

Sygn. akt: KIO 1295/18

**WYROK**  
**z dnia 19 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**    **Ewa Sikorska**  
                                  **Bartosz Stankiewicz**  
                                  **Monika Szymanowska**

**Protokolant:**         **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Sinohydro Corporation Ltd. w Pekinie (Chiny)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Astaldi S.p.A w Rzymie (Włochy)**, **Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. w Ankarze (Turcja)** i **Gülermak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sinohydro Corporation Ltd. w Pekinie (Chiny)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sinohydro Corporation Ltd. w Pekinie (Chiny)** tytułem wpisu od odwołania.
3. zasądza od wykonawcy **Sinohydro Corporation Ltd. w Pekinie (Chiny)** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa w Warszawie** kwotę **3 599 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa, reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie w imieniu którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa II linii metra w Warszawie - III Etap realizacji odcinka zachodniego - od szlaku za stacją C04 „Powstańców Śląskich” do Stacji Techniczno-Postojowej (STP) „Mory wraz z STP „Mory””

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 lipca 2018 roku wykonawca Sinohydro Corporation Ltd. w Pekinie (Chiny) – dalej: odwołujący – wniósł odwołanie wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Astaldi S.p.A. (dalej „Astaldi”), Gülermak (dalej łącznie „Gülermak”) (Astaldi i Gülermak dalej łącznie, jako „przystępujący”), pomimo tego, że wykonawcy ci winien zostać wykluczony z postępowania;
2. zaniechania czynności wykluczenia przystępujących na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. pomimo tego, że wykonawcy ci zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, polegające w szczególności na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w tym zakresu prac i ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

1. art. 7 ust. 1 i 3 oraz 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji wyborze oferty przystępujących, jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechanie czynności wykluczenia przystępujących, pomimo tego, że wykonawcy ci zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, polegające w szczególności na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w tym zakresu prac i ceny.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p.:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępujących, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. wykluczenia przystępujących z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p.;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy P.z.p. ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy P.z.p., odwołujący uzyskałby zamówienie. Oferta odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, która została złożona przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym postępowaniu, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania odwołującego uzyska je. Z kolei naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący podniósł, że we wcześniejszych analogicznych lub podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia przystępujący składali oferty samodzielnie, uzyskując zamówienia i realizując je samodzielnie. W postępowaniu organizowanym przez zamawiającego w 2014 r. i dotyczącym budowy II linii metra I etapu odcinka zachodniego i I etapu odcinka wschodnio-północnego, wykonawca Gülermak złożył samodzielnie ofertę i uzyskał zamówienie w zakresie Zadania nr 1 dotyczącego realizacji odcinka zachodniego, a wykonawca Astaldi złożył samodzielnie ofertę i uzyskał zamówienie w zakresie Zadania nr 2 dotyczącego realizacji odcinka wschodnio- północnego. Zarówno Astaldi, jak i Gülermak samodzielnie spełniali określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) postępowania z 2014 r. warunki udziału w postępowaniu, na co wskazuje samo wybranie ich ofert przez zamawiającego, jako najkorzystniejszych w zakresie poszczególnych zadań. Określone w s.i.w.z. postępowania z 2014 warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w zbliżony sposób jak w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, także w niniejszej sprawie przystępujący winni byli złożyć oferty samodzielnie, a złożenie wspólnej oferty przez przystępujących stanowi o zawarciu pomiędzy tymi wykonawcami zakazanego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami.

Odwołujący poinformował, że w dniu 11.04.2018 r. odwołujący przesłał do zamawiającego pismo w sprawie uzasadnionego podejrzenia naruszenia przepisów prawa konkurencji przez przystępujących. Odwołujący poinformował zamawiającego o tym, że w tej

sprawie złożył także zawiadomienie do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK”).

W ocenie odwołującego, zamawiający zaniechał czynności wykluczenia przystępujących z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. i tym samym naruszył interes odwołującego oraz przepisy ustawy P.z.p., bowiem złożenie oferty wspólnie przez przystępujących, jak i złożone przez nich wyjaśnienia nie wskazują na jakiegokolwiek rzeczywiste uwarunkowania, które uzasadniałyby zawarcie przez przystępujących porozumienia o wspólnym złożeniu oferty, które to zakłóciło konkurencję pomiędzy wykonawcami. Wskazał, że wyjaśnienia nie zostały poparte przez przystępujących jakimikolwiek konkretnymi faktami i wyliczeniami ani nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów na wskazane w wyjaśnieniach okoliczności. Wyjaśnienia stanowią jedynie ogólnikowe twierdzenia nie poparte jakimikolwiek weryfikowalnymi danymi.

Odwołujący powołał się na sprawę dotyczącą przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych, zorganizowanego przez Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku rozstrzygniętej przez Prezesa UOKiK decyzją z dnia 31 grudnia 2012r. RLU Nr 38/2012, potwierdzoną prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r. o sygn. akt VI ACa 651/15, gdzie Sąd stwierdził, że taka kooperacja jest przeznaczona dla podmiotów, które same nie byłyby w stanie uzyskać zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie nie istnieją jakiegokolwiek okoliczności uzasadniające w świetle logiki i doświadczenia życiowego, dlaczego w sytuacji, w której przystępujący spełniali warunki udziału w postępowaniu, wykonują aktualnie zbliżone rozmiarami zadania w metrze warszawskim i podejmują się w skali Polski i Europy wykonania zadań o zbliżonych rozmiarach, wykonawcy ci złożyli wspólna ofertę, a nie konkurowali ze sobą. W ocenie odwołującego, jedynym logicznym powodem takiego działania wykonawców, dużych przedsiębiorców i głównych konkurentów na rynku metra warszawskiego, była chęć uniknięcia konkurowania ze sobą i zachowania udziałów w rynku.

Odwołujący powołał się na art. 6 ust. 1 pkt 7 z.n.k.u. i stwierdził, że przystępujący uzgodnili warunki składanych ofert oraz że możliwość powołania konsorcjum na gruncie art. 23 ust. 1 ustawy Pzp nie jest zupełnie dowolna. Stwierdził, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie podkreśla się, iż głównym celem regulacji art. 23 ust. 1 P.z.p., jest umożliwienie pozyskania zamówienia przedsiębiorcom, którzy z różnych przyczyn nie są w stanie wykonać go samodzielnie. Zawiązanie konsorcjum podlega zatem dodatkowo ocenie z punktu widzenia zgodności z regułami konkurencji wyrażonymi w ustawie i będzie ono dozwolone tylko w przypadku kiedy nie prowadzi do wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Kwalifikując działania członków

konsorcjum, jako naruszające zakaz z art. 6 ust. 1 pkt 7 Z.n.k.u. należy wykazać kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) przedsiębiorcy objęci zarzutem zawarli porozumienie, polegające na uzgadnianiu warunków ofert składanych w przetargu w zakresie prac i ceny;
- 2) cel lub skutek porozumienia miał charakter antykonkurencyjny; do porozumienia nie znajdują zastosowania wyłączenia wynikające z Z.n.k.u. odnoszące się do przedmiotowego zakazu .

