

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **14 kwietnia 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **FENIX SR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Broniewskiego 22A/33, 01-771 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popieluszki 4/6, 42-217 Częstochowa,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] PU-H KALPLAST M. K., A. W., A. K. Sp. J., ul. Wały Dwernickiego 121 42-202 Częstochowa [pełnomocnik], [2] PW Rez-Drogoł s.c. [3] ZUH DET Z. G. [4] DROG-BUD Sp. z o.o., (dalej wykonawcy KALPLAST)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;**
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;**
- 3) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popieluszki 4/6, 42-217 Częstochowa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **FENIX SR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Broniewskiego 22A/33, 01-771 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa** na rzecz wykonawcy **FENIX SR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Broniewskiego 22A/33, 01-771 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul. Popieluszki 4/6, 42-217 Częstochowa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Utrzymanie oznakowania poziomego, pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **23.01.2016 r.** pod nrem **2016/S 016-024289**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **04.04.2016 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **PU-H KALPLAST M. K., A. W., A. K. Sp. J., ul. Wały Dwernickiego 121 42-202 Częstochowa [pełnomocnik]**, [2] **PW Rez-Drogpol s.c.** [3] **ZUH DET Z. G.** [4] **DROG-BUD Sp. z o.o. (dalej wykonawcy KALPLAST)**;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **FENIX SR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Broniewskiego 22A/33, 01-771 Warszawa**, gdyż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp**.

Wykonawca FENIX SR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Broniewskiego 22A/33, 01-771 Warszawa, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **14.04.2016 r.** do **Prezesa KIO** odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności **zamawiającego** podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których **zamawiający** jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- 1) czynności badania oferty złożonej przez **odwołującego**;
- 2) czynności odrzucenia oferty złożonej przez **odwołującego**;
- 3) czynności wyboru oferty złożonej przez **wykonawcę KALPLAST** jako najkorzystniejszej oferty;
- 4) zaniechania czynności odrzucenia oferty **wykonawcę KALPLAST** z uwagi na zawarcie zmywu przetargowej;
- 5) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez **odwołującego**, jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 89 ust. 1 pkt 4** w nawiązaniu z **art. 90 ust. 3 Pzp** przez odrzucenie oferty **odwołującego**, pomimo że **odwołujący** złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta nie zawiera **rażąco niskiej ceny** w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 6 ust. 1 pkt 7** ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (**dalej jako: „OKIK”**) oraz naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 3 Pzp**, przez brak odrzucenia oferty **wykonawców KALPLAST**, podczas gdy przedsiębiorcy ci zawarli niedozwolone porozumienie w celu zaoferowania zamawiającemu oferty z ceną przewyższającą wartości rynkowe;
- 3) **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** w związku z naruszeniem **art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego, które nie ma odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania;
- 4) zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** w związku z naruszeniem **art. 91 ust. 1 Pzp** przez dokonanie wyboru oferty **wykonawców KALPLAST** jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez **odwołującego** jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie **zamawiającemu** aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez **odwołującego**;
- 3) dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- 4) dokonał odrzucenia oferty **wykonawców KALPLAST**;
- 5) dokonał czynności wyboru oferty **odwołującego** jako najkorzystniejszej oferty.

Argumentacja **odwołującego**

Zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** w zw. z **art. 90 ust. 3 Pzp** przez odrzucenie oferty **odwołującego**, pomimo że **odwołujący** złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, załączył do nich dowody i wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta nie zawiera **rażąco niskiej ceny** w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty **odwołującego** na podstawie **art. 90 ust. 3 Pzp**, wskazał, że w jego ocenie wyjaśnienia ceny złożone przez **odwołującego** budzą

wątpliwości do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty i zgodny z wymogami określonymi przez **zamawiającego** z uwagi na fakt zaoferowania szczególnie niskich cen oraz brak wcześniejszych doświadczeń we współpracy z **zamawiającym**.

Ponadto **wydział inżynierii ruchu drogowego MZDiT w Częstochowie** przeprowadził badania rynku – polegające na przesłaniu ofert przez niezależnych wykonawców na ceny, które budziły największe zastrzeżenia, natomiast brak w tym zakresie jakichkolwiek dokumentów, które udostępnione powinny być **wykonawcy**. Fragment uzasadnienia odrzucenia oferty **odwołującego**, ze wskazaniem cen oraz poziomu cen ustalonego w niewiadomy sposób przez **zamawiającego**:

Kalkulacja nr	Materiał	Ceny w zł, w ofercie wykonawcy FENIX	Ceny w zł ofert sondażowych
5	1 dm ³ farby akrylowej	3,10	7,78
	mikrokulki	1,00	1,89
	rozcieńczalnik	1,00	6,99
7	gniazdo na słupek	50,00	400,00
	słupek ozdobny	250,00	510,00
8	próg zwalniający	11,00	99,80

Wydział merytoryczny stanął na stanowisku, że wskazane powyżej ceny są rażąco niskie ceny i istnieje uzasadniona obawa do jakości wykonywanych prac przy tak niskich cenach materiałów. Niewłaściwe są ustalenia **zamawiającego**, że „**Nasze stanowisko wynika w szczególności ze** zbliżającej się wizyty Papieża w Częstochowie, której zabezpieczenia wymaga rzetelnej firmy”. Tak więc **zamawiający** uznał w informacji o odrzuceniu oferty **odwołującego**, że sześć (6) pozycji jest rażąco niskich i że ma to wpływ na wynik postępowania. Należy również podkreślić nieznaczną wagę elementów wskazanych przez **zamawiającego**. Składając ofertę **wykonawca** zobowiązany był do przygotowania dziewięciu (9) szczegółowych kosztorysów, których jednymi z elementów były pozycje materiałowe, których łącznie było 28. **Zamawiający** zatem nie dokonał oceny wyjaśnień **odwołującego**, a odszukał jedynie pojedyncze pozycje materiałowe, które w ocenie **zamawiającego**, nie poparte żadną wiedzą czy doświadczeniem, odbiegały od ofert złożonych przez innych **wykonawców**.

Tymczasem wyjaśnienia złożone przez **odwołującego** są wyjaśnieniami odpowiednio umotywowanymi, zawierają cały szereg konkretnych i miarodajnych informacji potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny oferty, co więcej na ich potwierdzenie złożono rzetelne dowody. Tym samym **odwołujący** uczynił zadość swoim obowiązkom i

obalił domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. **Zamawiający** natomiast w żaden sposób nie podważył prawdziwości ani rzetelności wyjaśnień przedstawionych przez **odwołującego**. Co więcej skierowanie zapytania do „niezależnych firm” w zakresie **jedynie sześciu (6) pozycji** całkowicie mija się z celem przeprowadzania badania rażąco niskiej ceny.

Odpowiedzi udzielone przez **wykonawców** dotyczyły jedynie wycinka całości przedmiotu zamówienia, przez co logicznym jest uzyskanie cen znacząco wyższych, niż te, które przedstawione zostały w ofercie **odwołującego** z uwagi na brak efektu skali. Każdy **wykonawca** przygotowując określoną ofertę zakłada zysk, jaki zamierza osiągnąć. Jeśli więc przedmiot zamówienia jest mniejszy, to tym wyższe ceny oferuje się usługobiorcom. Po drugie brak jest jakichkolwiek obiektywnych przesłanek, na których podstawie **zamawiający** dokonał wyboru „niezależnych wykonawców”. Jeśli firmy te nie wzięły udziału w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia oznaczać to może bądź, że oferowane przez nie ceny są zbyt wysokie, aby konkurować z wykonawcami, którzy wzięli udział w tym postępowaniu, bądź, że **wykonawcy** ci nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, a więc nie dają oni rękojmi wykonania takiego przedmiotu zamówienia. Brak jest więc logiki w działaniu **zamawiającego**, który odrzuca ofertę złożoną przez **odwołującego** mimo otrzymania rzetelnych, popartych dowodami wyjaśnień.

