

Sygn. akt: KIO 3269/20

**WYROK**  
**z dnia 8 stycznia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**  
**Katarzyna Prowadzisz**  
**Irmina Pawlik**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2020 r. przez **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Desim L.B., T.O-S. s.c. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego GRAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego GRAB-BUD Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, w pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Desim L.B., T.O-S. s.c. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Zarządu Lokali Miejskich w Łodzi na rzecz Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego Desim L.B., T.O-S. s.c. z siedzibą w Łodzi kwotę 13 600 zł 00 gr**

(słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 20202) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty ogólnobudowlane, naprawy główne, naprawy bieżące, konserwacje, usuwanie awarii, usuwanie skutków zimy oraz inne roboty nie wymienione w przedmiarze robót związane z przedmiotem zamówienia w nieruchomościach i lokalach stanowiących zasoby Zarządu Lokali Miejskich.

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 602363-N-2020 z dnia 26.10.2020r. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest z podziałem na 5 części.

W dniu 9.12.2020r. Odwołujący - Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Desim L.B. T.O-S. s.c. - wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego w części 1 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegające na:

1. wadliwej ocenie oferty PHU Grab-BUD Sp. z o.o. ( zwanej dalej Grab - Bud) przez błędne uznanie, że oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu,
2. wadliwej ocenie oferty Grab-Bud i zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z uwagi na fakt, że wykonawca ten zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Grab - Bud wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez przyjęcie, że Grab - Bud wykazał, że zaoferowana przez niego cena w zakresie roboczogodziny nie jest ceną rażąco niską i przez to zaniechanie odrzucenia oferty Grab-Bud.
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp ze względu na wadliwą ocenę oferty Grab- Bud i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę.
3. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór przez Zamawiającego w części I postępowania jako najkorzystniejszej oferty Grab- Bud, mimo tego, że w odniesieniu do tego wykonawcy zachodziły przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 jak również w odniesieniu do oferty złożonej przez tego wykonawcę zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na zawarcie przez tego wykonawcę antykonkurencyjnego porozumienia

z innym wykonawcą MAL-TAP Zakład Remontowo – Budowlany S.W. (dalej MAL - TAP).

4. art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wybranego wykonawcy Grab-Bud, jak również wykluczenia wykonawcy MAL-TAP, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w części 4 postępowania, z uwagi na fakt, że wykonawcy ci zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Grab-Bud oraz MAL-TAP z uwagi na fakt, że złożenie ofert przez tych wykonawców stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w postaci zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia z innymi wykonawcami.
6. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Grab-Bud w części I postępowania,
- nakazanie odrzucenia oferty Grab-Bud w części I postępowania jako niezgodnej z treścią SIWZ, zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, względnie z ostrożności:
- nakazanie wezwania Grab-bud do wyjaśnienia podobieństwa oferty / wyjaśnień z ofertą / wyjaśnieniami wykonawcy Mal-Tap złożonej w części 4 postępowania oraz odpowiedzi tych wykonawców na wezwania Zamawiającego, a także sposobu kalkulacji stawki roboczogodziny w odniesieniu do całego cyklu życia zamówienia (całego czasu trwania umowy).
- nakazanie dokonania ponownej oceny ofert.
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia Grab-Bud nie pozwalają na

jednoznaczną ocenę prawidłowości kalkulacji stawki roboczogodziny, stanowiącej istotne kryterium oceny oferty. Wykonawca skalkulował swoją stawkę w oparciu o minimalne wynagrodzenie w roku 2020 wynoszące 2 600zł, podczas gdy 12 miesięcy obowiązywania umowy będzie przypadało na rok 2021. Dopiero po drugim wezwaniu Zamawiającego wykonawca ten zmienił swoje wyjaśnienia tj. przedstawił kalkulację roboczogodziny na 2020 i 2021r. Wyjaśnienia te są nadal niespójne i lakoniczne. Grab- Bud nie określił w formularzu ofertowym stawki roboczogodziny netto ze wszystkimi narzutami, przyjmując nieadekwatną podstawę do jej skalkulowania.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający dopiero w dniu 7 grudnia tj. 3 dni po wyborze oferty najkorzystniejszej przesłał wyjaśnienia Grab-Bud Odwołującemu, mimo dwukrotnego wniosku w tej sprawie. Celowe opóźnienie z przekazaniem dokumentacji spowodowało, że Odwołujący miał ograniczone możliwości gruntownego odniesienia się do wyjaśnień Grab - Bud. Na marginesie wskazał, że 7 grudnia ogłoszenie o wyborze oferty nastąpiło o godz. 15.55.58, co w ocenie wykonawcy miało na celu maksymalne skrócenie czasu Odwołującemu na przygotowanie odwołania.