Odwołujący stwierdził, że pod pojęciem porozumienia w prawie ochrony konkurencji rozumie się wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z ustawą pojęcie porozumienia, odnosi się nie tylko do umów (zwłaszcza w rozumieniu prawa cywilnego) między przedsiębiorcami lub ich związkami, ale także niektórych postanowień takich umów, wzajemnych uzgodnień między przedsiębiorcami (lub ich związkami) oraz uchwał (innych aktów) związków przedsiębiorców

Odwołujący wskazał, że wprawdzie ujawnienie zamawiającemu zawarcia porozumienia w postaci złożenia wspólnej oferty może oznaczać, że strony nie miały intencji naruszenia konkurencji, to jednak Trybunał Sprawiedliwości UE niejednokrotnie wskazywał, że współpraca dokonana w sposób jawny zostawała uznawana za antykonkurencyjną ze względu na swoją naturę. Zatem badanie intencji przystępujących oraz świadomości naruszania konkurencji poprzez zawarcie konsorcjum nie ma znaczenia o tyle, że zawarte porozumienie o wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia przez tych wykonawców jest ze swojej natury i z zasady antykonkurencyjne. Skutkiem porozumienia przystępujących z samej natury rzeczy, jest wyeliminowanie konkurencji pomiędzy tymi przedsiębiorcami. Trybunał Sprawiedliwości UE wskazał także, że „Uzgodniona praktyka ma cel antykonkurencyjny w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE, gdy, ze względu na swoją treść i cele oraz kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się wpisuje, może konkretnie zapobiec, ograniczyć lub zakłócić konkurencję wewnątrz wspólnego rynku. Nie jest konieczne, aby doszło do rzeczywistego zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji”, ani aby zaistniał bezpośredni związek pomiędzy uzgodnioną praktyką a cenami konsumenckimi. Wymiana informacji pomiędzy konkurentami realizuje cel antykonkurencyjny jeżeli może wyeliminować niepewność co do zachowania planowanego przez przedmiotowe przedsiębiorstwa” .

Odwołujący powołał się na art. 6 ust. 1 u.o.k.k. i stwierdził, że w przypadku przystępujących mamy do czynienia właśnie z niedozwolonym porozumieniem naruszającym prawo konkurencji, bowiem:

- 1) doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy wykonawcami, o czym świadczy samo złożenie wspólnej oferty;
- 2) celem i skutkiem tego porozumienia było wyeliminowanie i ograniczenie konkurencji w toku postępowania, co najmniej pomiędzy Astaldi i Gülermak, którzy są jedynymi przedsiębiorcami wykonującymi projekty budowy metra w Warszawie w przeciągu ostatnich 15 lat;
- 3) nie występują przesłanki wyłączające określone w art. 7 i 8 u.o.k.ki.

Przywołując ponownie wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, odwołujący stwierdził, że zawarte pomiędzy przystępującymi porozumienie stanowi porozumienie antykonkurencyjne, bowiem:

- a) „konsorcjanci oddzielnie spełniali wymogi określone w s.i.w.z., byli w stanie samodzielnie wziąć udział w przetargu i złożyć samodzielne oferty, a samo zamówienie nie zawierało „wyśrubowanych” warunków” - mając na uwadze, że określone w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu zostały określone analogicznie, jak w przypadku każdego z osobna Zadania nr 1 i Zadania nr 2 objętych wszczętym w 2014 r. postępowaniem nr ref. K/II/226/2014/00055/EDSO , w ramach którego wykonawca Gülermak złożył samodzielnie ofertę i uzyskał zamówienie objęte Częścią nr 1, a Astaldi złożyło samodzielnie ofertę i uzyskało zamówienie objęte Częścią nr 2 , nie ulega wątpliwości, że zarówno Astaldi, jak i Gülermak samodzielnie spełniali określone w s.i.w.z. warunki udziału w postępowaniu i byli tym samym w stanie samodzielnie złożyć osobne oferty. Świadczy o tym także znaczna liczba ofert składanych przez przystępujących w innych postępowaniach, gdzie wykonawcy ci nie składają razem ofert - właściwie nie było dotychczas takiego przypadku poza Metrem Warszawskim. Przystępujący są względem siebie głównymi konkurentami, którzy wykonują i są w stanie wykonać znacznie większe zamówienia niż objęte postępowaniem;
- b) „oferta jest składana przez „dużych graczy” na określonym rynku, a więc mają oni znaczny udział w rynku właściwym” - z pewnością przystępujący są znaczącymi i jednymi z największych przedsiębiorców budowlanych na polskim rynku budownictwa infrastrukturalnego. W przypadku rynku budowy metra w Polsce, są obecnie jedynymi dwoma przedsiębiorcami, którzy wykonywali analogiczne, jak objęte postępowaniem projekty na przestrzeni ostatnich ponad 15 lat i posiadają odpowiednio po 50% rynku. Są także głównymi wykonawcami i konkurentami na rynku budowy tuneli komunikacyjnych z wykorzystaniem technologii tarcz zmechanizowanych (TBM) którego podkategorią jest rynek budowy metra.
- c) „konsorcjanci oddzielnie mieli realne szanse wygrania przetargu” - na co bezspornie wskazują wyniki postępowania nr ref. K/II/226/2014/00055/EDSO;
- d) „konsorcjanci byli w stanie samodzielnie wykonać zadanie objęte postępowaniem przetargowym” , na co wskazuje należyte wykonywanie przez przystępujących zadań

objętych udzielonymi im w 2014 roku zamówieniami objętymi postępowaniem nr ref.: K/II/226/2014/00055/EDSO, a także wykonane samodzielnie przez obu przedsiębiorców inne zadania w zakresie budowy infrastruktury metra we Włoszech i Istambule.

Odwołujący stwierdził, że wskazywane w wyjaśnieniach okoliczności rzekomo uzasadniająca zawarcie konsorcjum i złożenie wspólnej oferty w postępowaniu są jedynie pozorne i nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistości.

- Odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. pod nazwą „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule „Projektuj i buduj” w ramach projektu POLiŚ 5,1-15 "Udrożnienie Łódzkiego Węzła Kolejowego (TEN-T), etap II, odcinek Łódź Fabryczna - Łódź Kaliska/Łódź Żabieniec" nr ref.: 6060/ICZ 6/26012/09895/16/P, Gülermak (jako lider konsorcjum) złożył ofertę wspólnie z Mosty Łódź S.A. (znacznie mniejszy wykonawca robót budowlanych), zaś Astaldi złożyło ofertę wspólnie z Torpol S.A. (także znacznie mniejszy od Astaldi wykonawca), natomiast w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad pod nazwą „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu - budowa tunelu pod Świnią”, Gülermak złożył ofertę wspólnie z PORR S.A., PORR Bau GmbH i Energopol - Szczecin S.A., a Astaldi złożyło ofertę wspólnie z Ghella S.p.A.

Odwołujący stwierdził, że współpraca przystępujących w postępowaniu pod nazwą „Projekt i budowa II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do Dworca Wileńskiego w Warszawie” nr ref.: EH/500/45/E/08 rozpoczęta złożeniem wspólnej oferty przez konsorcjum Astaldi i Gülermak umożliwiła przystępującym indywidualnie zdobyć umiejętności, wiedzę i doświadczenie, a także pozyskać informację o warunkach wykonywania robót związanych z budową metra w Warszawie w takim zakresie, który następnie umożliwił tym wykonawcom samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia na roboty polegające na budowie metra w Warszawie objętych postępowaniem nr ref. K/II/226/2014/00055/EDSO osobno w ramach Części nr 1 i Części nr 2. W konsekwencji wspólnego wykonania zamówienia objętego postępowaniem nr ref.:EH/500/45/E/G8, przystępujący stali się samodzielnymi i głównymi konkurentami, bowiem żaden z nich nie mógł spodziewać się, w której części postępowania nr ref. K/II/226/2014/00055/EDSO ofertę złoży Astaldi, a w której Gülermak. Gdyby było inaczej Astaldi oraz Gülermak uzgodniłyby, w której części postępowania nr ref. K/II/226/2014/00055/EDSO ofertę złoży Astaldi, a w której Gülermak, to już wówczas doszłoby do zawarcia pomiędzy tymi wykonawcami porozumienia antykonkurencyjnego. Od czasu uzyskania przez Astaldi i Gülermak zdolności, kompetencji i wiedzy wystarczających dla każdego z tych podmiotów z osobna do samodzielnego ubiegania się o udzielenie zamówień na budowę odcinków metra w Warszawie, przedsiębiorcy Ci stali się głównymi konkurentami na rynku budowy metra w Warszawie. W konsekwencji w niniejszej sprawie



doszło do uzgodnienia przez przystępujących „warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny”, a więc do zмовы przedsiębiorców w tym przedmiocie, co jest zakazane art. 6 ust. 1 pkt 7 Z.n.k.u..

Odwołujący stwierdził, że zamawiający otrzymał od odwołującego informację o tym, że złożenie przez przystępujących wspólnej oferty w postępowaniu stanowi porozumienie wykonawców mające na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu oraz z pewnością miał świadomość, że przystępujący samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu. Pomimo tych okoliczności, Zamawiający wybrał ofertę przystępujących, jako najkorzystniejszą w postępowaniu. Tym samym zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p.. W konsekwencji, wniesienie odwołania przez odwołującego jest uzasadnione i winno ono być uwzględnione w całości.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 lipca 2018 roku zamawiający wniósł o:

1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., gdyż Krajowa Izba Odwoławcza nie jest władna wypowiadać się o zaistnieniu lub nie deliktów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, czego faktycznie domaga się odwołujący, poprzez faktyczne oparcie odwołania na art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazanej w uzasadnieniu odwołania,

2) w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku o odrzucenie odwołania, jego oddalenie w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

Zamawiający wniosek o oddalenie odwołania uzasadnił tym, że:

1) odwołujący nie wykazał, że złożona oferta przez przystępujących była wynikiem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, a tym samym nie wykazał zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. oraz art. 7 ust. 1 i ust.3 ustawy P.z.p..

2) przystępujący wskazali w swoich wyjaśnieniach, iż złożenie wspólnej oferty było uzasadnione takimi czynnikami jak: minimalizacja ryzyk w związku z zaangażowaniem w inne przedsięwzięcia (planowany termin zawarcia umowy i jej realizacji pokrywa się z realizowanymi zamówieniami), konieczność zaangażowania wspólnego kapitału (co wpływa na koszty realizacji inwestycji), warunki złożenia oferty (dodatkowe obowiązki w postaci gwarancji wadialnych, zabezpieczenia należytego wykonania umowy), komplementarność zdolności Astaldi i Gülermak, podział ryzyk finansowych i jego konsekwencje. Całokształt okoliczności sprawy nie pozwalał zamawiającemu na racjonalne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zмовы przetargowej (brak zaistnienia przesłanki z art.24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p.)

3) pomimo, iż to na odwołującym ciąży obowiązek wykazania zakłócenia konkurencji, to zamawiający wykazał nie tylko brak podstaw do antykonkurencyjnej

kwalifikacji konsorcjum, ale też istnienie ekonomicznego uzasadnienia jego utworzenia na potrzeby tego postępowania.

4) odwołujący celowo pomija istotne dla niniejszego postępowania fakty. Postępowanie w którym uczestniczą konsorcjanci zostało ogłoszone w terminie pokrywającym się z terminem realizacji przez Astaldi odcinka wschodnio-północnego budowy II linii metra w Warszawie, natomiast w przypadku Gülermak odcinka zachodniego budowy II linii metra w Warszawie. Planowany termin zawarcia i wykonania umowy, jaka ma zostać podpisana w wyniku postępowania, pokrywa się z w części z realizowanymi zamówieniami (wyjaśnienia Konsorcjum). Tym samym istniało ekonomiczne uzasadnienie złożenia wspólnej oferty przez przystępujących. Nie można zatem przyjąć – jak twierdzi odwołujący – że wyjaśnienia przystępujących mają pozorny charakter i nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistości.

5) Z całokształtu okoliczności sprawy nie wynika, aby cel zawiązania konsorcjum był antykonkurencyjny, w szczególności w świetle otrzymanych przez zamawiającego wyjaśnień przystępujących z dnia 26 kwietnia 2018r. W tym zakresie bowiem członkowie konsorcjum są zaangażowani w inne inwestycje co może mieć wpływ na potencjał do samodzielnego wykonania zamówienia, i co utrudnia złożenie samodzielnej oferty z realną szansą na wygraną przetargu (zob. wyrok KIO z 9 marca 2017 r., KIO 352/17).

6) Na podstawie otrzymanych wyjaśnień od przystępujących, zamawiający nie znalazł podstaw do wykluczenia konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. Tym samym zamawiającemu nie można skutecznie stawiać zarzutu z powodu braku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p., jeżeli pomimo przeprowadzenia stosownego postępowania wyjaśniającego w ramach postępowania o udzielenia zamówienia publicznego nie było możliwe — w ramach środków prawnych przysługujących zamawiającemu, wykazanie zakłócenia konkurencji (tak też KIO w wyroku z 15.9.2017 r. KIO 1819/17).

Zamawiający stwierdził, że różnica pomiędzy przedmiotowym postępowaniem a postępowaniem z 2014 roku, polega przede wszystkim na tym, iż w aktualnym postępowaniu to na wykonawcy spoczywa obowiązek opracowania pełnej dokumentacji projektowej tj. Projektów Budowlanych wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę i zatwierdzeniu Projektu Budowlanego, ostatecznej lub zaopatrzonej w rygor natychmiastowej wykonalności, projektu Podstawowej Sieci Realizacji Metra, Podstawowej Wysokościowej Sieci Realizacji Metra i osnowy I rzędu, Informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, Projektów Wykonawczych scenariusza pożarowego oraz instrukcji bezpieczeństwa pożarowego oraz zakładowego planu ratowniczego dla stacji metra oraz obiektów STP Mory. Powyższe musi zostać poprzedzone wykonaniem szeregu czynności o charakterze przedprojektowym służących do opracowania dokumentacji przedprojektowej tj.: inwentaryzacja i waloryzacja

zieleni; ocena stanu budynków w strefach wpływu budowy metra; wykonanie analizy wpływu drgań i obciążeń dynamicznych na konstrukcje budynków i ludzi w nich przebywających, wykonanie analizy i oceny wzajemnego wpływu budowy i eksploatacji obiektów metra oraz obiektów i infrastruktury sąsiadującej z inwestycją, opracowanie wniosku o wydanie Decyzji o Ustaleniu Lokalizacji Linii Kolejowej oraz uzyskanie ww. Decyzji (ostatecznej); wykonanie mapy do celów projektowych; wykonanie koncepcji architektoniczno-budowlanej węzłów przesiadkowych przy stacji C1 i C3.

Różnice widoczne są także w zakresie prac budowlanych. W postępowaniu z roku 2014 r. wykonawcy zostali zobowiązani do budowy linii metra na wskazanych odcinkach, natomiast w aktualnym postępowaniu prace budowlane dotyczą także budowy Stacji Techniczno-Postojowej Mory.

Ponadto, co istotne, odwołujący nie wspomina w treści odwołania, iż w postępowaniu z roku 2014, zamawiający określił, iż istnieje możliwość złożenia oferty wyłącznie na jedno z zadań. Powyższe porównanie nie pozwala na przyjęcie, iż wskazywane przez Odwołującego postępowania mają charakter postępowań analogicznych.

Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2694/15, w którym Izba zwróciła uwagę na niedopuszczalność automatycznego kwalifikowania złożenia wspólnie, w ramach konsorcjum, oferty jako zakazanego porozumienia przetargowego.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący na uzasadnienie swoich twierdzeń powołuje się na przepis, który nie istnieje. Na stronie 7 odwołania powołuje ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów, ale w dalszej części odwołania posługuje się skrótem „z.n.k.u.”. Wskazany skrót dotyczy jednak innej regulacji prawnej - ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w której jednak brak przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7, natomiast art. 6 znku dotyczy wprowadzającego w błąd oznaczenia przedsiębiorstwa (skrót znku np. na stronie 9, 10, 12).

Zamawiający stwierdził, że stosowanie przez zamawiającego (a następnie KIO art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. oznacza, iż zamawiający jest zobowiązany wykazać za pomocą stosowanych środków dowodowych, że wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący jednak zapominał iż organem kompetentnym do oceny, czy zawiązanie konsorcjum stanowiło sprzeczne z prawem konkurencji (ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów) porozumienie, a tym samym także czyn nieuczciwej konkurencji, jest Prezes Urzędu Ochrony Konsumentów i Konkurencji, który został zresztą zawiadomiony przez odwołującego (jak sam wcześniej podawał) o możliwości zaistnienia zmowy przetargowej.

Ewentualne rozstrzygnięcie Prezesa UOKiK w tym zakresie będzie wiążące dla zamawiającego. Jeżeli zostanie stwierdzone, że zawiązanie konsorcjum było niezgodne z

przepisami uokik, zamawiający odrzuci złożoną przez konsorcjum ofertę. Jednak dotychczas Prezes UOKiK nie zajął stanowiska w tej sprawie.

W ocenie zamawiającego, powoływanie się w przedmiotowym postępowaniu na wyrok SA z dnia 8.06.2016 r. sygn.akt VI ACa 651/15 jest niezasadne, ponieważ dotyczy przede wszystkim innego rynku. Można byłoby odwołać się do tego wyroku, jeżeli mielibyśmy do czynienia z analogicznym rynkiem i formą kooperacji. Jednak w sprawie rozpoznawanej przed KIO mamy do czynienia z zarówno odmiennym przedmiotem zamówienia, jak i rynkiem właściwym. W sprawie przed SA rynkiem był rynek lokalny a zamówienie obejmowało przetarg na odbiór i transport odpadów komunalnych. Natomiast w sprawie objętej odwołaniem chodzi o rynek krajowy. W powołanym przez odwołującego wyroku celem porozumienia spółek tworzących konsorcjum był terytorialny podział rynku pomiędzy dwóch największych odbiorców odpadów komunalnych, a nie kumulacja potencjałów i kooperacja w ramach konsorcjum. Ponadto, sąd w uzasadnieniu wskazał, iż zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłiby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeżeli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi — ze szkodą dla zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się z kwalifikacją konsorcjów przetargowych jako antykonkurencyjnych w sytuacji, gdy każdy z konsorcjantów jest zdolny do samodzielnego udziału w przetargu i jego wykonania, wskazując, że konsorcjanci mogą zdecydować o złożeniu wspólnej oferty kierując się np. efektywnością, terminem wykonania zamówienia (tak np. wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 567/10, wyrok KIO z 13.01.2016 r., KIO/UZP 2694/15). Przyjęcie poglądu, że jeśli przedsiębiorcy uczestniczący w konsorcjum są w stanie samodzielnie uzyskać i wykonać zamówienie to konsorcjum jest antykonkurencyjne prowadzi do sytuacji, gdy legalny jest jedynie udział w postępowaniu konsorcjantów, którzy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu (decyzja w sprawie ASTWA i MPO z 31 grudnia 2012 r.; wyrok SOKiK w tej sprawie z dnia 10 marca 2015 r. sygn.akt XVII AmA 73/13).

Zamawiający podniósł, że odwołujący przywołał jedynie wskazany wyrok SA w Warszawie, pomijając kluczowe orzeczenia KIO i Prezesa UOKiK, w tym: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 marca 2017 sygn. akt KIO 352/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 września 2017 r. sygn. akt KIO 1761/17, KIO 1765/17, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 20 kwietnia 2017 r. KIO/UZP 662/17, decyzję Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31.12.2012 r. (RLU nr 38/2012) i inne.

Zamawiający wskazał, że wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego (przez kilka podmiotów) ma podstawy w art. 23 ust. 1 ustawy P.z.p., który stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego 1.

Jak wynika z art. 23 ust 3 ustawy PZP przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Należy pamiętać, że każdy z członków konsorcjum jest niezależnym podmiotem gospodarczym-przedsiębiorcą. Ma to istotne znaczenie z uwagi na możliwość kwalifikacji zachowania każdego z konsorcjantów pod kątem naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji konsumentów.

Oczywistym jest natomiast, że niedopuszczalne jest automatyczne kwalifikowanie złożenia wspólnej oferty w ramach konsorcjum jako zakazanego porozumienia przetargowego nawet w sytuacji, gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu i/lub mogą samodzielnie wykonać zamówienie .

Zamawiający stwierdził, że konsorcjanci składając jedną ofertę, w istocie bowiem uzgadniają jej treść. Złożenie wspólnej oferty, a zatem uzgodnienie jej treści jest prawnie dopuszczalne i nie może zostać ograniczone przez zamawiającego (dozwolone na mocy art.23 ustawy P.z.p.). Oceniając umowę konsorcjum na gruncie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy zakwalifikować ją jako porozumienie w świetle art. 4 pkt 5 uokik.

Umowa konsorcjum jako porozumienie podlega zatem ocenie w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik zakazane są porozumienia polegające na uzgadnianiu przez wykonawców warunków składanych ofert. Samo uzgodnienie oferty- jako istota konsorcjum przetargowego, nie może być zatem samoistną przesłanką uznania konsorcjum za porozumienie ograniczające konkurencję. W zależności bowiem od okoliczności zawarcia i wykonywania porozumienia przetargowego może ono mieć antykonkurencyjny lub prokonkurencyjny charakter.

Zamawiający zaznaczył, że ocena na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. różni się od tej dokonywanej przez organ antymonopolowy- co zresztą znajduje podstawy w treści art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. Odwołujący winien zwrócić się o wydanie decyzji do Prezesa UOKiK. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest władna wypowiadać się o zaistnieniu, lub nie - deliktów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, tym samym należało stwierdzić, że do rozpoznania odwołania nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, zachodzi zatem obligatoryjna przesłanka odrzucenia odwołania, wymieniona w art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP (tak: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 20.04.2017 r. KIO/UZP 662/17).

Zamawiający stwierdził, że rezygnacja z walki o uzyskanie zamówienia publicznego będzie kwalifikowana jako naruszająca zakaz z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, jeżeli współpraca

konsorcjantów nie znajduje ekonomicznego uzasadnienia. Podkreślił, że odwołujący nie przeprowadził żadnej analizy ekonomicznej opłacalności złożenia oddzielnych ofert w porównaniu do oferty złożonej wspólnie. Dlatego też z tego względu zarzut zмовы przetargowej członków konsorcjum zawarta w odwołaniu należy uznać za niezasadny.

Zamawiający stwierdził, że pomimo możliwości samodzielnego udziału w postępowaniu lub wykonania zamówienia publicznego przez konsorcjantów, utworzenie konsorcjum nie ogranicza konkurencji, np. współpraca w ramach konsorcjum pozwala efektywniej wykonać zamówienie, wykonawcy z uwagi na realizację innych zamówień nie są w stanie indywidualnie w określonym terminie wykonać zamówienia, połączenie zasobów pozwala na oszczędność kosztów wykonania zamówienia.

Powyższe pozwala przyjąć, że utworzenie konsorcjum na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być uznane za ekonomicznie uzasadnione nawet, gdy konsorcjanci są w stanie samodzielnie wykonać zamówienie.

Zamawiający wskazał, że w stanie faktycznym sprawy kooperacja przystępujących w ramach konsorcjum opiera się na faktycznym połączeniu poszczególnych potencjałów do wspólnej realizacji zamówienia, a nie — jak twierdzi odwołujący- na eliminacji konkurencji. Odwołujący posiadają w Polsce wspólne zaplecze techniczne i kadrowe dla prowadzenia prac tunelowych, w tym doświadczony personel. Poza tym są współwłaścicielami spółki, do której należą eksploatowane tarcze TBM oraz wytwórni produkującej elementy obudowy tuneli, zlokalizowanej w Warszawie przy ulicy Marywilskiej.

Odnosząc się natomiast do pozycji rynkowej konsorcjantów i twierdzeń odwołującego o posiadaniu przez każdego z konsorcjantów po 50% udziału w rynku zamawiający podkreślił, że posiadanie pozycji dominującej nie może być przesłanką uznania ich oferty za zakłócenie konkurencji, zwłaszcza, że odwołujący złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący celowo pomija istotne fakty. Postępowanie w którym uczestniczą konsorcjanci zostało ogłoszone w terminie pokrywającym się z terminem realizacji przez Astaldi odcinka wschodnio-północnego budowy II linii metra w Warszawie, natomiast w przypadku Gülermak odcinka zachodniego budowy II linii metra w Warszawie. Planowany termin zawarcia i wykonania umowy, jaka ma zostać podpisana w wyniku postępowania pokrywa się z w części z realizowanymi zamówieniami (wyjaśnienia Konsorcjum). Tym samym istniało ekonomiczne uzasadnienie złożenia wspólnej oferty przez Konsorcjum Astaldi/Gülermak. Nie można zatem przyjąć – jak twierdzi odwołujący (s.16 odwołania) – że wyjaśnienia konsorcjum mają pozorny charakter i nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistości. Wprost przeciwnie – konsorcjum w sposób wyczerpujący przedstawiło uzasadnienie złożenia wspólnej oferty. Wszystkie powołane okoliczności są sprawdzalne i nie wzbudziły żadnych podejrzeń po stronie zamawiającego.

W szczególności zaangażowanie wspólnego kapitału (zasobów) oraz konieczność zminimalizowania ryzyka związanego z zaangażowaniem konsorcjantów w inne przedsięwzięcia potwierdzają ekonomiczne uzasadnienie zawarcia konsorcjum na potrzeby postępowania obejmującego „Projekt i budowę II linii metra w Warszawie-III etap realizacji odcinka zachodniego-od szlaku za stacją C04 „Powstańców Śląskich” do stacji Techniczno-Postojowej „Morf” oraz z STP „Mory”.

Zamawiający podniósł, że odwołujący zapomina ponadto, iż ocena porozumienia wykonawców przebiega w ramach art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. Tym samym konsorcjum nie ma obowiązku przedstawiania dowodów na uzasadnienie utworzenia konsorcjum (s.16 odwołania). Jeżeli brak było podstaw do wykluczenia konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. (co związane jest z niewykazaniem przez zamawiającego istnienia zmowy przetargowej jako przesłanki wykluczenia), to brak było podstaw do zastosowania przez zamawiającego procedury określonej w art. 24 ust. 8 i 9 ustawy P.z.p. Procedura ta może zostać zastosowana wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Zamawiający stwierdził, że podstawą wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. może być wydany w takiej sprawie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu powszechnego albo decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Ponadto odwołujący stwierdził, że to na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia antykonkurencyjnego charakteru konsorcjum, zgodnie z ogólnym rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, który wynika z art. 190 ust. 1 P.z.p, a która jest odzwierciedleniem w tym postępowaniu reguły wynikającej z art. 6 KC. Odwołujący nie tylko nie wykazał antykonkurencyjnego udziału konsorcjum w postępowaniu, ale też tego, że członkowie konsorcjum samodzielnie jako przedsiębiorcy mogliby bez trudu złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie i realizację zamówienia. Dlatego jego twierdzenia należy uznać za gołosłowne. Na zamawiającym ani na przystępującym nie spoczywa obowiązek (ciężar dowodu) wykazania zasadności zawiązania konsorcjum w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Również powoływanie się przez odwołującego i badanie skutków długofalowej współpracy pomiędzy członkami konsorcjum w szczególności jej wpływu na konkurencję na rynku należy do kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 16 lipca 2018 roku stwierdzili, że ustalenie istnienia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji wymaga zdefiniowania szeregu elementów, które to elementy mogą wykraczać — zdaniem przystępujących — poza kompetencje KIO.

Ponadto przystępujący podnieśli, że to na odwołującym jako podnoszącym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. spoczywa ciężar udowodnienia przesłanek zawarcia przez członków konsorcjum porozumienia antykonkurencyjnego. Stwierdzili jednocześnie, że odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów bezpośrednich (lub choćby pośrednich) na to, że przystępujący mogli rzeczywiście podjąć się realizacji przedmiotowego zamówienia składając oddzielnie samodzielne oferty.

W tym zakresie, w ocenie przystępujących, konieczne byłoby chociażby dokonanie oceny zakresu przedmiotowego obu zamówień, postanowień umownych związanych z ryzykami, które są w nich zawarte, sytuacji rynkowej, w której obecnie znajduje się Astaldi i Gülermak w porównaniu do 2014 r., w tym zaangażowania obu podmiotów w inne projekty realizowane w Polsce i na świecie i planowane do realizacji, czy oceny zasobów kadrowych niezbędnych do realizacji zamówienia w kontekście ich zaangażowania w inne projekty wymagające podobnych kompetencji i kadry. Odwołujący jednak takich informacji nie przedstawił, nie mówiąc o ich jakiegokolwiek analizie.

Przystępujący podnieśli, że sam fakt, że w innym postępowaniu, prowadzonym 4 lata temu mogli wystartować samodzielnie, niczego nie dowodzi. Podobnie fakt, że obecnie samodzielnie (lub w innych konsorcjach, często konkurując ze sobą) ubiegają się o inne zamówienia nie może stanowić „dowodu” na to, że w niniejszym postępowaniu zawarli antykonkurencyjne porozumienie. Gdyby przyjąć taką logikę, okazałoby się, że ogólną regułą jest to, że wykonawcy, którzy historycznie realizowali zamówienia samodzielnie (żeby nie być posądzeni o zawieranie porozumień antykonkurencyjnych) mogliby ubiegać się o kolejne (zbliżone zakresowo) projekty wyłącznie samodzielnie. W oczywisty sposób przeczy to logice i doświadczeniu życiowemu, tak eksponowanemu w odwołaniu.

Przystępujący poparli stanowisko i argumentację zamawiającego w zakresie braku możliwości powoływania się w niniejszej sprawie na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia z dnia 8 czerwca 2016 r. o sygn. akt VI ACa 651/15.

Przystępujący wskazali, że podjęli decyzję o zawarciu umowy pozwalającej na wspólne zarządzanie ryzykiem, jego podział, połączenie potencjałów i deklarując ścisłą kooperację przy wspólnej realizacji projektu. W tym wypadku zawarcie umowy konsorcjum było i pozostaje przewidzianym przez obowiązujące normy standardem postępowania, a nie działaniem naruszającym konkurencję. Alternatywą byłoby natomiast odstąpienie od złożenia ofert w postępowaniu. Z tego względu twierdzenia odwołującego sprowadzające się do oceny możliwość realizacji zamówienia jedynie przez pryzmat spełnienia warunków minimalnych wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu a pomijające kwestie zarządzania oceną ryzyk, szczególnie przy tak dużych i skomplikowanych inwestycjach strukturalnych, należy uznać za całkowicie chybione i nieznajdujące uzasadnienia w zasadach logiki i doświadczenia życiowego.



Odnosząc się do zakresu prac w przedmiotowym postępowaniu, przystępujący podniósł, że na wszystkie prace przedprojektowe oraz projektowe oraz na uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych, w tym pozwoleń na budowę oraz ostatecznej Decyzji o Ustaleniu Lokalizacji Linii Kolejowej wykonawca będzie miał niespełna 12 miesięcy. W tym terminie wykonawca musi podjąć wiele kluczowych dla późniejszej realizacji zamówienia decyzji odnoszących się do właściwego etapowania prac skutkujących przesądzeniem o ilości zamierzeń budowlanych oraz w konsekwencji o ilości pozwoleń na budowę. Termin zakończenia wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych wynosi do 50 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Równocześnie zamawiający określił bardzo wysokie kary umowne za niedochowanie terminów realizacji poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia.

Przystępujący podnieśli, że „wyśrubowane warunki” umowy, m.in. w zakresie przewidzianych w niej kar umownych, dają wystarczającą podstawę i dowód konieczności połączenia potencjałów firm celem dywersyfikacji ryzyka kontraktowego.

Niezależnie od powyższego, każdy z konsorcjantów zidentyfikował zakres występowania głównych ryzyk, poddał je analizie i ewaluacji, a następnie wdrożył stosowne postępowanie, którego skutkiem było zawiązanie umowy konsorcjum — jako mitygowanie ryzyka poprzez jego podzielenie z innymi stronami.

Przystępujący wskazali, że poza czynnikami zewnętrznymi, każdy z konsorcjantów, ocenił również swoją indywidualną sytuację. Decyzja o zawiązaniu konsorcjum wynikała zatem również faktu zaangażowania obu przystępujących w inne inwestycje w Europie i na świecie.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W postępowaniu organizowanym przez zamawiającego w 2014 r. i dotyczącym budowy II linii metra I etapu odcinka zachodniego i I etapu odcinka wschodnio-północnego wykonawca Gülermak złożył samodzielnie ofertę i uzyskał zamówienie w zakresie Zadania nr 1 dotyczącego realizacji odcinka zachodniego, a wykonawca Astaldi złożył samodzielnie ofertę i uzyskał zamówienie w zakresie Zadania nr 2 dotyczącego realizacji odcinka wschodnio- północnego.

W dniu 23 listopada 2017 r. zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania.

Przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych dla trzeciego etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie, o długości ok.

3,92 km, od szlaku za stacją C04 „Powstańców Śląskich” do Stacji Techniczno-Postojowej (STP) Mory w Warszawie, wraz z STP Mory, w następującym zakresie:

- 1) opracowanie dokumentacji przedprojektowej, w tym w szczególności:
  - a) inwentaryzacja i waloryzacja zieleni;
  - b) ocena stanu budynków w strefach wpływu budowy metra;
  - c) wykonanie analizy wpływu drgań i obciążeń dynamicznych na konstrukcje budynków i ludzi w nich przebywających,
  - d) wykonanie analizy i oceny wzajemnego wpływu budowy i eksploatacji obiektów metra oraz obiektów i infrastruktury sąsiadującej z inwestycją,
  - e) opracowanie wniosku o wydanie Decyzji o Ustaleniu Lokalizacji Linii Kolejowej oraz uzyskanie ww. Decyzji (ostatecznej);
  - f) wykonanie mapy do celów projektowych ,
  - g) wykonanie koncepcji architektoniczno-budowlanej węzłów przesiadkowych przy stacji C1 i C3,
- 2) opracowanie Dokumentacji Projektowej, w tym w szczególności:
  - a) Projektów Budowlanych wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę i zatwierdzeniu Projektu Budowlanego, ostatecznej lub zaopatrzonej w rygor natychmiastowej wykonalności,
  - b) projektu Podstawowej Sieci Realizacji Metra, Podstawowej Wysokościowej Sieci Realizacji Metra i osnowy I rzędu,
  - c) Informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,
  - d) Projektów Wykonawczych
  - e) scenariusza pożarowego,
  - f) instrukcji bezpieczeństwa pożarowego oraz zakładowego planu ratowniczego dla stacji metra oraz obiektów STP Mory,
- 3) wykonanie Planu Ruchu Zakładu Górniczego dla Inwestycji oraz uzyskanie jego zatwierdzenia przez właściwy organ nadzoru górniczego,
- 4) wykonanie pozostałych czynności i opracowań niezbędnych do rozpoczęcia i realizacji robót budowlanych, w tym założenie osnowy geodezyjnej oraz założenie mapy dyżurnej i jej sukcesywne aktualizowanie w trakcie realizacji Inwestycji,
- 5) kompleksowe wykonanie Robót Budowlanych, w zakresie tuneli i wentylatorni szlakowych, stacji metra wraz z torami odstawczymi, powiązań Inwestycji z zachodnim odcinkiem II linii metra i przebudowy torów odstawczych stacji C04, Stacji Techniczno-Postojowej Mory, zagospodarowania terenu dla stacji, wentylatorni i terenu STP Mory.

Warunki udziału w postępowaniu dotyczyły:

(a) średniego rocznego obrotu za ostatnie trzy lata obrotowe w wysokości nie mniejszej niż 500 mln PLN rocznie, dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 150 mln PLN,

(c) wykonania łącznie, co najmniej 3 km pojedynczego tunelu w technologii tarcz zmechanizowanych (TBM) dla inwestycji kolejowych, metra, drogowych lub infrastrukturalnych wraz z wykonaniem wszystkich robót budowlanych z wyposażeniem obiektów budowlanych we wszystkie instalacje, urządzenia i systemy cało liniowe, w tym co najmniej 1 km tunelu podziemnego transportu szynowego w mieście,

(d) wykonania co najmniej dwóch stacji podziemnych, z przejściem tarcz TBM przez konstrukcje tych stacji,

e) wykonania co najmniej 3 km torów kolejowych z rozjazdami i sterowaniem ruchu pociągów (SRP/SRK) oraz

f) wykonania co najmniej jednego budynku z kategorii XVIII obiektów budowlanych wyszczególnionych w załączniku do Ustawy Prawo budowlane, o powierzchni zabudowy minimum 3 000 m<sup>2</sup> i kubaturze minimum 18 000 m<sup>3</sup>

Obydwaj przystępujący spełniali osobno warunki udziału w postępowaniu (okoliczność bezsporna).

W dniu 15 marca 2018 r. nastąpiło otwarcie ofert. W postępowaniu oferty złożyli: przystępujący oraz odwołujący.