Zgodnie z przepisami **ustawy zamawiający** powinien ocenić wyjaśnienia złożone przez **odwołującego**, a nie podejmować decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie całkowicie niezwiązanych z tymi wyjaśnieniami informacji. Powyższe już w wystarczającym stopniu udowadnia, że **zamawiający** podjął nieprawidłową decyzję w zakresie odrzucenia oferty **odwołującego**.

W ocenie **odwołującego** decyzja o odrzuceniu złożonej przez **odwołującego** oferty w dużej mierze wynika z informacji uzyskanych przez **zamawiającego** od **wykonawców KALPLAST**. W pismach składanych **zamawiającemu wykonawcy** ci wielokrotnie piszą o bardzo niskiej cenie za wykonana usługę, która nie będzie możliwa do wykonania.

Zamawiający odrzucając ofertę **odwołującego** podobnie to argumentuje. Ponadto w piśmie z **18.03.2016 r. wykonawcy KALPLAST** oznajmniają, że „*cena jest ceną nierealną do wykonania zamówienia rzetelnie i powyżej kosztów własnych. Podmioty, od których oferty wykonawca załączył do swoich wyjaśnień funkcjonują na rynku bardzo krótko. Nie mają doświadczenia wymaganego do wykonania tak poważnej inwestycji*”. **Odwołujący** nie zgadza się z twierdzeniami **wykonawców KALPLAST**. **Firma UNISTOP** tj. podmiot udostępniający zasoby – wiedzy i doświadczenie prowadzi działalność związaną tylko i wyłącznie z oznakowaniem dróg od **2003 r. (13 lat)**, a sprzedaż i dostawa materiałów to ok. 50% jego obrotu. Powyższe świadczyć może jedynie tyle, że **odwołujący** korzysta z wiedzy i doświadczenie bardzo doświadczonego podmiotu, co pozwoliło **odwołującemu** zaoferować

bardzo konkurencyjne ceny w odniesieniu do innych **wykonawców**. Właśnie skorzystanie z tak wysokiego potencjału skutkuje na obecnym etapie próbą odrzucenia oferty **odwołującego** z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do rażąco niskiej ceny **odwołujący** przypomina, że **22.03.2016 r. zamawiający** unieważnił przedmiotowe postępowanie i to na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**, aby następnie **23.03.2016 r.** unieważnić podjętą przez siebie decyzję. Tym samym w ocenie **odwołującego** działania **zamawiającego** oznaczają, że uznał on kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia za wartość rynkową. Istotny dla oceny, działań **zamawiającego** jest również wniosek złożony właśnie przez **wykonawców KALPLAST**, w którego wyniku podjęto decyzję o kontynuowaniu prowadzenia postępowania. A więc również i ten **wykonawca** uznał, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jest kwotą rynkową pozwalającą na wykonanie przedmiotu zamówienia.

W unieważnionym poprzednio postępowaniu (w **2015 r.**) **zamawiający** zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia: **1.187.768,00 PLN w każdym roku, tj. 2016, 2017 i 2018**. W obecnym przetargu przed otwarciem ofert **zamawiający** podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości: **3.563.304,00 PLN brutto** w tym: **na 2016 r. – 1.187.768,00 PLN brutto; na 2017 r. – 1.187.768,00 PLN brutto i na 2018 r. – 1.187.768,00 PLN brutto**.

Na marginesie należy zauważyć, że jeśli **zamawiający** miał dalsze wątpliwości do tych sześciu (6) pozycji, to nic nie stało na przeszkodzie w zwróceniu się do **odwołującego** o kolejne wyjaśnienia, zamiast szukać uzasadnienia dla forsowanej przez siebie tezy. W poprzednim unieważnionym postępowaniu, **zamawiający** korzystał z tego prawa, w tym przypadku jednak zrezygnował, zatem porównanie tych dwóch faktów świadczy o dyskryminacji **odwołującego** i nierównym traktowaniu w porównaniu z innymi **wykonawcami**.

Za swoje **odwołujący** przyjmuje orzecznictwo wskazane przez firmę DROG-BUD w piśmie z **28.12.2015 r.** i jednocześnie przypomina **zamawiającemu** o jakości tych wyjaśnień w porównaniu z wyjaśnieniami złożonymi przez **odwołującego**. Wówczas **zamawiający** nie odrzucił oferty **wykonawcy DROG-BUD**, pomimo poważnych braków merytorycznych, nie dokonywał również badań rynkowych, tak jak miało to miejsce w przypadku oferty **odwołującego**.

Rozważania te powinien wyjaśnić jeden z fragmentów uzasadnienia odrzucenia oferty **odwołującego**. **Zamawiający** wskazał *de facto* na prawdziwe powody podjętej decyzji tj. „**brak wcześniejszych doświadczeń we współpracy z MZDiT w Częstochowie**”. Głównym powodem odrzucenia oferty **odwołującego** jest zamiar **zamawiającego** w dokonaniu wyboru **wykonawców KALPLAST**, na przeszkodzie czemu stała właśnie oferta złożona przez **odwołującego**.

2. Zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów** oraz naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 3 Pzp**, przez brak odrzucenia oferty **wykonawców KALPLAST**, podczas gdy przedsiębiorcy ci zawarli niedozwolone porozumienie w celu zaferowania **zamawiającemu** oferty z ceną przewyższającą wartości rynkowe

Zgodnie z broszurą **UOKiK „Przepis art. 23 ust. 1 Pzp** dopuszcza tworzenie tzw. **konsorcjów przetargowych** polegających na złożeniu przez kilku przedsiębiorców jednej, wspólnej oferty w ramach konkretnego przetargu.

Możliwość powołania **konsorcjum** nie oznacza, że może być ono tworzone w każdych okolicznościach. Z utworzeniem **konsorcjum** mogą się wiązać korzyści w postaci dopuszczenia do udziału w przetargu szerszego kręgu podmiotów, lecz w określonych sytuacjach może ono także prowadzić do ograniczenia konkurencji. Ustawa zezwala na tworzenie **konsorcjów przetargowych** nie wyłącza ich spod oceny prawa konkurencji. Zatem jeśli celem lub skutkiem utworzenia **konsorcjum przetargowego** jest ograniczenie konkurencji, stanowi ono zakazane przez **art. 6 ustawy OKIK** porozumienie ograniczające konkurencję. Zasadnicze niebezpieczeństwo związane z **konsorcjami** sprowadza się do ograniczenia rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą ustalając wspólną ofertę. W tym zakresie **konsorcja** nie różnią się od **karteli**, w ramach których konkurenci rezygnują z rywalizacji i przedstawiają odbiorcom jednolitą ofertę. Niebezpieczeństwo znacznego ograniczenia konkurencji będzie tym większe, im większy będzie udział jego uczestników w rynku. Pozytywny wpływ **konsorcjum** na rynek będzie tym większy, im mniejsze jest prawdopodobieństwo, że jego uczestnicy byłiby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie oraz im większa jest komplementarność pomiędzy posiadanymi przez nich zasobami oraz kosztami ich uzyskania od podmiotów trzecich. **Konsorcjum** zawiązane pomiędzy największymi uczestnikami tego samego rynku, realizującymi zadanie, które nie wymaga daleko idącej współpracy między nimi i mogłoby zostać wykonane bez większych dodatkowych kosztów przez każdego z nich, należy uznać za porozumienie **kartelowe**, prowadzące do dotkliwego ograniczenia konkurencji. 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”.

Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2012 r. nr RLU-38/2012, w której uznał on, że utworzenie **konsorcjum** na potrzeby przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych, zorganizowanego przez Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku, przez dwóch największych przedsiębiorców prowadzących działalność na

obszarze tego miasta, stanowiło zakazane porozumienie ograniczające konkurencję. Jako uzasadnienie zawiązania konsorcjum przedsiębiorcy ci wskazywali rzekome ograniczenia techniczne, które miały uniemożliwiać im samodzielne ubieganie się o zamówienie. **Prezes UOKiK** uznał jednak, że mająca być tego konsekwencją niezbędna współpraca MPO i Astwa (w tej sprawie: korzystanie ze sprzętu np. śmieciarek) w rzeczywistości nie miała miejsca. W rezultacie **prezes UOKiK** uznał, że utworzenie konsorcjum miało charakter antykonkurencyjny, a jego celem było utrzymanie dotychczasowych udziałów rynkowych z pominięciem mechanizmów konkurencji.

Trafnym jest wyrok SO w Warszawie z 10 marca 2015 r., sygn. akt XVII Arna 73/13:
„W ocenie **prezesa UOKiK** umowa konsorcjum zawarta między ww. spółkami **29.05.2008 r.** stanowi dowód zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego. Strony uzgadniając swoją rolę w porozumieniu dokonały podziału zasobów mieszkaniowych (...) i przypisały obsługę każdej z wydzielonych części (...) lub A. (...) **prezes UOKiK** ustalił, że faktycznie nie doszło w ramach wykonywania zadania do deklarowanej współpracy między spółkami, która miała polegać na wzajemnej wymianie posiadanych zasobów. (...) Celem przedsiębiorców było wyłączenie konkurencji między nimi w związku z chęcią utrzymania posiadanych udziałów rynkowych”.

Odnosząc się do kwestii konkurencyjności w zakresie konsorcjów w uzasadnieniu wskazano, że „Współpraca taka wymaga zawierania porozumień, z których większość wywołuje pro konkurencyjne skutki albo jest co najmniej neutralna z punktu widzenia konkurencji na rynku”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy **odwołujący** wskazał, że każda ze spółek wchodzących w skład **wykonawców KALPLAST** miała możliwość samodzielnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, a nie spodziewając się innej konkurencji zawarli porozumienie, aby nie przebijać wartości ofert zaoferowanych w unieważnionym postępowaniu. Co więcej właśnie z uwagi na to porozumienie i dokonane rozeznanie rynkowe, członkowie **wykonawców KALPLAST** zdecydowali się obecnie złożyć wspólną ofertę jeszcze droższą niż poprzednio.

Logiczne jest, że **konsorcjum** zawiązuje się albo z braku samodzielnych kompetencji, albo w celu optymalizowania oferty, aby stawić czoła konkurencji. Natomiast w rozpoznawanym postępowaniu jasno widać, że cel był zupełnie odwrotny, chodziło o pozbycie się konkurencji i zaoferowanie wyższych cen **zamawiającemu**.

Oczywistym dla **odwołującego** jest, że **zamawiający** nie mógł nie zauważyć, że w poprzednim postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia, członkowie konsorcjum występowali samodzielnie, a co więcej byli oni zdolni spełnić samodzielnie warunki udziału w postępowaniu także i w tym przetargu. Dla **odwołującego** nie ulega wątpliwości, że członkowie **wykonawców KALPLAST** postanowili nie konkurować między sobą, ale

zawrzeć porozumienie i podzielić się zadaniami w ramach wyższych cen. Nie jest możliwe, aby także **zamawiający** tego nie dostrzegł. Za uczestnictwem **zamawiającego** w zmowie przetargowej świadczy także fakt, że w poprzednim postępowaniu nie odrzucił żadnego członka **wykonawców KALPLAST**, mimo że oferowali oni ceny niższe niż te, za które teraz odrzucona została oferta **odwołującego**.

Ponadto nie można nie zauważyć, że **zamawiający** widząc jakie są ceny rynkowe w nowym postępowaniu nie zwiększył kwoty jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, dzięki czemu **zamawiający** mógł „zonglować” decyzją o unieważnieniu postępowania, ergo o przyznaniu zamówienia temu **wykonawcy**, którego **zamawiający** faworyzuje.