Odwołujący podniósł, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferty wykonawców MAL-TAP oraz Grab-Bud i odnoszące się do nich wyjaśnienia zostały sporządzone niesamodzielnie tj. we współpracy między nimi. Przykładowo w wyjaśnieniach Grab-Bud na str. 6 znajduje się tabela, która jest analogicznie skonstruowana jak tabela z wyjaśnień wykonawcy MAL-TAP strona 5. W obu wyjaśnieniach wykonawcy powołują się na takie same wyroki KIO oraz mają podobną konstrukcję treści składanych wyjaśnień. W tej sytuacji, Zamawiający winien ze szczególną dokładnością zweryfikować treść złożonych dokumentów i ewentualnie podjąć czynności zmierzające do ustalenia, czy w postępowaniu wykonawcy dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji i czy z tego względu ich oferty nie powinny zostać odrzucone.

Zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe GRAB-BUD Sp. z o.o. wnieśli o oddalenie odwołania. Zamawiający twierdził, że uznał wyjaśnienia wykonawcy Grab- Bud za prawidłowe, w szczególności ze względu na zawarte w §13 projektu umowy klauzule waloryzacyjne wynagrodzenia w przypadku zmiany przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Podkreślił, że Zamawiający projektował obowiązywanie umowy do dnia 1.12.2020r, tj. w dacie, w której minimalne wynagrodzenie kształtuje się na poziomie 2 600zł. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie udowodnił, że jest w stanie realizować zamówienie uwzględniając przepisy o minimalnym wynagrodzeniu oraz jest w stanie pokryć koszty działalności biura oraz uzyskać zysk na poziomie 5%.

Zamawiający i wykonawca Grab -Bud podkreślali, że w SIWZ nie określono jak należy rozumieć stawkę roboczogodziny z narzutami, tym samym w związku z brakiem definicji ustawowych, za podstawę wyliczeń należy przyjąć stawkę minimalną 2600zł, podzieloną przez 168 co daje min. 15.48zł. W SIWZ Zamawiający nie podał także, że kalkulując stawkę należy dokonać tego z uwzględnieniem przepisów obowiązujących od 2021r. Wezwanie z dnia 26.11.2020r. było wezwaniem do złożenia dodatkowych wyjaśnień i ich doprecyzowania. Na możliwość kilkukrotnego wzywiania wykonawcy w zakresie dokonanej wyceny wskazuje także orzecznictwo KIO. Zdaniem Zamawiającego i wykonawcy Grab - Bud Odwołujący nie udowodnił, że oferta złożona przez Grab-Bud zawiera rażąco niską cenę a stawka roboczogodziny jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Brak jest także, zdaniem Zamawiającego oraz wykonawcy Grab-Bud jakichkolwiek przesłanek, iż któryś z podmiotów biorących udział w postępowaniu uczestniczył w „zmowie przetargowej”. Każdy z wykonawców złożył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej oraz oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu.

Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący złożył wniosek o przesłanie dokumentów w dniu 4 grudnia (piątek) o godz. 10:46 (jeszcze przed przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej), a następnie o godz. 16:07. Wnioskowane dokumenty zostały przekazane Odwołującemu w dniu 7 grudnia (poniedziałek) o godz. 9:14, a zatem niezwłocznie.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Z uwagi na brzmienie art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021r. stosuje się przepisy dotychczasowe, Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Izba ustaliła, że w zakresie części I zamówienia oferty złożyło 3 wykonawców:

1. PHU Desim s.c. - stawka rbg brutto 26,94zł
2. MAL -TAP Zakład Remontowo Budowlany S.W. - stawka rbg brutto 36,85zł,
3. PHU Grab - BUD – stawką rbg brutto 25,39zł.

Pismem z dnia 16.11.2020r. Zamawiający wezwał Grab-Bud do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztu (stawki roboczogodziny z narzutami) zaoferowanej w części 1 zamówienia w odniesieniu do kosztów pracy pracowników, w tym kosztów ponoszonych przez pracodawcę za pracowników, których wartość nie może być niższa do minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę - ustalonego na 2020r. (I miesiąc zamówienia) i 2021 r. (12 miesięcy zamówienia). W wezwaniu Zamawiający stwierdził, że wykonawca zaoferował niższą stawkę roboczogodziny niż wynikająca z minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na rok 2020 i 2021.

