znanych kryteriów oceny ofert.

Izba miała także na uwadze fakt, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie zawarł w SIWZ żądania, co do weryfikacji w trakcie postępowania podwykonawców nie będących podmiotami trzecimi.

Izba uznała za bezpodstawny zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 3 ust. 1, art. 14 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, pomimo że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący oparł twierdzenia dotyczące popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji na okoliczności wprowadzenia Zamawiającego w błąd z zamiarem obejścia postanowień siwz, co jednak nie miało miejsca. Wykonawca nie wprowadził w błąd Zamawiającego, wobec czego nie można uznać, że złożenie przez niego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że będzie realizował zamówienia przy udziale podwykonawcy, ten ostatni jednak nie jest wykonawcą składającym ofertę.

Mając na uwadze powyższe okoliczności oraz w związku z tym, że Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, a na tym twierdzeniu opiera swoje odwołanie i zarzuty Odwołujący, to nie można mówić o popełnieniu przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji.

Nie można także uznać, aby Odwołujący miał utrudniony dostęp do rynku z uwagi na złożenie oferty przez konkurenta; Odwołujący miał możliwość oferty na tych samych zasadach.

Wobec powyższego nie stwierdzono naruszenia przez zamawiającego przepisów ustaw wskazanych w odwołaniu, co oznacza, że czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach zamówienia były prawidłowe.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów

kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 i z 2017 r., poz. 47). Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o zasądzenie na jego rzecz poniesionych kosztów wobec braku ku temu podstaw prawnych. Rozporządzenie wskazane wyżej przewiduje możliwość zasądzenia kosztów od odwołującego na rzecz przystępującego jedynie w sytuacji, gdy podmiot ten wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, a odwołanie zostało oddalone. Przesłanka taka nie zaszła w sprawie rozpatrywanej.

Przewodniczący: