

Sygn. akt: KIO 2550/19, KIO 2551/19

WYROK
z dnia 8 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 16 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **J. D., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą JD Inżynieria Ruchu, D. J.** (sygn. akt KIO 2550/19),
- B) w dniu 16 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **GZD sp. z o.o. sp. k. w Jonkowie** (sygn. akt KIO 2551/19)

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **GZD sp. z o.o. sp. k. w Jonkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2550/19 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **J. D., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą JD Inżynieria Ruchu, D. J.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2551/19 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2550/19 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w części 1 i 2 zamówienia,
2. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2551/19 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w części 3 i 4 zamówienia,

3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2550/19 obciąża **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. D., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą JD Inżynieria Ruchu, D. J.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** na rzecz **J. D., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą JD Inżynieria Ruchu, D. J.** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2551/19 obciąża **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GZD sp. z o.o. sp. k. w Jonkowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** na rzecz wykonawcy **GZD sp. z o.o. sp. k. w Jonkowie** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego, w tym aktywnego, na drogach krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 4 zadania”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 1 października 2019 r. nr 603699-N-2019.

10 grudnia 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę J. D., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą JD Inżynieria Ruchu, D. J., zwanego dalej „odwołującym JD” oraz wykonawcę GZD sp. z o.o. sp. k. w Jonkowie, zwanego dalej „odwołującym GZD” o odrzuceniu odpowiednio oferty odwołującego JD w części 1 i 2 zamówienia i odrzuceniu oferty odwołującego GZD w części 3 i 4 zamówienia.

W dniu 16 grudnia 2019 r. do Prezesa Izby wpłynęły odwołania złożone przez odwołującego JD i odwołującego GZD. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 2550/19 oraz sygn. akt KIO 2551/19.

Odwołujący JD wniósł odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2550/19 wobec czynności odrzucenia jego oferty w części 1 i 2 zamówienia.

Odwołujący JD zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez bezprawne odrzucenie jego oferty w części 1 i 2 postępowania przez uznanie, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 6 Kodeksu cywilnego przez odrzucenie jego oferty z postępowania w części 1 i 2, podczas gdy prawidłowo ocenione okoliczności faktyczne sprawy nie dają żadnych podstaw do przyjęcia, że on wraz z innymi wykonawcami (tutaj wykonawcą GZD sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Jonkowie) zawarł porozumienie, które miało na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ponadto zamawiający - pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu - nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności sformułowanych przez siebie twierdzeń;

- 3) art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - przez bezpodstawne uznanie, że działanie odwołującego JD stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy zamawiający nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności swoich twierdzeń;
- 4) art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - przez bezpodstawne uznanie przez zamawiającego, że odwołujący JD uczestniczył w uzgadnianiu warunków składanych ofert, czy też uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu antykonkurencyjnym w rozumieniu powyższego przepisu, podczas gdy zamawiający nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności swoich twierdzeń.

Odwołujący JD wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty w części 1 i 2 postępowania;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1 i 2 postępowania z uwzględnieniem oferty odwołującego;

W uzasadnieniu odwołania odwołujący JD podniósł, że złożył oferty na dwie części (zadania) przedmiotowego postępowania, tj. na zadanie 1 - na drogach krajowych na terenie Rejonów: Mińsk Mazowiecki, Ostrołęka, Ostrów Mazowiecka, Siedlce oraz na zadanie 2 - na drogach krajowych na terenie Rejonów: Garwolin, Radom, Zwoleń. Na zadanie 3 - na drogach krajowych na terenie Rejonów: Mława, Płock, Płońsk, Przasnysz oraz na zadanie 4 - na drogach krajowych na terenie Rejonów: Boża Wola, Grójec, Ożarów Mazowiecki" oferty złożył odwołujący GZD.

Odwołujący JD wskazał, że bezsporne jest, że on jak i GZD użyczyli sobie wzajemnie określonych zasobów i potencjału kadrowego na zadania objęte ich ofertami, a także to, że - w określonym zakresie - istnieje tożsamość, czy podobieństwo cen jednostkowych w kosztorysach ofertowych obu wykonawców.

Odwołujący JD podniósł, że zamawiający prowadził w bieżącym roku postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego tożsamego zakresu geograficznego, tj. postępowanie na „całoroczne utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego (w tym aktywnego), poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego wraz z barierami drogowymi na sieci dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na części I-IV:

część I - na drogach Rejonów: Mińsk Mazowiecki, Ostrołęka, Ostrów Maz., Siedlce,

część II - na drogach Rejonów: Garwolin, Radom, Zwoleń,

część III - na drogach Rejonów: Mława, Płock, Płońsk, Przasnysz,

część IV - na drogach Rejonów: Boża Wola, Grójec, Ożarów Mazowiecki.

Wywiódł, że zamawiający, działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, unieważnił to postępowanie, gdyż oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zdaniem odwołującego JD najpewniej przyczyną złożenia bardzo wysokich ofert w tym postępowaniu było skumulowanie w jego ramach całości zasadniczych elementów zamówienia, tj. oznakowania pionowego (w tym aktywnego), poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego wraz z barierami drogowymi, a także sama formuła postępowania, tj. „utrzymaj standard”, która ze względu na swoją specyfikę niesie dodatkowe ryzyka po stronie wykonawcy, które muszą zostać uwzględnione w cenie oferty. Ponadto odwołujący JD podniósł, że zamawiający określił bardzo wysokie warunki udziału w postępowaniu (np. w odniesieniu do potencjału technicznego).

Odwołujący JD argumentował, że wyciągając wnioski z ww. postępowania oznaczonego numerem GDDKiA.O.WA.D-3.2412.36.2019, zamawiający ponownie przeprowadził postępowanie objęte niniejszym odwołaniem rezygnując już z formuły „utrzymaj standard” (prace realizowane są na zlecenie zamawiającego) oraz ograniczając już zasadniczo jego zakres przedmiotowy do utrzymania i konserwacji oznakowania pionowego, w tym aktywnego. Tak ograniczony zakres przedmiotowy postępowania musiał wpłynąć na większe zainteresowanie niniejszym postępowaniem przez innych wykonawców (także w kontekście zmniejszenia warunków udziału w postępowaniu).

Odwołujący JD argumentował, że za swoją „główną” specjalizację uznaje produkcję, montaż, utrzymanie i konserwację oznakowania aktywnego. Inaczej sprawa ma się z wykonawcą GZD, który swoje doświadczenie i renomę posiada w produkcji, montażu, utrzymaniu i konserwacji oznakowania pionowego (jest jednym z największych producentów znaków pionowych w kraju).

Wobec powyższego odwołujący JD i GZD - ze względu także na swoją współpracę w przeszłości przy realizacji innych zamówień publicznych (tylko w roku 2019 przykładowo:

- a) Umowa podwykonawcza pomiędzy GZD, a JD w zakresie „Demontażu, dostawy, pachołków U-1a,b wraz z osłoną antyporostową oraz przewiezienie materiału pochodzącego z rozbiórki do Obwodu Drogowego na wybranych drogach wojewódzkich z podziałem na 3 części” (umowa podwykonawcza w zakresie zadania nr 2 realizowanych dla Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich),
- b) oferta konsorcjum firm GZD i JD - oferta w postępowaniu (unieważnionym) pn. „Doraźne, awaryjne usuwanie nieprawidłowości w oznakowaniu pionowym, w tym aktywnym, na drogach krajowych będących w administracji GDDKiA Oddziału Warszawa”,

c) oferta konsorcjum firm GZD i JD - oferta w postępowaniu (unieważnionym) pn. „Utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego w tym aktywnego, na drogach krajowych będących w administracji GDDKiA Oddziału Warszawa”,

d) Produkcja przez GZD elementów SIM kat. TRK I i II dla JD w ramach umowy pn. „Wykonanie, montaż, demontaż oraz utrzymanie/konserwacja tablic nazewniczego oznakowania ulic/alei/placów/rond/skwerów, Tablic Ruchu Pieszego (TRP), Tablic Ruchu Kołowego I i II Rzędu (TRK I i TRK II), Tablic Informacyjnych oraz tablic informujących o pochodzeniu nazwy ulicy/ o patronie ulicy na terenie Miasta Łodzi”,

e) w chwili obecnej współpraca w zakresie montażu oznakowania w ramach budowy obwodnicy Góry Kalwarii)

także w niniejszym postępowaniu nawiązali współpracę w zakresie wzajemnego wsparcia w określonym zakresie - tj. oznakowania pionowego (GZD w stosunku do odwołującego JD) oraz oznakowania aktywnego (odwołujący JD w stosunku do GZD).

Odwołujący JD argumentował, że zakres zamówienia objętego postępowaniem obejmuje konserwację oznakowania pionowego i oznakowania aktywnego. Odwołujący JD wskazał, że w określonej strategii biznesowej przyjmuje stopniowe ograniczanie swojej działalności w zakresie produkcji znaków pionowych na rzecz dalszej specjalizacji w produkcji znaków aktywnych. Z kolei wykonawca GZD planuje rezygnację z wykonywania znaków aktywnych. W związku powyższym odwołujący JD wskazał, że przedmiot zamówienia co do rodzaju pozostawał w sferze jego zainteresowania wyłącznie w zakresie znaków aktywnych, a z kolei wykonawca GZD zainteresowany był wyłącznie oznakowaniem pionowym. Koncentracja działalności gospodarczej na określonym typie oznakowania skłoniła go i wykonawcę GZD do współpracy, która to współpraca była owocnie realizowana w przeszłości. Wobec powyższego nastąpiło wzajemne udostępnienie określonego potencjału (zasobów) i wzajemne wskazanie ww. wykonawców w złożonych ofertach, ale tylko w zakresie wskazanego oznakowania pionowego oraz oznakowania aktywnego. Powyższa praktyka, tj. nawiązanie i realizacja współpracy pomiędzy dwiema firmami, w zakresie ich wiodących specjalizacji, nie stanowi niedozwolonej praktyki antykonkurencyjnej, a jest przejawem dywersyfikacji działalności gospodarczej i koncentracji na głównych aspektach swojej specjalizacji.

Odwołujący JD podniósł, że on oraz GZD samodzielnie przygotowywali swoje oferty. W ramach przygotowywania ofert nastąpiło jawne przekazanie sobie wzajemnie ofert na oznakowanie pionowe oraz oznakowanie aktywne, w którym to zakresie nastąpiło nawiązanie współpracy pomiędzy ww. wykonawcami. W tym kontekście - jak to ma miejsce w praktyce przetargowej - nastąpiło wzajemne złożenie ofert cenowych do określonego podwykonawcy (i zarazem podmiotu udostępniającego zasoby) - w niniejszym przypadku

wzajemnego przekazania sobie kosztorysów ofertowych dotyczących przedmiotowego postępowania, ale tylko w zakresie, w którym dany podmiot zadeklarował chęć współpracy z drugim podmiotem, tj. on przekazał GZD kosztorysy dotyczące oznakowania aktywnego w zadaniach 3 i 4, a GZD przekazał odwołującemu kosztorysy dotyczące oznakowania pionowego w zadaniach 1 i 2.

Odwołujący JD podniósł, że w następstwie złożonych propozycji cenowych - kosztorysów ofertowych - nastąpiło ich następnie uwzględnienie w cenach ofert jego i GZD, przy czym jak się okazało po złożeniu ofert - GZD postanowił zawyżyć otrzymane od odwołującego JD ceny jednostkowe w zakresie oznakowania aktywnego o wskazane 5%. W takim - niezgodnym z drugą stroną (oferentem - potencjalnym podwykonawcą) zakresie podwyższenie otrzymanej od kontrahenta ceny oferty „o swoją marżę” jest także praktyką rynkową niestanowiącą naruszenia przepisów antykonkurencyjnych, a tym bardziej wskazanych przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty. Odwołujący JD wskazał, że nie zdecydował się na jakąkolwiek zmianę („podbicie”) cen otrzymanych od potencjalnego podwykonawcy (tutaj GZD) w ramach swojej całościowej oferty. Była to indywidualna decyzja, podyktowana chęcią zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia w możliwie najniższej cenie.

Odwołujący JD argumentował, że postawione przez Zamawiającego w SIWZ ograniczenie możliwości złożenia oferty tylko na maksymalnie dwie części zamówienia (tak pkt 5.1 SIWZ; *„Zamawiający dopuszcza składania ofert częściowych zgodnie z podziałem przedmiotu zamówienia podanym w pkt. 5.1. IDW. Wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na 2 zadania”*) spowodowały, że realizujący współpracę wykonawcy - bez jakiegokolwiek wcześniejszego porozumienia - złożyli oferty na inne części zamówienia. Odwołujący JD argumentował, że wykonawca GZD nawiązał z nim kontakt proponując współpracę w zakresie realizacji konserwacji oznakowania aktywnego w częściach 3 i 4. Odwołujący JD analizując wcześniej przedmiot zamówienia doszedł do wniosku, że zainteresowany jest realizacją prac polegających na konserwacji oznakowania aktywnego w jak najszerszym zakresie, przy czym nie miał żadnych preferencji co do części, na które zamierzał składać ofertę. W sytuacji zainteresowania wykonawcy GZD współpracą w realizacji części 3 i 4 odwołujący zadeklarował swoją współpracę na zasadzie podwykonawstwa wraz z oczekiwanym przez wykonawcę GZD udostępnieniem zasobów w zakresie oferowanej współpracy, tj. personelu w postaci kierowników robót ds. aktywnych urządzeń BRD i elektryków, sprzętu, tj. przyrządu do mierzenia natężenia światła oraz doświadczenia („zdolność techniczna lub zawodowa”). Odwołujący JD podkreślił, że nawiązanie współpracy przez Odwołującego i GZD w której udostępnianie są zasoby implikowało konieczność ujawnienia pomiędzy stronami, w zakresie której części ta współpraca ma mieć miejsce. Dowodem na to jest konieczność wypełnienia przez

podwykonawcę (w przypadku części 3 i 4 - odwołującego) zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (formularz 3.3). Na tym formularzu zamawiający wymaga, by poza danymi podmiotu udostępniającego zasoby, podać zakres udostępnienia oraz informację, w zakresie której części (zadania) to udostępnienie następuje. Niemożliwe jest więc, żeby potencjalny podwykonawca oddał do dyspozycji wykonawcy jakiegokolwiek zasoby nie wiedząc w zakresie której części (zadania) to robi. Odwołujący JD podniósł, że wiedząc zatem, iż wykonawca GZD zamierza złożyć ofertę w części 3 i 4, podjął samodzielną decyzję, że złoży ofertę na części 1 i 2 i poprosił wykonawcę GZD o złożenie oferty cenowej w zakresie oznakowania pionowego na te zadania wraz z udostępnieniem zasobów w postaci kierowników prac ds. znaków pionowych i urządzeń BRD. Decyzja ta spowodowana była następującymi względami:

- i. z punktu widzenia wzajemnej współpracy (aspekt etyczny/ lojalnościowy) niewskazane byłoby konkurowanie ze współpracującym przedsiębiorcą w zakresie tych samych części zamówienia (zwłaszcza, że oferuje się mu współpracę, udostępnia zasoby, deklaruje bycie jego podwykonawcą);
- ii. chęcią zwiększenia swojej szansy na pozyskanie zamówienia w jak największym zakresie, ale w sposób dozwolony przepisami prawa.

Odwołujący JD podniósł, że nie kwestionuje jakiegokolwiek współpracy handlowej z GZD, która to współpraca miała i ma aktualnie miejsce. Zasadniczo odnosi się ona do określonej specjalizacji danego podmiotu (oznakowanie aktywne i oznakowanie pionowe). Z tych powodów nie można uznać, że składanie sobie wzajemnie w relacji wykonawca - potencjalny podwykonawca ofert cenowych jest jakąkolwiek niedozwoloną praktyką antykonkurencyjną. Ma ona bowiem powszechnie miejsce w praktyce gospodarczej. Przy czym - co należy raz jeszcze podkreślić - zwiększenie przez jednego z oferentów (w relacji wykonawca - potencjalny podwykonawca) otrzymanej oferty handlowej o jednakowy procent (stanowiący np. zakładaną marżę) nie jest niczym wyjątkowym.

Odwołujący JD wywiódł, że nie zaprzecza nawiązaniu współpracy handlowej z wykonawcą GZD przy ubieganiu się o zamówienia objęte niniejszym postępowaniem. Współpraca ta była i jest jednak związana wyłącznie z chęcią zaangażowania doświadczonego i specjalizującego się w określonym zakresie prac wykonawcy (GZD - oznakowanie pionowe/ Odwołujący JD- oznakowanie aktywne), a nie było i nie jest podyktowane jakąkolwiek chęcią wpłynięcia na konkurencję w niniejszym postępowaniu. Konkurencja ta - co wskazują złożone oferty - nie została zachwiana. A wobec i tak obniżonych warunków udziału w postępowaniu można było śmiało założyć, że konkurencja będzie duża. W jednej z części (zadanie 3) - oferta odwołującego JD, ani GZD - nie zyskała

przymiotu najkorzystniejszej, a we wszystkich 4 częściach postępowania wszystkie złożone oferty były skalkulowane na bardzo zbliżonym poziomie.

Ograniczenie ilości ofert składanych na poszczególne części zamówienia jak w niniejszym postępowaniu) skłaniają do przyznania, iż podział zamówienia na części umożliwił szerszą konkurencję pomiędzy dużą ilością podmiotów świadczących przedmiotowe roboty. Praktyka udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i składanie ofert na określone części zamówienia, a zarazem udostępnianie zasobów i korzystanie z podwykonawstwa wykonawców, ubiegających się o zamówienia na inne części zamówienia - mieszczą się w granicach prawa.

Zdaniem odwołującego JD samo stwierdzenie współpracy pomiędzy wykonawcami składającymi oferty w tym samym postępowaniu, ale na różne części zamówienia, poprzez np. wzajemne udostępnianie sobie zasobów, nie może per se stanowić podstawy do stwierdzenia czynów nieuczciwej konkurencji, jak dokonał tego zamawiający. Podstawową bowiem przesłanką dla zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest udowodnienie zaistnienia tzw. zmowy przetargowej, tj. porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów), czy wykazania działań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) - które to podstawy prawne zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Zdaniem odwołującego bez uwzględnienia właściwego kontekstu, który został przedstawiony powyżej w opisie stanu faktycznego (współpraca między Odwołującym a GZD miała miejsce w dozwolony prawnie sposób - udostępnienia potencjału/ deklaracja podwykonawstwa, tylko w ściśle określonym zakresie różniącym się co do rodzaju wykonywanych prac- oznakowanie pionowe/ oznakowanie aktywne), zamawiający postanowił postawić bardzo poważny zarzut zmowy przetargowej. W okolicznościach sprawy nie można wskazać, że jawne i praktykowane na rynku porozumienie o współpracy pomiędzy odwołującym JD a GZD miało na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym (tutaj sektora utrzymaniowego drogi), a tym bardziej sama współpraca w przygotowaniu oferty nie prowadziła do powyższego. Każdy z wykonawców - on i GZD - ubiegał się o zamówienie składając samodzielne oferty i dokonując własnej wyceny, a samo podobieństwo metodologii kalkulacji - tutaj w oparciu o kosztorysy ofertowe zamawiającego -

pozostawało i tak bez znaczenia, dla finalnego kształtu oferty, której złożenie (jak też np. „podbicie” cen ofertowych zadeklarowanego podwykonawcy) pozostawało w sferze całkowitej swobody każdego z wykonawców.

Zdaniem odwołującego JD uszło uwadze zamawiającego, że stwierdzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wiąże się z poważnymi konsekwencjami dla przedsiębiorcy, jego renomy i dobrego imienia, to zaś implikuje konieczność przeprowadzenia dogłębnego i starannego postępowania dowodowego i wykazania (uprawdopodobnienia) ponad wszelką wątpliwość, że określone działania wykonawcy rzeczywiście miały miejsce. Zamawiający takich działań zaniechał, co już dzisiaj naraziło go i GZD na utratę reputacji. Według odwołującego JD Praktyka oraz doktryna prawa konkurencyjnego porozumienie ograniczające konkurencję rozumie, jako formę kooperacji, która wskutek podjętych przez przedsiębiorców działań zastępuje konkurencję praktyczną kooperacją nieodpowiadającą normalnym warunkom rynkowym, uwzględniając rodzaj towarów, rozmiar i liczbę przedsiębiorstw oraz wielkość rozpatrywanego rynku.

Istota praktyk uzgodnionych mających antykonkurencyjny cel lub skutek utożsamiana jest z wyeliminowaniem autonomii decyzji każdego przedsiębiorcy w zakresie prowadzonej polityki rynkowej. Jako antykonkurencyjne, oceniane jest zachowanie ukierunkowane na wywołanie negatywnych skutków dla konkurencji w obszarze danego rynku właściwego. Formę kooperacji identyfikowaną z porozumieniem ograniczającym konkurencję stanowią niejednolicie oceniane zachowania paralelne (równoległe) podejmowane przez konkurujących ze sobą przedsiębiorców, którzy przyjmują jednolitą strategię na danym rynku. Działania takie mogą stanowić dowód praktyk uzgodnionych, jeżeli prowadzą do powstania warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom na rynku.

Zdaniem odwołującego JD jego współdziałanie z GZD żaden sposób nie miało na celu i nawet nie doprowadziło do ograniczenia konkurencji - biorąc chociażby pod uwagę bardzo zbliżone ceny ofert wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, czy też złożenie korzystniejszej oferty przez trzeciego wykonawcę (tak część 3 postępowania).

Odwołujący JD podniósł, że nie można przypisać jemu i wykonawcy GZD, którzy wspierali się potencjałem w ściśle określonym zakresie i wynikającym z ich wyspecjalizowania w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (oznakowanie pionowe/ oznakowanie aktywne) charakteru antykonkurencyjnego w sytuacji braku realnego zagrożenia naruszenia interesów innych wykonawców w postępowaniu, a także braku jakiegokolwiek chęci wpłynięcia przez obu wykonawców na zachwianie tej konkurencji. Nie można też kwalifikować, jako naruszającego dobre obyczaje (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), zachowania wskazującego na wysoką staranność i dążenie do pozyskania zamówienia, co na rynku zamówień publicznych zawsze wiąże się z koniecznością konkurowania w warunkach narzuconych przez zamawiającego (tutaj

ograniczenia możliwości składania ofert na dwie części). Z tego powodu on i GZD podjęli w ramach realizowanej (dozwolonej prawem) współpracy decyzję o złożeniu ofert na określone części, w taki sposób, aby konkurować z innymi wykonawcami, a nie pomiędzy sobą (co byłoby też nielojalne w stosunku w relacjach wzajemnych, biorąc pod uwagę fakt współpracy jako podwykonawcy).

Odwołujący GZD w sprawie o sygn. akt KIO 2551/19 wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w części 3 i 4 zamówienia.

Odwołujący GZD zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez bezprawne odrzucenie jego oferty w części 3 i 4 postępowania przez uznanie, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 6 Kodeksu cywilnego- przez odrzucenie oferty odwołującego z postępowania w części 3 i 4, podczas gdy prawidłowo ocenione okoliczności faktyczne sprawy nie dają podstaw do przyjęcia, że odwołujący GZD wraz z innymi wykonawcami (tutaj wykonawcą JD Inżyniera Ruchu D. J. z siedzibą w Zielonce) zawarł porozumienie, które miało na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ponadto zamawiający - pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu - nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności sformułowanych przez siebie twierdzeń;
- 3) art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp - przez bezpodstawne uznanie przez zamawiającego, że działanie odwołującego GZD stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy zamawiający nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności swoich twierdzeń;
- 4) art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp - przez bezpodstawne uznanie przez zamawiającego, że odwołujący uczestniczył w uzgadnianiu warunków składanych ofert, czy też uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu antykonkurencyjnym w rozumieniu powyższego przepisu, podczas gdy zamawiający nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności swoich twierdzeń.

Odwołujący GZD wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty w części 3 i 4 postępowania;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 3 i 4 postępowania z uwzględnieniem jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący GZD podniósł, że złożył ofertę na dwie części (zadania) przedmiotowego postępowania, tj. na zadanie 3 - na drogach krajowych na terenie Rejonów: Mława, Płock, Płońsk, Przasnysz oraz na zadanie 4 - na drogach krajowych na terenie Rejonów: Boża Wola, Grójec, Ożarów Mazowiecki". Na zadanie 1 - na drogach krajowych na terenie Rejonów: Mińsk Mazowiecki, Ostrołęka, Ostrów Mazowiecka, Siedlce oraz na zadanie 2 - na drogach krajowych na terenie Rejonów: Garwolin, Radom, Zwoleń oferty złożył wykonawca JD Inżyniera Ruchu D. J. z siedzibą w Zielonce.

Odwołujący GZD wskazał, że bezsporne jest, że on jak i przystępujący JD użyli sobie wzajemnie określonych zasobów i potencjału kadrowego na objęte ich ofertami zadania, a także to, że - w określonym zakresie - istnieje tożsamość, czy podobieństwo cen jednostkowych w kosztorysach ofertowych obu wykonawców.

Odwołujący GZD podniósł, że zamawiający prowadził w bieżącym roku postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego tożsamego zakresu geograficznego, tj. postępowanie na „Całoroczne utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego (w tym aktywnego), poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego wraz z barierami drogowymi na sieci dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na części I-IV:

część I - na drogach rejonów: Mińsk Mazowiecki, Ostrołęka, Ostrów Maz., Siedlce,

część II - na drogach rejonów: Garwolin, Radom, Zwoleń,

część III - na drogach rejonów: Mława, Płock, Płońsk, Przasnysz,

część IV - na drogach rejonów: Boża Wola, Grójec, Ożarów Mazowiecki.

Wywiódł, że zamawiający, działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, unieważnił to postępowanie, gdyż oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zdaniem odwołującego GZD najpewniej przyczyną złożenia bardzo wysokich ofert w tym postępowaniu było skumulowanie w jego ramach całości zasadniczych elementów zamówienia, tj. oznakowania pionowego (w tym aktywnego), poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego wraz z barierami drogowymi, a także sama formuła postępowania, tj. „utrzymaj standard”, która ze względu na swoją specyfikę niesie dodatkowe ryzyka po stronie wykonawcy, które muszą zostać uwzględnione w cenie oferty. Ponadto odwołujący GZD podniósł, że zamawiający określił bardzo wysokie warunki udziału w postępowaniu (np. w odniesieniu do potencjału technicznego).

Odwołujący GZD argumentował, że wyciągając wnioski z ww. postępowania oznaczonego numerem GDDKiA.O.WA.D-3.2412.36.2019, zamawiający ponownie przeprowadził postępowanie objęte niniejszym odwołaniem rezygnując już z formuły „utrzymaj standard” (prace realizowane są na zlecenie zamawiającego) oraz ograniczając już

zasadniczo jego zakres przedmiotowy do utrzymania i konserwacji oznakowania pionowego, w tym aktywnego. Tak ograniczony zakres przedmiotowy postępowania musiał wpłynąć na większe zainteresowanie niniejszym postępowaniem przez innych wykonawców (także w kontekście zmniejszenia warunków udziału w postępowaniu).

Odwołujący GZD podniósł, że w zakresie prowadzonych działalności oraz ich perspektyw, za swoją „główną” specjalizację uznaje produkcję, montaż, utrzymanie i konserwację oznakowania pionowego. Inaczej sprawa ma się z wykonawcą JD, który swoje niekwestionowane doświadczenie i renomę posiada w produkcji, montażu, utrzymaniu i konserwacji oznakowania aktywnego.

Wobec powyższego odwołujący GZD podniósł, że on i wykonawca JD - ze względu także na swoją współpracę w przeszłości przy realizacji innych zamówień publicznych (tylko w roku 2019 przykładowo:

a) umowa podwykonawcza pomiędzy GZD, a JD w zakresie „Demontażu, dostawy, pachołków U-1a,b wraz z osłoną antyporostową oraz przewiezienie materiału pochodzącego z rozbiórki do Obwodu Drogowego na wybranych drogach wojewódzkich z podziałem na 3 części” (umowa podwykonawcza w zakresie zadania nr 2 realizowanych dla Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich),

b) oferta konsorcjum firm GZD i JD - oferta w postępowaniu (unieważnionym) pn. „Doraźne, awaryjne usuwanie nieprawidłowości w oznakowaniu pionowym, w tym aktywnym, na drogach krajowych będących w administracji GDDKiA Oddziału Warszawa”,

c) oferta konsorcjum firm GZD i JD - oferta w postępowaniu (unieważnionym) pn. „Utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego w tym aktywnego, na drogach krajowych będących w administracji GDDKiA Oddziału Warszawa”,

d) Produkcja przez GZD elementów SIM kat. TRK I i II dla JD w ramach umowy pn. „Wykonanie, montaż, demontaż oraz utrzymanie/konserwacja tablic nazewniczego oznakowania ulic/alei/placów/rond/skwerów, Tablic Ruchu Pieszego (TRP), Tablic Ruchu Kołowego I i II Rzędu (TRK I i TRK II), Tablic Informacyjnych oraz tablic informujących o pochodzeniu nazwy ulicy/ o patronie ulicy na terenie Miasta Łodzi”,

e) w chwili obecnej współpraca w zakresie montażu oznakowania w ramach budowy obwodnicy Góry Kalwarii)

także w niniejszym postępowaniu nawiązali współpracę w zakresie wzajemnego wsparcia w określonym zakresie - tj. oznakowania pionowego (odwołujący GZD w stosunku do wykonawcy JD) oraz oznakowania aktywnego (wykonawca JD w stosunku do odwołującego GZD).

Odwołujący GZD podniósł, że zakres zamówienia objętego postępowaniem obejmuje konserwację oznakowania pionowego i oznakowania aktywnego. Odwołujący wskazał, że w

określonej strategii biznesowej planuje rezygnację z wykonywania znaków aktywnych. Podobnie wykonawca JD przyjmuje stopniowe ograniczanie swojej działalności w zakresie produkcji znaków pionowych na rzecz dalszej specjalizacji w produkcji znaków aktywnych. Odwołujący GZD podniósł, że w związku powyższym przedmiot zamówienia co do rodzaju pozostawał w jego sferze zainteresowania wyłącznie w zakresie znaków pionowych, a z kolei wykonawca JD zainteresowany był wyłącznie oznakowaniem aktywnym. Odwołujący GZD wywiódł, że koncentracja działalności gospodarczej na określonym typie oznakowania skłoniła go i wykonawcę JD do współpracy, która to współpraca była owocnie realizowana w przeszłości. Wobec powyższego nastąpiło wzajemne udostępnienie określonego potencjału (zasobów) i wzajemne wskazanie ww. wykonawców w złożonych ofertach, ale tylko w zakresie wskazanego oznakowania pionowego oraz oznakowania aktywnego. Powyższa praktyka, tj. nawiązanie i realizacja współpracy pomiędzy dwiema firmami, w zakresie ich wiodących specjalizacji, nie stanowi w żadnym aspekcie niedozwolonej praktyki antykonkurencyjnej, a jest przejawem dywersyfikacji działalności gospodarczej i koncentracji na głównych aspektach swojej specjalizacji.

Zdaniem odwołującego GZD nastąpiło nawiązanie dozwolonej współpracy gospodarczej pomiędzy nim a JD, nienoszącej znamion zmowy przetargowej, stypizowanej w przepisach prawa, a w szczególności we wskazanych przez zamawiającego przepisach prawa konkurencji w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego GZD.

Odwołujący GZD podniósł, że każdy z wykonawców, tj. on oraz JD, samodzielnie przygotowywał swoje oferty. W ramach przygotowywania ofert nastąpiło jawne przekazanie sobie wzajemnie ofert na oznakowanie pionowe oraz oznakowanie aktywne, w którym to zakresie nastąpiło jak podkreślono powyżej - nawiązanie współpracy pomiędzy ww. wykonawcami. W tym kontekście nastąpiło wzajemne złożenie ofert cenowych do określonego podwykonawcy (i zarazem podmiotu udostępniającego zasoby) - w niniejszym przypadku wzajemnego przekazania sobie kosztorysów ofertowych dotyczących przedmiotowego postępowania, ale tylko w zakresie w którym dany podmiot w którym dany podmiot zadeklarował chęć współpracy z drugim podmiotem, tj. on przekazał wykonawcy JD kosztorysy dotyczące oznakowania pionowego w zadaniach 1 i 2, a wykonawca JD przekazał mu kosztorysy dotyczące oznakowania aktywnego w zadaniach 3 i 4.

Odwołujący GZD podniósł, że w następstwie złożonych propozycji cenowych - kosztorysów ofertowych - nastąpiło ich następnie uwzględnienie w cenach ofert jego i JD, przy czym – on samodzielnie postanowił zawyżyć otrzymane od JD ceny jednostkowe w zakresie oznakowania aktywnego o wskazane 5%. W takim - niezgodnym z drugą stroną (oferentem - potencjalnym podwykonawcą) zakresie podwyższenie otrzymanej od kontrahenta ceny oferty „o swoją marżę” jest także praktyką rynkową niestanowiącą naruszenia jakichkolwiek przepisów antykonkurencyjnych, a tym bardziej wskazanych przez

zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty. Wskazał, że wykonawca JD nie zdecydował się na jakąkolwiek zmianę („podbicie”) cen otrzymanych od potencjalnego podwykonawcy (tutaj Odwołującego GZD) w ramach swojej całościowej oferty. Była to indywidualna decyzja, podyktowana zapewne chęcią zaferowania realizacji przedmiotu zamówienia w możliwie najniższej cenie.

Odwołujący GZD wskazywał, że postawione przez zamawiającego w SIWZ ograniczenie - możliwości złożenia oferty tylko na maksymalnie dwie części zamówienia (tak pkt 5.1 SIWZ: *„Zamawiający dopuszcza składania ofert częściowych zgodnie z podziałem przedmiotu zamówienia podanym w pkt 5.1. IDW. Wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na 2 zadania”*) spowodowały, że realizujący współpracę wykonawcy - bez jakiegokolwiek wcześniejszego porozumienia - złożyli oferty na inne części zamówienia. Odwołujący GZD wywiódł, że nawiązał kontakt z JD proponując wykonawcy JD współpracę w zakresie realizacji konserwacji oznakowania aktywnego w częściach 3 i 4. Wykonawca JD analizując wcześniej przedmiot zamówienia doszedł do wniosku, że zainteresowany jest realizacją prac polegających na konserwacji oznakowania aktywnego w jak najszerszym zakresie, przy czym nie miał żadnych preferencji co do części, na które zamierzał składać ofertę. W sytuacji zainteresowania odwołującego GZD współpracą w realizacji części 3 i 4 wykonawca JD zadeklarował swoją współpracę na zasadzie podwykonawstwa wraz z oczekiwanym przez odwołującego udostępnieniem zasobów w zakresie oferowanej współpracy, tj. personelu w postaci kierowników robót ds. aktywnych urządzeń BRD i elektryków, sprzętu, tj. przyrządu do mierzenia natężenia światła oraz doświadczenia („zdolność techniczna lub zawodowa”). Odwołujący GZD podniósł, że nawiązanie współpracy przez niego i JD w której udostępniane są zasoby implikowało konieczność ujawnienia pomiędzy stronami, w zakresie której części ta współpraca ma mieć miejsce. Dowodem na to jest konieczność wypełnienia przez podwykonawcę (w przypadku części 1 i 2 – Odwołującego GZD) zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (formularz 3.3). Na tym formularzu zamawiający wymagał, by poza danymi podmiotu udostępniającego zasoby, podać zakres udostępnienia oraz informację, w zakresie której części (zadania) to udostępnienie następuje. Niemożliwe jest więc, żeby potencjalny podwykonawca oddał do dyspozycji wykonawcy jakiegokolwiek zasoby nie wiedząc w zakresie której części (zadania) to robi. Wiedząc zatem, że odwołujący GZD zamierza złożyć ofertę w części 3 i 4, wykonawca JD podjął samodzielną decyzję, że złoży ofertę na części 1 i 2 i poprosił odwołującego GZD o złożenie oferty cenowej w zakresie oznakowania pionowego na te zadania wraz z udostępnieniem zasobów w postaci kierowników prac do spraw znaków pionowych i urządzeń BRD. Zdaniem odwołującego GZD decyzja ta spowodowana była następującymi względami:

- i. z punktu widzenia wzajemnej współpracy (aspekt etyczny/ lojalnościowy) niewskazane byłoby konkurowanie ze współpracującym przedsiębiorcą w zakresie tych samych części zamówienia (zwłaszcza, że oferuje się mu współpracę, udostępnia zasoby, deklaruje bycie jego podwykonawcą);
- ii. chęcią zwiększenia swojej szansy na pozyskanie zamówienia w jak największym zakresie, ale w sposób dozwolony przepisami prawa.

Odwołujący GZD argumentował, że nie kwestionuje jakiegokolwiek współpracy handlowej z JD, która to współpraca miała i ma aktualnie miejsce. Zasadniczo odnosi się ona do określonej specjalizacji danego podmiotu (oznakowanie aktywne i oznakowanie pionowe). Z tych powodów nie można uznać, że składanie sobie wzajemnie w relacji wykonawca – potencjalny podwykonawca ofert cenowych jest jakąkolwiek niedozwoloną praktyką antykonkurencyjną. Ma ona bowiem powszechnie miejsce w praktyce gospodarczej. Przy czym - co należy raz jeszcze podkreślić - zwiększenie przez jednego z oferentów (w relacji wykonawca - potencjalny podwykonawca) otrzymanej oferty handlowej o jednakowy procent (stanowiący np. zakładaną marżę) nie jest niczym wyjątkowym.

Odwołujący GZD wywiódł, że nie zaprzecza nawiązaniu współpracy handlowej z wykonawcą JD przy ubieganiu się o zamówienia objęte postępowaniem. Współpraca ta była i jest jednak związana wyłącznie z chęcią zaangażowania doświadczonego i specjalizującego się w określonym zakresie prac wykonawcy (Odwołujący GZD - oznakowanie pionowe/ JD - oznakowanie aktywne), a nie było i nie jest podyktowane chęcią wpłynięcia na konkurencję w niniejszym postępowaniu. Konkurencja ta - co wskazują złożone oferty - nie została zachwiana. A wobec i tak obniżonych warunków udziału w postępowaniu można było śmiało założyć, że konkurencja będzie duża. W jednej z części (zadanie 3) - oferta JD, ani Odwołującego - nie zyskała pod względem ceny ofertowej przymiotu najkorzystniejszej, a co znamienne - we wszystkich 4 częściach postępowania - wszystkie złożone oferty były skalkulowane na bardzo zbliżonym poziomie.

Odwołujący GZD podniósł, że ograniczenie ilości ofert składanych na poszczególne części zamówienia (jak w niniejszym postępowaniu) skłaniają do przyznania, iż podział zamówienia na części umożliwił szerszą konkurencję pomiędzy dużą ilością podmiotów świadczących przedmiotowe roboty. Praktyka udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i składanie ofert na określone części zamówienia, a zarazem udostępnianie zasobów i korzystanie z podwykonawstwa wykonawców, ubiegających się o zamówienia na inne części zamówienia - mieszczą się w granicach prawa.

Zdaniem odwołującego GZD samo stwierdzenie współpracy pomiędzy wykonawcami składającymi oferty w tym samym postępowaniu, ale na różne części zamówienia, poprzez np. wzajemne udostępnianie sobie zasobów, nie może per se stanowić podstawy do

stwierdzenia czynów nieuczciwej konkurencji, jak dokonał tego zamawiający. Podstawową bowiem przesłanką dla zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest udowodnienie zaistnienia tzw. zmowy przetargowej, tj. porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów), czy wykazania działań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) - które to podstawy prawne Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. Według odwołującego GZD poza jedynie domysłami, bez uwzględnienia właściwego kontekstu, który został przedstawiony powyżej (współpraca między Odwołującym a JD miała miejsce w dozwolony prawnie sposób - udostępnienia potencjału/ deklaracja podwykonawstwa, tylko w ściśle określonym zakresie różniącym się co do rodzaju wykonywanych prac- oznakowanie pionowe/ oznakowanie aktywne), Zamawiający postanowił postawić bardzo poważny zarzut zmowy przetargowej. Odwołujący GZD wywiódł, że nie można wskazać, iż jawne i praktykowane na rynku porozumienie o współpracy pomiędzy nim a JD miało na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym (tutaj sektora utrzymaniowego drogi), a tym bardziej sama współpraca w przygotowaniu oferty nie prowadziła do powyższego. Zdaniem odwołującego GZD każdy z wykonawców - on i JD - ubiegał się o zamówienie składając samodzielne oferty i dokonując własnej wyceny, a samo podobieństwo metodologii kalkulacji - tutaj w oparciu o kosztorysy ofertowe zamawiającego - pozostawało i tak bez znaczenia, dla finalnego kształtu oferty, której złożenie (jak też np. „podbicie” cen ofertowych zadeklarowanego podwykonawcy) pozostawało w sferze całkowitej swobody każdego z wykonawców. Zamawiający oceniając złożone oferty pominął te okoliczności, poprzestając tylko na domysłach.

Odwołujący GZD podkreślał, że stwierdzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wiąże się z poważnymi konsekwencjami dla przedsiębiorcy, jego renomy i dobrego imienia, to zaś implikuje konieczność przeprowadzenia dogłębnego i starannego postępowania dowodowego i wykazania (uprawdopodobnienia) ponad wszelką wątpliwość, że określone działania wykonawcy rzeczywiście miały miejsce. Zamawiający takich działań zaniechał, co już dzisiaj naraziło odwołującego GZD i JD na utratę reputacji.

Odwołujący GZD podkreślał, że praktyka oraz doktryna prawa konkurencyjnego porozumienie ograniczające konkurencję rozumie, jako formę kooperacji, która wskutek

podjętych przez przedsiębiorców działań zastępuje konkurencję praktyczną kooperacją nieodpowiadającą normalnym warunkom rynkowym, uwzględniając rodzaj towarów, rozmiar i liczbę przedsiębiorstw oraz wielkość rozpatrywanego rynku. Argumentował, że istota praktyk uzgodnionych mających antykonkurencyjny cel lub skutek utożsamiana jest z wyeliminowaniem autonomii decyzji każdego przedsiębiorcy w zakresie prowadzonej polityki rynkowej. Jako antykonkurencyjne, oceniane jest zachowanie ukierunkowane na wywołanie negatywnych skutków dla konkurencji w obszarze danego rynku właściwego. Formę kooperacji identyfikowaną z porozumieniem ograniczającym konkurencję stanowią niejednolicie oceniane zachowania paralelne (równoległe) podejmowane przez konkurujących ze sobą przedsiębiorców, którzy przyjmują jednolitą strategię na danym rynku. Działania takie mogą stanowić dowód praktyk uzgodnionych, jeżeli prowadzą do powstania warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom na rynku.

Zdaniem odwołującego GZD nie sposób uznać, że zachowanie jego i JD było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowiło realne zagrożenie naruszenia interesów innych przedsiębiorców. Nie miało na celu i nawet nie doprowadziło do ograniczenia konkurencji - biorąc chociażby pod uwagę bardzo zbliżone ceny ofert wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, czy też złożenie korzystniejszej oferty przez trzeciego wykonawcę (tak część 3 postępowania).

Według odwołującego GZD samo podobieństwo ofert nie dowodzi działań niezgodnych z prawem i niedopuszczalnych również ustawą Pzp, takich jak zawarcie porozumienia pomiędzy wykonawcami, o której stanowi wskazany art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również współpracy kwalifikowanej, jako zjawisko nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym art. 3 ust. 1 tej ustawy. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego powołał się tylko na podobieństwo kalkulacji cenowych, co zostało wyżej wyjaśnione. W żaden sposób nie można stwierdzić w każdym innym aspekcie, że oferty odwołującego GZD i JD są do siebie jakkolwiek podobne, co do sposobu ich przygotowania.

Odwołujący GZD wywiódł, że nie można przypisać jemu i wykonawcy JD, którzy wspierali się potencjałem w ściśle określonym zakresie i wynikającym z ich wyspecjalizowania w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (oznakowanie pionowe/ oznakowanie aktywne) jakkolwiek charakteru antykonkurencyjnego w sytuacji braku realnego zagrożenia naruszenia interesów innych wykonawców w postępowaniu, a także braku jakiegokolwiek chęci wpłynięcia przez obu wykonawców na zachwianie tej konkurencji. Nie można też kwalifikować, jako naruszającego dobre obyczaje (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), zachowania wskazującego na wysoką staranność i dążenie do pozyskania zamówienia, co na rynku zamówień publicznych zawsze wiąże się z koniecznością konkurowania w warunkach narzuconych przez zamawiającego

(tutaj ograniczenia możliwości składania ofert na dwie części). Z tego powodu on i JD podjęli w ramach realizowanej (dozwolonej prawem) współpracy decyzję o złożeniu ofert na określone części, w taki sposób, aby konkurować z innymi wykonawcami, a nie pomiędzy sobą (co byłoby też nielojalne w stosunku w relacjach wzajemnych, biorąc pod uwagę fakt współpracy jako podwykonawcy).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, w której wniósł o oddalenie odwołań w całości. W odpowiedzi na odwołania i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2550/19 po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca GZD sp. z o.o. sp. k. w Jonkowie. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2551/19 po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca J. D., prowadzący w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą JD Inżynieria Ruchu, D. J. . Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowań odwoławczych w obu sprawach po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Planeta sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołań.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, ofertę odwołującego JD, ofertę odwołującego GZD, zawiadomienie o odrzuceniu ofert odwołujących z 10 grudnia 2019 r., załączniki do odwołań, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 2550/19 w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę GZD sp. z o.o. sp. k. w Jonkowie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 2551/19 w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę J. D., prowadzącego w Zielonce działalność gospodarczą pod nazwą JD Inżynieria Ruchu, D. J. uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w obu postępowaniach odwoławczych wykonawcy Planeta sp. z o.o. w Warszawie. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły wprawdzie zgłoszenia przystąpień do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego pochodzące od ww. wykonawcy, jednakże wniesione po terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, zamawiający kopie odwołań wraz z wezwaniami do zgłoszenia przystąpień do postępowań odwoławczych przesłał wykonawcy Planeta sp. z o.o. drogą elektroniczną za pomocą poczty e-mail w dniu 17 grudnia 2019 r. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpień do postępowań odwoławczych. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpień upłynął wykonawcy w dniu 20 grudnia 2019 r. Tymczasem zgłoszenia przystąpienia do postępowań odwoławczych zostały doręczone Prezesowi Izby w dniu 23 grudnia 2019 roku (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniach przystąpień z adnotacją o wpływie pism).

Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w jednej z form wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Wprawdzie pisma ze zgłoszeniami przystąpień zostały nadane w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 20 grudnia 2019 r. (por. stempel na kopercie), jednakże ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszeń przystąpień w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 20 grudnia

2019 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pism do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawdliwość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której Sąd stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenia przystąpień Planeta sp. z o.o. do postępowań odwoławczych wniesiono z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do ich wniesienia co skutkowało niedopuszczeniem zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że zostały wypełnione przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferty odwołujących JD i GZD zostały odrzucone odpowiednio w części 1 i 2 oraz 3 i 4 zamówienia, a w tych częściach mogą być wybrane przez zamawiającego jako najkorzystniejsze. Odwołujący domagali się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia ich ofert w ww. częściach. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił oferty odwołujących w ww. częściach, skutkowało będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takich czynności, czego efektem może być uzyskanie przez odwołującego JD i GZD zamówienia we wskazanych częściach zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że treść SIWZ zawierała m.in. następujące postanowienia:

5.1. *Przedmiotem zamówienia jest:*

„Utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego, w tym aktywnego, na drogach krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 4 zadania”

Zadanie 1 – na drogach krajowych na terenie Rejonów: Mińsk Mazowiecki, Ostrołęka, Ostrów Mazowiecka, Siedlce

Zadanie 2 – na drogach krajowych na terenie Rejonów: Garwolin, Radom, Zwoleń

Zadanie 3 – na drogach krajowych na terenie Rejonów: Mława, , Płock, Płońsk, Przasnysz

Zadanie 4 – na drogach krajowych na terenie Rejonów: Boża Wola, Grójec, Ożarów Mazowiecki

(...)

Zamawiający dopuszcza składania ofert częściowych zgodnie z podziałem przedmiotu zamówienia podanym w pkt. 5.1. IDW. Wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na 2 zadania.

5.5. PODWYKONAWSTWO I KLUCZOWE CZĘŚCI ZAMÓWIENIA:

a) Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia.

b) Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

c) Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez Wykonawcę firm podwykonawców, zgodnie z pkt 10.8 IDW.

10. INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW POLEGAJĄCYCH NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW, NA ZASADACH OKREŚLONYCH W ART. 22A USTAWY PZP ORAZ ZAMIERZAJĄCYCH POWIERZYĆ WYKONANIE CZĘŚCI ZAMÓWIENIA PODWYKONAWCOM

10.1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

10.2. Wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

10.3. (...)

10.4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty, do realizacji których te zdolności są wymagane.

10.5. (...)

10.6. (...)

10.7. W celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

10.8. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców.

Ustalono, na podstawie protokołu z otwarcia ofert (s. 8, w dokumentacji postępowania), że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

Nr oferty	Nazwa i adres wykonawcy	Część zamówienia	Cena brutto
1	Odwołujący GZD sp. z o.o., sp. k. w Jonkowie	3	7.857.737,54 zł
		4	7.502.413,60 zł
2	Odwołujący JD Inżynieria Ruchu D. J., Zielonka	1	7.330.129,65 zł
		2	7.686.522,15 zł
3	Planeta sp. z o.o., Warszawa	1	7.428.234,45 zł
		3	7.561.418,85 zł

Na podstawie treści oferty odwołującego JD złożonej na część 1 i 2 zamówienia ustalono, że w pkt 3 formularza ofertowego oświadczył on, iż zamierza zlecić swemu podwykonawcy - GZD sp. z o.o. sp. k. w Jonkowie - wykonanie w zadaniu nr 1 i 2 części obejmującej konserwację oznakowania pionowego (s. 290 w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Do oferty odwołującego JD załączono oświadczenie GZD sp. z o.o. sp. k. z 28.10.2019 r. w którym zobowiązał się on do oddania do dyspozycji odwołującemu JD w zakresie zadania nr 1 i 2 zasobu kadrowego. Wskazano, że zasób ten zostanie udostępniony na podstawie umowy podwykonawczej podczas wykonywania przez podwykonawcę części zadania nr 1 i 2 obejmującej konserwację pionowych znaków drogowych przez okres niezbędny do realizacji zamówienia (por. s. 329 – 332 w dokumentacji postępowania).

Na podstawie oferty odwołującego GZD złożonej na część 3 i 4 zamówienia ustalono, że w pkt 3 formularza ofertowego oświadczył on, iż zamierza zlecić swemu podwykonawcy – J. D. JD-Inżynieria Ruchu w Zielonce - wykonanie w zadaniu nr 3 i 4 części obejmującej konserwację znaków aktywnych (s. 342 w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Do oferty odwołującego GZD załączono oświadczenie J. D. JD-Inżynieria Ruchu z 28.10.2019 r. w którym zobowiązał się on do oddania do dyspozycji odwołującemu GZD w zakresie zadania nr 3 i 4 zasobu kadrowego, wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego. Wskazano, że zasoby te zostaną udostępnione na podstawie umowy podwykonawczej podczas wykonywania przez podwykonawcę części zadania nr 3 i 4 obejmującej konserwację znaków aktywnych przez okres niezbędny do realizacji zamówienia (por. s. 344– 348 w dokumentacji postępowania).

Nie było także sporne, że ceny jednostkowe w 108 ze 109 pozycji w kosztorysach ofertowych „Część B Oznakowanie pionowe” u obu odwołujących są jednakowe

Nie było również sporne, że ceny jednostkowe w 148 ze 152 pozycji w kosztorysach ofertowych „część A- oznakowanie aktywne” w ofercie GZD są wyższe o równo 5% od cen jednostkowych w kosztorysach ofertowych JD.

Ustalono, że w dniu 29 października 2019 r. o g. 11.02 pan M. G. z firmy JD Inżynieria Ruchu przesłał do pana G. T. z firmy GZD sp. z o.o. sp. k. ofertę podwykonawczą na oznakowanie aktywne w zadaniu nr 3 i 4. Ustalono także, że w dniu 29 października 2019 r. o g. 11.48 pan G. T. z firmy GZD sp. z o.o. sp. k. przesłał do pana M. G. z firmy JD Inżynieria Ruchu ofertę podwykonawczą na oznakowanie pionowe w zadaniu nr 1 i 2 (por. dowody - załączniki do obu odwołań).

Nie było sporne między stronami, że odwołujący JD i odwołujący GZD są niezależnymi i w żaden sposób niepowiązanymi podmiotami gospodarczymi. W szczególności nie należą do tej samej grupy kapitałowej.

Ustalono również, że zamawiający w dniu 10 grudnia 2019 r. zawiadomił odwołującego JD a także odwołującego GZD o odrzuceniu złożonych przez nich ofert odpowiednio w częściach 1 i 2 oraz 3 i 4 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał m.in., co następuje:

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019r., poz. 1010 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny,

Naruszenie art. 6 ust. 1 pkt. 7 stanowi najcięższe naruszenie prawa konkurencji. Ustalając więc, że doszło do zмовы uczestników przetargu, uprawnionym jest stwierdzenie, że takie działanie narusza interes innych przedsiębiorców, co w konsekwencji realizuje przesłanki wynikające z art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019r., poz. 1010 ze zm.), a w dalszej kolejności wynikające z treści art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie wystąpił zbieg norm i podstaw dla przypisania Wykonawcom JD i GZD czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na współdziałaniu przy przygotowaniu ofert w celu uzgodnienia cen i przede wszystkim części (zadań) na które będą składać oferty.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w pkt 14.2 Tomu I SIWZ zastrzegł, że wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na dwa zadania. Postanowienie to miało zachować konkurencję na rynku tj. wybór co najmniej dwóch różnych firm, które ze sobą będą konkurować w sposób uczciwy, tak aby nie dopuścić do wyboru oferty jednego wykonawcy na realizację Całości zamówienia.

Wykonawca JD złożył oferty na zadania 1 i 2 a wykonawca GZD na zadania 3 i 4 W świetle ustalonego stanu faktycznego oraz analizy złożonych przez Wykonawców JD i GZD w niniejszym postępowaniu dokumentów wynika, że:

1. *Wykonawca JD który złożył oferty na zadania 1 i 2 użyczył zasobów wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego i potencjału technicznego wykonawcy GZD, który złożył oferty na zadania 3 i 4*

2. Wykonawca GZD który złożył oferty na zadania 3 i 4 użyczył zasobów i potencjału kadrowego wykonawcy JD, który złożył oferty na zadania 1 i 2

Zatem Ci wykonawcy mieli wiedzę, który z nich składa ofertę na które zadanie. Ponadto wykonawca JD użyczając zasobu wiedzy i doświadczenia wykonawcy GZD przy wyborze jego oferty na zadania 1 i 2 oraz oferty GZD na zadania 3 i 4 zapewniłby sobie udział w realizacji wszystkich czterech części (zgodnie z art. 22a ust 4 ustawy pzp)

3. Ceny jednostkowe w 108 ze 109 pozycji w kosztorysach ofertowych „Część B Oznakowanie pionowe” u obu Wykonawców są jednakowe

4. Ceny jednostkowe w 148 ze 152 pozycji w Kosztorysach ofertowych „część A-oznakowanie aktywne” w ofercie GZD są wyższe o równo 5% od cen jednostkowych w kosztorysach ofertowych JD.

Oferty zostały złożone na poszczególne zadania tak, aby nie wchodziły sobie w drogę, aby z sobą nie konkurowały. Przedmiot zamówienia podzielony został przez zamawiającego na cztery części (zadania), przy czym zgodnie z zapisami siwz jeden wykonawca mógł złożyć ofertę na maksymalnie dwie części. W takiej sytuacji, mało prawdopodobne wydaje się, aby działając w warunkach konkurencji, w sytuacji niepewności co do zachowań pozostałych uczestników rynku, doszło do braku kolizji złożonych przez tych wykonawców ofert. Wykonawcy w sposób nieuprawniony podzielili się zadaniami których dotyczył przetarg i w konsekwencji ograniczyli konkurencje w odniesieniu do tych zadań. Wykonawcy wykorzystując istniejące pomiędzy nimi zależności (użyczanie nawzajem zasobów) uzgodnili, na które zadania złożą ofertę unikając wzajemnego konkurowania pomiędzy sobą. Obaj Ci wykonawcy składając łącznie oferty na większą liczbę zadań niż inni wykonawcy mogli - korzystając z efektu skali- skalkulować ceny ofert na niższym poziomie niż inni konkurenci. I rzeczywiście ceny ofert wykonawcy JD na zadania 1 i 2 i wykonawcy GZD na zadanie 4 są najniższe wśród ofert złożonych na te zadania. Sposób kalkulacji cen jednostkowych na tym samym poziomie lub zwiększonych o jednakowy procent dowodzą przyjętego przez wykonawców mechanizmu zмовы przetargowej określanego jako „ograniczenie ofert”. Wariant przyjęty przez Wykonawców wymagał porozumienia, w którym wykonawcy porozumieli się, co do rezygnacji, nie tyle z samego przetargu, ale poszczególnych jego zadań i skutkiem tego był podział rynku pomiędzy tymi wykonawcami i brak między nimi rzeczywistej Konkurencji. W powyższych okolicznościach, z racji istnienia pomiędzy wykonawcami zмовы przetargowej, złożenie ofert przez obu wykonawców stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zмова przetargowa polegać może m.in. na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie istotnych parametrów rynkowych, jak cena, warunki świadczenia usług, zakres prac, które należą do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji oraz najbardziej szkodliwych z punktu

widzenia ochrony konkurencji nieprawidłowości występujących w przetargach. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego artykułu wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji może być m. in. utrudnianie dostępu do rynku. W ocenie Zamawiającego zachowanie wykonawców w pełni wypełnia hipotezę powołanych powyżej norm. W broszurze UOKIK z 2013 r. pt. "Zmowa przetargowa", wskazano na podstawowe, najczęstsze formy współpracy przedsiębiorców działających w zмовie, stwierdzając w konkluzji, że w świetle powołanych obowiązujących przepisów prawa oraz dokumentów przyjętą przez wykonawców formą zмовы przetargowej był podział rynku, a symptomami świadczącymi o podejrzeniu wystąpienia zмовы przetargowej udostępnianie zasobów i zbieżność cen jednostkowych.

Tym samym należało uznać, że ww. wykonawcy dokonali uzgodnienia w zakresie warunków ofert składanych w przetargu. Uczestnicy porozumienia, wykorzystując określone w SIWZ ograniczenie możliwości składania ofert do maksymalnie dwóch części, dokonali podziału przedmiotu zamówienia, czego efektem jest złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą nie konkurujących (podział rynku). (...)

Wskazane okoliczności przemawiają za uznaniem, że celem tego współdziałania było porozumienie co do podziału lokalnego rynku usług związanych z utrzymaniem i konserwacją oznakowania poziomego na drogach krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie pomiędzy wykonawców JD i GZD ściśle ze sobą współpracujących.

Porozumienie pomiędzy wymienionymi dwoma wykonawcami pozwalało na ustalenie wspólnych reguł złożenia oferty, jednakowych elementów kalkulacyjnych ofert, co sprowadza się do wypaczenia reguł konkurencji i wyczerpuje czyn kwalifikowany jako zмова wykonawców. Jest to zмова w ujęciu horyzontalnym tj. porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami - działającymi na danym rynku jako konkurenci, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty na poszczególne części tak, aby ich oferty z sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie przedmiot zamówienia. (...)

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Odwołania podlegały uwzględnieniu, gdyż potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.) stanowi, że *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (t. jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 369 ze zm.) stanowi, że *zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.*

Art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, (...)*

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik wynika, że nie każde porozumienie między wykonawcami jest zakazane. Zabronione i nieważne są jedynie takie porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Z przepisu wynika zatem, że niewystarczające jest wykazanie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne. Zawarcie takiego rodzaju porozumienia musi być dowiedzione przez zamawiającego, na którym spoczywa ciężar dowodu (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp). W analizowanej sprawie zamawiający uznał, że zostały spełnione ww. przesłanki i zdecydował się odrzucić oferty odwołujących. W tej sytuacji przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakładał na zamawiającego dodatkowy obowiązek, a mianowicie podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności odrzucenia.

Izba stwierdziła, że uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia ofert odwołujących z 10 grudnia 2019 r. i materiał dowodowy zgromadzony w sprawie świadczyły jedynie o tym, że niewątpliwie odwołujący JD i GZD zawarli między sobą porozumienie. Okoliczność ta nie była sporna między stronami. Nie ulegało wątpliwości, że odwołujący JD złożył zamawiającemu ofertę w części 1 i 2. Z kolei odwołujący GZD złożył zamawiającemu ofertę

obejmującą zadania nr 3 i 4. Celem wykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego wykonawcy ci polegali wzajemnie na swym potencjale. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego celem wykazania warunków udziału w postępowaniu jest instytucją uregulowaną w art. 22a ustawy Pzp. Przypomnienia wymaga, że stosownie do art. 22a ust. 1 ustawy Pzp:

- 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.*
- 2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.*

Na powyższe zwrócił uwagę sam zamawiający, gdyż w postanowieniu pkt 10.1. SIWZ wyraźnie dopuścił możliwość polegania przez wykonawców na zasobach podmiotów trzecich celem wykazania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto nie budziło wątpliwości, że odwołujący w postępowaniu nawiązali współpracę w zakresie wzajemnego wsparcia w określonym zakresie - tj. oznakowania pionowego (odwołujący GZD w stosunku do Odwołującego JD) oraz oznakowania aktywnego (Odwołujący JD w stosunku do odwołującego GZD). Odwołujący GZD miał zostać podwykonawcą odwołującego JD w zakresie konserwacji oznakowania pionowego na zadaniu nr 1 i 2, a odwołujący JD miał być podwykonawcą odwołującego GZD w zakresie konserwacji znaków aktywnych na zadaniach 3 i 4. Na możliwość powierzenia wykonania określonej części zamówienia podwykonawcy zezwolił wykonawcom sam zamawiający. W postanowieniu pkt 5.5. a SIWZ wskazał, że nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Wyraźnie też zastrzegł, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (pkt 5.5. lit. b SIWZ).

Rację ma zamawiający gdy twierdzi, że samo skorzystanie z instytucji dopuszczonych przez ustawę Pzp nie świadczy jeszcze o tym, że działania wykonawców nie mają charakteru antykonkurencyjnego. Jak wskazuje się w raporcie UOKiK z września 2013 r. „system zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce”, na który powołał się sam zamawiający, zawarcie przez wykonawców umowy konsorcjum (art. 23 ustawy Pzp) czy skorzystanie z instytucji polegania wykonawcy na zasobach podmiotu trzeciego (art. 22a ustawy Pzp), czy zawarcie umowy podwykonawczej z innym wykonawcą (art. 36a ust. 1 ustawy Pzp) – w okolicznościach danej sprawy – może być uznane za działanie o

charakterze antykonkurencyjnym. Fakt, że taki właśnie był cel lub skutek zawartego porozumienia powinien wykazać zamawiający. W ocenie Izby, w analizowanej sprawie zamawiający nie sprostął ciężarowi udowodnienia, że celem lub skutkiem porozumienia zawartego przez odwołujących było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji.

Na uwagę zasługiwał fakt, że odwołujący w analizowanej sprawie polegał na swoim zasobie wiedzy i doświadczenia. Skorzystanie z dobrodziejstwa tej instytucji wymagało, aby podmioty udostępniające swe zasoby wykonały roboty, do realizacji których zdolności te są wymagane. Innymi słowy podmiot trzeci udostępniając zasób doświadczenia musiał zobowiązać się do uczestniczenia w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Powyższy obowiązek wynikał jednoznacznie z przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane*. Również podjęcie współpracy na zasadzie wykonawca – podwykonawca wymagało zawarcia daleko idącego porozumienia, którego treścią było uzgodnienie zakresu podwykonawstwa i jego warunków. Oczywistym w tej sytuacji jest, że odwołujący nie tylko mogli, ale i musieli uzgodnić zasady przyszłej współpracy i podwykonawstwa.

Izba stwierdziła, że decyzja obu odwołujących o nawiązaniu współpracy polegającej na udostępnieniu sobie wzajemnie zasobów kadrowego oraz wiedzy i doświadczenia z którym wiązało się podwykonawstwo, podjęta była z uwzględnieniem specjalizacji każdego z nich i miała charakter rynkowy.

Odwołujący nawiązali współpracę w zakresie wzajemnego wsparcia w określonym zakresie - tj. oznakowania pionowego (odwołujący GZD w stosunku do Odwołującego JD) oraz oznakowania aktywnego (Odwołujący JD w stosunku do odwołującego GZD). Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom odwołujących, że „główną” specjalizacją odwołującego JD jest produkcja, montaż, utrzymanie i konserwacja oznakowania aktywnego. Z kolei odwołujący GZD jest jednym z największych producentów znaków pionowych w kraju, który swe doświadczenie i renomę posiada w produkcji, montażu, utrzymaniu i konserwacji oznakowania pionowego.

Jak wskazuje się w przywoływanym przez samego zamawiającego ww. raporcie UOKiK w przypadku porozumień między wykonawcami takich jak konsorcjum, udostępnienie zasobów, czy zawarcie umowy podwykonawczej, w efekcie których wykonawcy nie konkurują ze sobą, należy uwzględniać kontekst nawiązania współpracy oraz ocenić ich skutek lub cel. Innymi słowy należy badać czy zawiązanie konsorcjum, udostępnienie

zasobów lub zawarcie umowy podwykonawczej ma charakter rynkowy i czy nawiązanie współpracy warunkowało złożenie oferty zamawiającemu.

Jak wskazuje się w ww. raporcie, *jeśli zatem konsorcjum utworzono bez żadnego obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie, mając realną szansę wygrania przetargu, to działanie takie stanowi zakazane porozumienie ograniczające konkurencję. Punktem wyjścia do antymonopolowej oceny konsorcjum jest ustalenie, czy jego uczestnicy nie mogliby samodzielnie, bez współpracy ze sobą, wziąć udziału w przetargu. Wykazanie obiektywnego braku możliwości złożenia odrębnych ofert indywidualnie przez każdego z członków konsorcjum prowadzi do wniosku, że konsorcjum nie ogranicza konkurencji, albowiem w sytuacji, gdyby konsorcjum nie zostało zawiązane, jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu.*

Zamawiający antykonkurencyjności porozumienia upatrywał w tym, że wykonawcy ustalili, że nie będą ze sobą konkurować w żadnej z czterech części zamówienia, na jakie podzielono przedmiot zamówienia. Takie twierdzenie zamawiającego byłoby zasadne, gdyby udowodnił, że odwołujący byli w stanie złożyć mu odrębną, samodzielną ofertę.

Zdaniem Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie prowadził do wniosku, że gdyby nie decyzja odwołujących o podjęciu współpracy zamawiający nie otrzymałby od nich odrębnych samodzielnych ofert. Odwołujący GZD oświadczył w trakcie rozprawy, że gdyby nie otrzymał wsparcia i potencjału od odwołującego JD to w ogóle nie byłby w stanie złożyć w tym postępowaniu żadnej oferty zamawiającemu. Dodatkowo wyjaśnił w zgłoszeniu przystąpienia, że *z końcem bieżącego roku zaprzestaje prowadzić działalność w zakresie pionowego oznakowania aktywnego. (...). Spowodowane jest to wygaśnięciem z dniem 19 września 2021 r. Aprobaty technicznej w zakresie pionowego oznakowania aktywnego oraz biorąc pod uwagę, że przystępujący planuje zawiesić swoją Aprobata Techniczną z dniem 21.10.2020, jak również nie przystąpi do inspekcji przedłużającej ważność Aprobaty Technicznej IBDiM nr AT/2011-02-2757/2 dotyczącej tego rodzaju oznakowania aktywnego. (por. pkt 1.1. zgłoszenia przystąpienia GZD w sprawie KIO 2550/19 s. 4).*

Dodatkowo w trakcie rozprawy odwołujący GZD wyjaśnił, że utracił zasoby kadrowe odpowiedzialne za proces produkcji znaków aktywnych. Wyjaśnił, że nie osiągnął zadowalającego poziomu skali w zakresie produkcji znaków aktywnych. Podkreślił, że produkcja znaków aktywnych wymaga specjalizacji, która obejmuje takie elementy jak zasilanie, sterowanie.

Ponadto wykonawca GZD oświadczył w ww. zgłoszeniu przystąpienia, że *już od lipca 2019 r. w przypadku przystąpienia do przetargu, który obejmował aktywne oznakowanie pionowe, (...) korzystał ze współpracy z dostawcami takiego oznakowania (...).* (por. pkt 1.1. zgłoszenia przystąpienia GZD w sprawie KIO 2550/19 s. 4). Wskazał na przykłady takiej współpracy.

Izba stwierdziła, że oświadczenia przystępującego GZD są wiarygodne, a ponadto zostały poparte dowodami. W trakcie rozprawy odwołujący złożył Izbie dokumenty potwierdzające fakt nawiązania współpracy, o której mowa w zgłoszeniu przystąpienia m.in. z odwołującym JD. Znamienne jest, że z dowodów tych wynikało, iż porozumienie odwołującego GZD i JD w przeszłości przybierało m.in. formę konsorcjum. Skutkiem tego rodzaju porozumienia było niekonkurowanie odwołujących ze sobą wyrażające się w zaniechaniu złożenia ofert odrębnych zamawiającemu. Co istotne, jak wynika ze złożonych dowodów, takie oferty wspólne składane były również obecnemu zamawiającemu, zaś fakt niekonkurowania odwołujących nie budził ówczesnie żadnych wątpliwości zamawiającego.

Z kolei odwołujący JD wyjaśnił w trakcie rozprawy, że jego potencjał produkcyjny w odniesieniu do znaków pionowych jest niewystarczający do konkurowania cenowego z dużymi graczami na rynku, do których można zaliczyć odwołującego GZD. Ponadto wyjaśnił, że znalazł się ostatnio w trudnej sytuacji finansowej, czego efektem była konieczność redukcji zatrudnienia. Oświadczył też, że nie jest w stanie w krótkim czasie wyprodukować znacznej liczby oznakowania pionowego.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom odwołujących przedstawionym w odwołaniach, zgłoszeniu przystąpienia ani w trakcie rozprawy. Nie przedstawił również żadnego dowodu przeciwnego, np. oferty w której w ostatnim czasie odwołujący JD ofertowałby samodzielnie w postępowaniach na konserwację znaków pionowych, a odwołujący GZD - na konserwację znaków aktywnych. W związku z powyższym uznano za ustalone powyższe twierdzenia odwołujących co do ich specjalizacji i konieczności podjęcia wzajemnej współpracy.

Przy wyrokowaniu wzięto pod uwagę, że to decyzją samego zamawiającego połączono w jednym postępowaniu konserwację oznakowania pionowego i aktywnego. Gdyby nie ta autonomiczna decyzja zamawiającego, to prawdopodobnie odwołujący nie musieliby nawiązywać współpracy, gdyż każdy z nich byłby w stanie złożyć zamawiającemu samodzielną ofertę.

W efekcie należało dojść do wniosku, że współpraca obu wykonawców – w okolicznościach danej sprawy - doprowadziła do zwiększenia konkurencyjności w postępowaniu, a nie do jej zmniejszenia, jak utrzymuje zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia.

Również dobór części, na jakie wykonawcy ofertowali, nie budził wątpliwości. Odwołujący GZD od początku był zainteresowany udziałem w częściach 3 i 4 zamówienia. Jak wyjaśniono w zgłoszeniu przystąpienia wykonawcy GZD do sprawy KIO 2550/19, regiony odpowiadające zadaniom 3 i 4 są najlepiej skomunikowane z siedzibą spółki GZD, a ponadto GZD jako partner konsorcjum od listopada 2018 r. do lipca 2019 r. wykonywał prace dot. oznakowania pionowego na rzecz zamawiającego w regionach określonych dla zadania

3. Zamawiający tym twierdzeniom odwołującego GZD nie zaprzeczył, a wiedzę na ten temat musiał posiadać, choćby z uwagi na fakt, że umowa na jaką powoływał się odwołujący GZD, jest realizowana na rzecz samego zamawiającego. W związku z powyższym okoliczność tę uznano za ustaloną. Kierując się powyższym ustaleniem Izba stwierdziła, że decyzja GZD o ofertowaniu na zadania 3 i 4 zadań miała charakter racjonalny, rynkowy, uzasadniony organizacją zadań spółki. Rzeczywiście odwołujący GZD, który ofertował na część 3 i 4, nie złożył oferty na część 1 i 2. Z kolei odwołujący JD ofertował na część 1 i 2 i nie złożył oferty na część 3 i 4. Po pierwsze jednak, to decyzją samego zamawiającego wprowadzono do SIWZ ograniczenie, zgodnie z którym wykonawca nie może ofertować na więcej niż 2 części. Po drugie zaś odwołujący posiłkując się wzajemnie zasobami wiedzy i doświadczenia implikującymi konieczność wzięcia udziału w postępowaniu w charakterze podwykonawcy, nie mogli złożyć oferty w tych samych częściach. Jak wskazuje się w powoływanym już wcześniej raporcie UOKIK z września 2013 r., takie działanie mogłoby zostać uznane za przejaw złożenia więcej niż jednej oferty przez tego samego wykonawcę w tej samej części zamówienia. W publikacji UOKIK wskazano bowiem, że *Szczególną formą składania więcej niż jednej oferty są praktyki nadużywania przepisów art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dotyczących korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Podmioty nadużywające tego przepisu użyczają swój potencjał kilku wykonawcom, składającym oddzielne oferty, w stopniu, który w praktyce oznacza wykonanie całego przedmiotu zamówienia przez danego przedsiębiorcę. Dodatkowo przedsiębiorca ten może także złożyć ofertę we własnym imieniu. W opisanej sytuacji, obojętnie który z wykonawców korzystających z potencjału danego przedsiębiorcy wygrałby przetarg, zamówienie realizowane będzie przez tego samego przedsiębiorcę. Oznacza to, że faktycznie przedsiębiorca ten składa, często przez podstawionych wykonawców, kilka ofert i jest w stanie swobodnie manipulować wynikami przetargu.*

W tej sytuacji odwołujący, nie chcąc się narazić na zarzut złożenia w jednej części dwóch powiązanych ze sobą ofert, postanowili o ofertowaniu na różne części zamówienia. Innymi słowy decyzja odwołującego JD (który zdecydował się użyczyć zasobów wiedzy i doświadczenia w postaci podwykonawstwa odwołującemu GZD w części 3 i 4), aby ofertować w części 1 i 2, a nie w części 3 i 4, podyktowana była tym, że w przeciwnym wypadku jego działanie mogło być kwestionowane jako sprzeczne z zasadą złożenia jednej oferty przez tego samego wykonawcę w tej samej części.

Oczywistym jest też, że odwołujący, którzy wzajemnie zobowiązali się do uczestnictwa w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy mieli świadomość, do której części zamówienia ich zasób zostanie wykorzystany. Z kolei sami zwracając się o udostępnienie zasobu przez przyszłego podwykonawcę musieli mu wskazać, do której części zamówienia zasób ma zostać skierowany. Było to też niezbędne biorąc pod uwagę

konieczność dokonania choćby oceny możliwości podjęcia się pracy jako podwykonawca, dokonania wyceny oferty podwykonawczej itd. Powyższe oznaczało, że informacja ta w sposób oczywisty znana była obu odwołującym. Do powyższych wniosków prowadziła również uważna lektura zobowiązań JD i GZD zawartych w ofertach odpowiednio odwołującego GZD i JD, gdzie wskazano numery zadań, do których kierowano zasoby. Powyższe nie oznaczało jednak, że porozumienie w tym zakresie miało na celu ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Konieczność wymiany tych informacji wynikała także z obowiązku wykazania realności udostępnienia zasobu. Co więcej, to sam zamawiający w postanowieniu pkt 10.7 SIWZ zażądał od wykonawców dokumentów, które opisywałyby zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, sposób wykorzystania zasobu itd. Wzór dokumentu zobowiązania określał formularz 3.3. załączony do SIWZ. W formularzu tym zamawiający wyraźnie wymagał wskazania przez podwykonawcę części zamówienia, do której użycza swego zasobu wiedzy i doświadczenia. Również we wzorze formularza ofertowego w pkt 3 zamawiający wymagał od wykonawcy sprecyzowania części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy.

Rzeczywiście też, w treści kosztorysów składanych przez odwołujących JD i GZD można było doszukać się daleko idących podobieństw. Podobieństwa te zasadniczo zostały prawidłowo dostrzeżone przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia. Jak wynikało jednak z dowodów załączonych przez odwołujących do odwołań podobieństwa te wynikały z faktu, że obaj odwołujący uwzględnili w swej wycenie treść oferty podwykonawczej pozyskanej od drugiego odwołującego (por. korespondencję e-mail między odwołującymi z dnia 18 października 2019 r., załączniki do odwołań). Podkreślenia wymagał w tym zakresie kluczowy fakt, że odwołujący JD i GZD, polegając wzajemnie na swym doświadczeniu i osobach, złożyli oferty w odrębnych częściach postępowania. Podział zamówienia na części oznaczał, że w każdej z tych części funkcjonował odrębny opis przedmiotu zamówienia, warunki, kryteria oceny ofert itp. Tego rodzaju postępowanie toczy się celem udzielenia odrębnych i niezależnych od siebie zamówień w każdej z części. Powyższe oznaczało, że obaj odwołujący żadną miarą nie konkurowali ze sobą w analizowanym postępowaniu. Podział zamówienia i złożenie ofert na różne części oznaczał, że odwołujący nie mieli jakiegokolwiek możliwości manipulowania wynikami postępowania w poszczególnych częściach na które złożyli oferty, np. wycofywania ofert na korzyść drugiego, uzgadniania działań wobec innych wykonawców itp. W żadnej z tych części na które złożyli oferty ze sobą nie konkurowali, co zresztą nie było kwestionowane przez zamawiającego. W tej sytuacji przekazanie sobie wzajemnie ofert podwykonawczych, uwzględnionych następnie w ostatecznej wycenie, nie budziło wątpliwości Izby.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, aby złożenie przez odwołujących ofert w postępowaniu – w okolicznościach danej sprawy - stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Działania obu wykonawców oparte były na przesłankach rynkowych i nie miały charakteru nieuczciwej kooperacji.

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający odrzucając oferty odwołujących naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Za chybione uznano zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu, *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazali, aby w analizowanej sprawie zamawiający zawarł już taką umowę. Zamawiający nie mógł zatem naruszyć przywołanego przepisu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1-2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3-4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W obu sprawach stwierdzone naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem tych przepisów odrzucił oferty odwołujących, zaś oferty te mogą być wybrane jako najkorzystniejsze w odpowiednich częściach zamówienia.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba w pkt 1 i 2 wyroku nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia ofert odwołujących w odpowiednich częściach zamówienia.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 2 wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Oba odwołania zostały uwzględnione. Odpowiedzialność za wynik postępowania w każdej ze spraw ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w każdej ze spraw składał się wpis od odwołania uiszczony przez każdego z odwołujących w wysokości 10.000 zł oraz koszty poniesione przez każdego z odwołujących z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b w zw. z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....