W udzielonych w dniu 17.11.2020r. wyjaśnieniach wykonawca Grab - Bud podał, że zaoferował stawkę brutto w wysokości 25,39 zł, której jednym z elementów jest stawka roboczogodziny wynosząca 15,99zł. W kwocie tej mieści się wynagrodzenie pracownika w wysokości minimalnej. Wyjaśnił, że nie otrzymuje pomocy publicznej, nie ponosi kosztów budowy, zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, zatrudnia pracowników w oparciu o stawki dla najniższej krajowej. Wykonawca podał też miesięczne koszty zarządu, które łącznie wynoszą 2 633,29zł. Koszty pośrednie i pracownicze obciążające wykonawcę stanowią 40% stawki za jedną roboczogodzinę netto i jest to 6,40zł ( $15,99 \text{ zł} * 40\% = 6,40\text{zł}$ ). Koszt jednego pracownika skierowanego do realizacji postępowania stanowi kwotę 2,39zł. W tabeli wykonawca przedstawił wyliczenie kosztów pracy, uwzględniające minimalne wynagrodzenie. Podniósł, że z uwagi na to, że różnica między kosztami pośrednimi a jego kosztami zarządu wynosi 285,21zł to wykonawca jest w stanie pokryć należne wynagrodzenie minimalne pracowników z tej właśnie nadwyżki.

W dniu 26.11.2020r. Zamawiający wezwał, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, Grab-Bud do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztu i podanie powodów dlaczego zatrudniając 3 pracowników miesięczny koszt utrzymania zarządu został ujęty w kwocie 3 761,52zł, uwzględniającej stawkę 1 r-bg z narzutami dla 1 pracownika a nie dla 3. Zamawiający wniósł o wskazanie w jakiej wysokości zostały uwzględnione koszty związane z zatrudnieniem pracownika, których finansowanie leży po stronie pracodawcy.

W odpowiedzi, udzielonej dnia 27.11.2020r., wykonawca Grab-Bud podał, że w rzeczywistości kwota 3 761,52zł to kwota kosztorysowa wypracowana przez każdego z pracowników. Wykonawca zatrudnia pracowników za wynagrodzenie minimalne w roku 2020 wynoszące 2 600zł, zaś w 2021- 2 800zł. Średnia pensja to 7 784,62zł. Wykonawca wyliczył koszty zatrudnienia ponoszone przez pracodawcę w roku 2020 oraz 2021 i podał, że ich średni koszt wynosi 570,29zł/miesiąc. Każdy z pracowników przy uwzględnieniu pełnych kosztów jego zatrudnienia wypracowuje kwotę 406,61zł, co przy 3 pracownikach daje kwotę 1 219,83zł/ miesiąc.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Odwołujący, uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp polegający na nieprawidłowej ocenie złożonych przez Grab - Bud wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazywał, że wykonawca Grab - Bud dopuścił się zmiany swoich wyjaśnień, bowiem dopiero w drugich wyjaśnieniach odniósł się do kalkulacji roboczogodziny na 2020r. oraz 2021r., zmieniając w ten sposób udzielone pierwotnie wyjaśnienia.

Stanowisko Odwołującego w tym zakresie Izba uznała za zasadne.

W piśmie z dnia 16.11.2020r. Zamawiający w sposób jednoznaczny wezwał wykonawcę Grab-Bud do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów pracy pracowników, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na 2020r. (1 miesiąc zamówienia) i 2021r. (12 miesięcy zamówienia. W odpowiedzi z dnia 17.11.2020r. wykonawca przyznał, że stawkę roboczogodziny ustalił na podstawie minimalnego wynagrodzenia na rok 2020r. Wyjaśnił, że obliczył stawkę roboczogodziny, uwzględniając minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na rok 2020 w wysokości 2 600zł i dzieląc je przez średnią ilość godzin w miesiącu czyli 168, co w efekcie dawało stawkę 15,48 zł. Wykonawca przyjął w ofercie stawkę 25,39zł, której jednym z elementów składowych jest stawka roboczogodziny wynosząca 15,99zł.



Podkreślić należy, że wykonawca Grab - Bud w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach z dnia 17.11.2020r., mimo precyzyjnego wezwania Zamawiającego do podania kosztów pracy pracowników z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę na rok 2020 oraz 2021, nie odniósł się w ogóle do wynagrodzenia pracowników na rok 2021. Wskazał wprost, że stawkę roboczogodziny obliczył, przyjmując minimalne wynagrodzenie za pracę na rok 2020, pomijając wezwanie Zamawiającego do podania kosztów na rok 2021. W tym miejscu przypomnieć trzeba, że rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U.2020.1596) ustalono, że od dnia 1 stycznia 2021 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2800 zł. Informacja o wzroście minimalnego wynagrodzenia za pracę była zatem powszechnie znana już w momencie składania ofert, które miało miejsce w listopadzie 2020r. Z tych względów, wykonawca składając ofertę na roboty budowlane, które będą realizowane w roku 2021 winien uwzględnić minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na ten rok.

Nie można przy tym zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że przyjęcie przez wykonawcę Grab - Bud minimalnego wynagrodzenia na rok 2020 było prawidłowe z uwagi na to, że projektował obowiązywanie umowy od dnia 1.12.2020 tj. w dacie, gdy minimalne wynagrodzenie wynosiło 2 600zł. Zwrócić należy uwagę, że przeważająca część zamówienia miała być realizowana w roku 2021 (12 miesięcy), co powoduje, że kalkulując rzetelnie koszty oferty wykonawca miał obowiązek uwzględnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę na rok 2021, które w dniu składania oferty było powszechnie znane. Zdaniem Izby, powoływane przez Zamawiającego w piśmie procesowym klauzule waloryzacyjne, zawarte w projekcie umowy, przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę, w zaistniałych okolicznościach sprawy, w sytuacji, gdy w momencie składania oferty znana była wysokość minimalnego wynagrodzenia na rok 2021 nie mogłyby mieć zastosowania. Zawarcie tego rodzaju klauzul waloryzacyjnych nie zwalnia wykonawcy z rzetelnej kalkulacji stawek roboczogodziny, uwzględniającej obowiązujące w czasie realizacji zamówienia minimalne wynagrodzenie za pracę.

Z tych względów, należy ocenić, że już pierwotnie udzielone przez Grab-Bud wyjaśnienia były niewystarczające i nie odpowiadały treści wezwania Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga także okoliczność, iż wykonawca Grab - Bud w kolejnych wyjaśnieniach z dnia 27.11.2020r., mimo braku zapytania Zamawiającego w tym zakresie, w sposób niedopuszczalny doprowadził do zmiany pierwotnie udzielonych wyjaśnień, podając koszty zatrudnienia pracownika ponoszone na rok 2020 oraz 2021.

W konsekwencji, wyjaśnienia wykonawcy Grab -Bud z dnia 17.11 i 27.11. są w tym zakresie ze sobą sprzeczne, a dokonaną przez wykonawcę zmianę pierwotnie udzielonych wyjaśnień należy ocenić jako niedopuszczalną.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp polegający na zawarciu przez wykonawcę Grab -Bud oraz MAL-TAP antykonkurencyjnego porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp Zamawiający wyklucza wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do treści art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1076), zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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.

Izba dopuściła jako dowody w sprawie złożone przez Odwołującego: 1. Opinię z lingwistyki kryminalistycznej sporządzoną przez prof. zw. dr hab. J. S. (Katowice 02.01.2021r.), 2. Sprawozdanie z przeprowadzonych badań porównawczych pisma maszynowego sporządzoną przez mgr H. K.- biegłego z zakresu ekspertyzy dokumentów. Oceniając ich moc dowodową, Izba uznała, że jako opinie prywatne mogą być one uwzględnione jedynie jako stanowisko strony w sprawie.

Z przywołanych wyżej przepisów art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wynika, że nie każde porozumienie między wykonawcami jest zakazane. Zabronione i niedopuszczalne przez prawo są jedynie takie porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji między wykonawcami. W kontekście powyższego stwierdzić trzeba, że niewystarczające jest wykazanie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne czyli takie które prowadzi do zakłócenia konkurencji.

Zakłócenie konkurencji oznacza sytuację, w której określony wykonawca, dzięki zawartemu z innym wykonawcą lub wykonawcami porozumieniu, może uzyskać zamówienie, chociaż jego oferta niekoniecznie jest ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego.

W analizowanym stanie faktycznym, Izba uznała, że Odwołujący wykazał w toku rozprawy za pomocą złożonych dowodów w postaci prywatnych opinii ekspertów, że istnieje pewne podobieństwo w treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztów, złożonych przez MAL-TAP oraz GRAB -BUD w dniu 17.11.2020r. Podobieństwo to odnosi się do użycia szeregu identycznych sformułowań, tez, przywołanego orzecznictwa.

Jednak, w ocenie Izby, samo podobieństwo treści składanych wyjaśnień nie stanowi w okolicznościach tej sprawy działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania, zgodnie z art. 6kc oraz 190 ust. 1 Pzp, nie uprawdopodobnił, że celem lub skutkiem porozumienia między wykonawcami było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji.

Z faktu, że dwaj wykonawcy składający wyjaśnienia dotyczące różnych części zamówienia publicznego (I część - Grab-Bud, IV część- MAL-TAP) sporządzili w uzgodnieniu składane wyjaśnienia kosztów oferty nie wynika, że składając oferty w danym postępowaniu kierowali się wspólnymi uzgodnieniami co do kalkulacji ceny czy innych warunków realizacji zamówienia.

W konsekwencji, uwzględniając regułę wynikającą z art. 190 ust. 1 Pzp, w myśl której podnoszący zarzut i wywodzący z danej okoliczności skutki prawne zobowiązany jest wskazywać dowody dla stwierdzenia takich faktów - Odwołujący nie wykazał, że poprzez złożenie podobnej treści wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty doszło do niedozwolonego przepisami prawa porozumienia między wykonawcami.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....