W dniu 11 kwietnia 2018 r. odwołujący przesłał do zamawiającego pismo w sprawie podejrzenia naruszenia przepisów prawa konkurencji przez przystępujących. Zdaniem odwołującego przystępujący zawarli niedozwolone antykonkurencyjne porozumienie mające na celu uzgodnienie warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie prac i ceny, co doprowadziło do zakłócenia konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z тезami zawartymi w ww. piśmie odwołującego:

1) przystępujący złożyli ofertę jako konsorcjum, pomimo że byliby w stanie samodzielnie złożyć oferty z realną szansą na wygranę przetargu, a tym samym wyeliminowali konkurencję pomiędzy sobą ze szkodą dla zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

2) art. 23 ust. 1 ustawy P.z.p. dopuszcza, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, ale nie może to zakłócać konkurencji pomiędzy wykonawcami, bowiem wówczas, wykonawcy ci podlegają wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p.

Odwołujący poinformował także zamawiającego o tym, że w tej sprawie złożył także zawiadomienie do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W dniu 18.04.2018 r. zamawiający zwrócił się do przystępujących o udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazanym przez odwołującego.

W dniu 26.04.2018 r. przystępujący złożyli wyjaśnienia w zakresie złożenia wspólnej oferty, wskazując, że było to podyktowane następującymi czynnikami:

1. minimalizacja ryzyk związanych z zaangażowaniem przystępujących w inne przedsięwzięcia inwestycyjne;
2. konieczność zaangażowania wspólnego potencjału technicznego i kadrowego zgromadzonego w Polsce i w konsekwencji obniżenia kosztów realizacji inwestycji;
3. rzeczywistymi warunkami złożenia oferty i realizacji inwestycji;
4. komplementarność zdolności przystępujących;
5. Podział ryzyk kontraktowych i jego konsekwencje

W dniu 22.06.2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty przystępujących, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i jego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. Ewentualne uwzględnienie odwołania spowodowałoby wykluczenie wykonawców z postępowania i uzyskanie przez odwołującego przedmiotowego zamówienia publicznego.

Po drugie, Izba nie uwzględniła stanowiska zamawiającego i przystępujących w przedmiocie wniosku o odrzucenie odwołania i braku kompetencji po stronie Izby do rozpoznania odwołania. Wskazać należy, iż zamawiający, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p., jest uprawniony do dokonania czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy, 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. Przepis ten jest efektem implementacji do polskiej ustawy przepisu zawartego w art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie

zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.

Na czynność wykluczenia przysługuje wykonawcy uprawnienie do wniesienia odwołania (art. 180 ust. 1). Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza – w myśl art. 172 ust. 1 ustawy P.z.p. – jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba, w przypadku wniesienia takiego odwołania, bada zatem zasadność decyzji zamawiającego w kontekście ewentualnego naruszenia przez niego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. Kompetencja Izby do rozpoznania zarzutu wniesionego w tym przedmiocie wynika zatem ze wskazanych wyżej przepisów ustawy P.z.p. Zaprzeczenie istnienia kompetencji Izby do rozpoznania odwołania w tym zakresie powodowałoby brak kontroli prawidłowości czynności zamawiającego, co z kolei byłoby sprzeczne z art. 1 ust. 1 zd. trzecie Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którym państwa członkowskie przedsięwzięją niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p., zamawiający wyklucza z postępowania 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. Wykazanie istnienia tej przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania ciąży na zamawiającym.

Według odwołującego, powodem wykluczenia przystępujących z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. winno być popełnienie przez nich czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na zawarciu przez nich konsorcjum, stanowiącego efekt zakazany na mocy art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (przywołanie przez odwołującego ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba traktuje jako oczywistą omyłkę), którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w

inny sposób konkurencji na rynku właściwym poprzez uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności prac lub ceny.

Z przywołanego przepisu wynika, że dla ustalenia, czy przedsiębiorcy naruszyli zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, konieczne jest kumulatywne wykazanie: po pierwsze – faktu zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami porozumienia, po drugie – wykazanie, że celem lub skutkiem zawarcia porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, po trzecie – braku wystąpienia przesłanek wyłączających spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 7 i 8 uokik.

Zaznaczyć przy tym należy, że w tej sprawie na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia zaistnienia dwóch pierwszych wyszczególnionych powyżej przesłanek, zgodnie z ogólnym rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, który wynika z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p. Skoro zamawiający nie stwierdził podstaw do wykluczenia przystępujących, odwołujący, który chciał wywieść taki skutek, miał obowiązek wykazania, że istnieją ku temu podstawy. Z tego względu za bezskuteczne należało uznać podejmowanie przez odwołującego próby przerwania na przystępujących ciężaru dowodu wykazania zasadności zawiązania konsorcjum, polegające na podnoszeniu, że udzielone uprzednio zamawiającemu wyjaśnienia nie są wystarczające. Skoro zamawiający uznał je za wystarczające dla usunięcia wątpliwości we wskazanym zakresie, na odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że zawiązanie konsorcjum stanowi zakazane porozumienie o charakterze antykonkurencyjnym.

W przypadku konsorcjum zawiązanego na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia, oczywiste jest, że jego uczestnicy uzgadniają ze sobą warunki składanej oferty, stąd okoliczność składająca się na pierwszą z powyżej wyszczególnionych przesłanek w ogóle nie wymaga dowodzenia. W przeciwieństwie do typowych zmów przetargowych, gdzie wykazanie faktu uzgadniania warunków składanych oddzielnie ofert przez odrębnie występujących wykonawców stanowi zasadniczy problem dowodowy (pomimo że zgodnie z definicją porozumienia z art. 4 pkt 5 uokik są to nie tylko umowy zawierane między przedsiębiorcami, ale wszelkie uzgodnienia w tym zakresie, dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców).

Skoro samo zawarcie porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji jest zakazane, w razie wykazania takiego celu nie ma konieczności badania skutków takiego porozumienia. W przypadku typowych zmów przetargowych może stanowić to istotne ułatwienie przy wykazywaniu zaistnienia drugiej z powyżej wyszczególnionych przesłanek.

Odmienne przedstawia się sytuacja w przypadku konsorcjum występującym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponieważ wspólne występowanie wykonawców w takim postępowaniu wprost znajduje oparcie w art. 23 ustawy P.z.p.

(wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia), samo złożenie wspólnej oferty w ramach konsorcjum nie może być kwalifikowane jako antykonkurencyjne.

Argumentacja odwołującego sprowadzała się przede wszystkim do wykazania, że przystępujący, zawierając umowę konsorcjum, naruszyli wskazane wyżej przepisy z tego względu, że mogli oni złożyć osobne oferty, jako że każdy z nich spełniał warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący swoje stanowisko poparł wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r. o sygn. akt VI ACa 651/15, gdzie Sąd stwierdził, że taka kooperacja jest przeznaczona dla podmiotów, które same nie byłyby w stanie uzyskać zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że wyrażony we wskazanym wyżej wyroku Sądu Apelacyjnego pogląd nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, bowiem wydany został w odmienny stanie faktycznym. Sąd stwierdził istnienie „zmowy przetargowej”, bowiem doszedł do przekonania, że celem porozumienia spółek tworzących konsorcjum był terytorialny podział rynku pomiędzy dwóch największych odbiorców odpadów komunalnych, nie kumulacja potencjałów i kooperacja w ramach konsorcjum. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Co do zasady uznaje się, że celem zawarcia konsorcjum jest – oprócz faktu, że nie każdy podmiot spełnia warunki postawione przez zamawiającego – okoliczność, że postawione zadanie przerasta możliwości jednego podmiotu ze względu na rozmiar lub jego stopień skomplikowania. Motywem jest także podział ryzyka na więcej podmiotów (tak: Joachim Hilla *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum* „Radca prawny” 5/2005, )

Również w ocenie Izby za niezasadny należy uznać pogląd, zgodnie z którym złożenie wspólnej oferty w ramach konsorcjum należy automatycznie kwalifikować jako zakazane porozumienie przetargowe, nawet w sytuacji gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu lub mogą samodzielnie wykonać zamówienie. Taki pogląd stałby w sprzeczności z ratio legis art. 23 ustawy P.z.p., który nie wprowadza żadnych ograniczeń w udziale konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem regulacji z art. 23 ust. 1 ustawy P.z.p. jest umożliwienie zarówno uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy z różnych przyczyn nie są zdolni do samodzielnego wykonania zamówienia, jak i wykonania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego uzyskania i samodzielnego wykonania, jeżeli samodzielne wykonanie zamówienia byłoby ekonomicznie nieuzasadnione.

Podkreślenia wymaga, że uprawnienie do występowania w postępowaniu z innymi wykonawcami wynika również z dyrektywy 2014/24/UE. W myśl art. 19 ust. 2 dyrektywy grupy wykonawców, w tym tymczasowe stowarzyszenia, mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Instytucje zamawiające nie mogą wymagać od

nich posiadania określonej formy prawnej, by grupy te mogły przedłożyć ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału.

W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, że przystępujący zawiązali konsorcjum, którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Przystępujący w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu wskazali, że celem zawiązania konsorcjum były:

1. minimalizacja ryzyk związanych z zaangażowaniem przystępujących w inne przedsięwzięcia inwestycyjne;
2. konieczność zaangażowania wspólnego potencjału technicznego i kadrowego zgromadzonego w Polsce i w konsekwencji obniżenia kosztów realizacji inwestycji;
3. rzeczywiste warunki złożenia oferty i realizacji inwestycji;
4. komplementarność zdolności przystępujących;
5. podział ryzyk kontraktowych i jego konsekwencje.

W złożonym piśmie procesowym oraz jak również na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, wskazywali na szereg inwestycji, w które są aktualnie zaangażowani, w tym budowa innych odcinków warszawskiego metra, inwestycja w Świnoujściu, inwestycje w Europie i na świecie itp. Sam fakt prowadzenia tych inwestycji nie został przez odwołującego zakwestionowany. Wręcz przeciwnie – odwołujący wskazywał, że w sytuacji, gdy przystępujący aktualnie samodzielnie wykonują osobne odcinki metra w Warszawie objęte Zadaniem nr 1 i Zadaniem nr 2 i na potrzeby ich realizacji nie musieli łączyć potencjału kadrowego ani technicznego, nie ma uzasadnienia, dlaczego taka konieczność zachodzi obecnie.

Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić. Z samego faktu, że przystępujący są aktualnie zaangażowani w realizację podobnych inwestycji, nie sposób wywieść, że z równie dobrym skutkiem będą realizować inne inwestycje o podobnym zakresie. Wnioski co do tego wydają się być wręcz odmienne. Skoro wykonawcy realizują inne zadania, to na tych zadaniach wykorzystywany kapitał, potencjał techniczny, ludzki etc. Odwołujący nie dowodzili, że przystępujący posiadają tyle zasobów, że są w stanie samodzielnie realizować kilka inwestycji równocześnie. Wywodzili jedynie, iż przystępujący samodzielnie spełniali warunki w postępowaniu w 2014 roku i spełniają je teraz, co do zasady nie było przez stronę przeciwną kwestionowane. Słusznie jednak podnosili przystępujący, że w sytuacji, gdy ich zasoby wykorzystywane są na realizowanych już inwestycjach, nie będzie można wykorzystywać ich gdzie indziej, co uzasadnia potrzebę skumulowania zasobów poprzez zawiązanie konsorcjum.



Odwołujący podnosił, że na to, że celem porozumienia pomiędzy przystępującymi nie było rozłożenie ryzyka pomiędzy tymi dwoma podmiotami, wskazuje także ta okoliczność, że podmioty te w innych zbliżonych projektach infrastrukturalnych, nawet jeżeli składają ofertę w ramach konsorcjum, to nie występują razem, ale występują w konkurujących ze sobą konsorcjach.

Odwołujący nie wyjaśnili, dlaczego fakt występowania w innych konsorcjach, nawet konkurencyjnych wobec siebie, miałby świadczyć o tym, że w konsorcjum zawiązanym w przedmiotowym postępowaniu nie chodziło o rozłożenie ryzyka. Podkreślić należy, że zawarcie konsorcjum jest każdorazowo decyzją biznesową i strategiczną, wymagającą przeprowadzenia analiz co do zasadności i efektywności jego zawarcia. Za każdym razem okoliczności zawiązania konsorcjów mogły być inne i decyzje o ich podjęciu były suwerennymi decyzjami obydwu przystępujących.

Odnosząc się do wniosków dowodowych zgłoszonych przez odwołującego na rozprawie, większość z nich dotyczyła wykazania faktu, że przystępujący samodzielnie spełniali warunki udziału w postępowaniu w 2014 roku i samodzielnie spełniają je teraz. Okoliczności te nie były przez stronę przeciwną kwestionowane. Odwołujący przedłożyli też dowody w celu wykazania sytuacji finansowej obydwu przystępujących stwierdzając, że jest ona na tyle korzystna, że umożliwi realizację przedmiotu zamówienia samodzielnie.

Izba ponownie wskazuje, że decyzja o zawiązaniu konsorcjum nie musi wynikać z braku możliwości samodzielnego wykonania zamówienia. Obydwaj przystępujący prowadzą działalność gospodarczą co do zasady nastawioną na uzyskanie dochodu. Profil działalności obu wykonawców charakteryzuje się pewnym stopniem skomplikowania i wymaga zarządzania strategicznego. Przedsiębiorcy podejmują różnego rodzaju decyzje mające na celu prowadzenie działalności w sposób najbardziej efektywny. Tego rodzaju decyzje podejmują nie tylko przedsiębiorcy w gorszej sytuacji finansowej, ale wszyscy ci, którzy spodziewają się odnieść jakieś korzyści w wyniku jej podjęcia.

Reasumując, odwołujący nie wykazał, że zawiązanie przez przystępujących konsorcjum na potrzeby tego postępowania stanowiło przejaw zakazanego na mocy art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik antykonkurencyjnego porozumienia. W szczególności nie wykazał, że złożenie wspólnej oferty przez przystępujących nie miało w tym postępowaniu ekonomicznego uzasadnienia. Podkreślić należy, że nawet w sytuacji, gdy konsorcjum eliminuje konkurencję pomiędzy jego uczestnikami w danym obszarze, korzyści dla potencjalnych lub rzeczywistych kontrahentów konsorcjum – w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości – wynikające z porozumienia co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją. Istnienie ekonomicznego uzasadnienia złożenia wspólnej oferty wyłącza antykonkurencyjny charakter konsorcjum, gdyż wówczas wyłączenie konkurencji

między wykonawcami składającymi wspólną ofertę jest niejako rekompensowane korzyściami dla kontrahentów konsorcjum.

Analogiczny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z dnia 13 stycznia 2016 roku, sygn. akt KIO 2694/15 oraz z dnia 9 marca 2017 roku, sygn. akt KIO 352/17.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....  
.....  
.....