Na okoliczność, że nie tylko **odwołujący** dostrzega możliwość wystąpienia sytuacji kiedy to **zamawiający** jest w zmowie przetargowej z **wykonawcą**, wskazać należy wzorzec zawiadomienia o podejrzeniu wystąpienia zmywu przetargowej, zamieszczony na stronie UOKiK: https://uokik.gov.pl/zglos_zmowe_przetargowa.php, gdzie w **pkt 3 lit. c** wskazano: „*zamawiający uzgodnił z wykonawcą (wykonawcami) warunki składanych ofert, w szczególności co do faworyzowania określonego wykonawcy (wykonawców)*”. Przedstawione powyżej okoliczności świadczą, że do takiej zmywy doszło, a oferta **odwołującego** została odrzucona, ponieważ stała na przeszkodzie uzgodnieniu cen w toczącym się postępowaniu.

3. Zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego, które nie ma odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania

Odwołujący wskazuje ponadto, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty **zamawiający** wskazał na sondowane przez niego ceny od „niezależnych wykonawców”. Należy jednak podkreślić, że w dokumentacji postępowania brak jest dokumentów, świadczących o dokonaniu sondowania przez **zamawiającego**. W ocenie **odwołującego**, aby wyjaśnienia odrzucenia były pełne, **zamawiający** powinien przedstawić dokumentację, którą skierował bądź otrzymał od wybranych przez siebie **wykonawców**. Jako podmiot profesjonalny **zamawiający** powinien dołączyć takie dokumenty, aby **wykonawca** miał pełną wiedzę o podstawie dokonanego odrzucenia.

4. Zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 91 ust. 1 Pzp** przez dokonanie wyboru oferty **wykonawców KALPLAST** jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez **odwołującego** jako najkorzystniejszej oferty

Oferta **odwołującego** odpowiada treści **SIWZ** i nie ma żadnych podstaw do jej odrzucenia, w szczególności zawiera cenę, która nie nosi znamion rażąco niskiej. **Zamawiający** jako najkorzystniejszą ofertę powinien wybrać ofertę **odwołującego**, która jest ofertą z najniższą ceną spośród ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu** 14.04.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 15.04.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

18.04.2016 r. wykonawcy KALPLAST {[1] PU-H KALPLAST M. K., A. W., A. K. Sp. J., ul. Wały Dwernickiego 121 42-202 Częstochowa [pełnomocnik], [2] PW Rez-Drogpol s.c. [3] ZUH DET Z. G. [4] DROG-BUD Sp. z o.o., (dalej wykonawcy KALPLAST)} złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **Izba** oparła wyrok na:

dowodach złożonych przez odwołującego:

- 1) **(dowód nr 1)** oświadczenie dostawcy odwołującego odnoszące się do cen, które **odwołujący** wstawił do swojej oferty, a ceny te wskazują na realność oferty

odwołującego; w **pkt 4 oświadczenia** składający oświadczenie wskazuje, że dostarczał już po tych cenach te same przedmioty innym podmiotom;

- 2) **(dowód nr 2)** pismo **wykonawcy DROGBUD z 28.12.2015 r.** – wyjaśnienia składane przez **tego wykonawcę** w poprzednim postępowaniu, gdzie w pkt 8 na ostatniej stronie jest pokazana cena za farbę akrylową na poziomie **2,3 zł/dm³** i jest to cena niższa nawet od wskazanej przez **odwołującego** w swojej ofercie, z którego **odwołujący wywodzi** nierówne traktowanie **wykonawców** w postępowaniach przez **zamawiającego**;
- 3) **(dowód nr 3)** informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego (GDDKiA) z załączeniem poszczególnych kosztorysów ofertowych wytworzonych przez **zamawiającego**, z kosztorysów wynika obmiar do wykonania prac, a na drugiej stronie dowodu została przedstawiona kalkulacja przez podstawienie cen brutto poszczególnych **wykonawców** z czego wynika cena netto za 1 m² wykonania oznakowania poziomego – są to ceny niższe niż zaoferowane przez **odwołującego**, co pokazuje, że zaoferowane ceny przez **odwołującego** są realne i występują na rynku;
- 4) **(dowód nr A) zestawienie uwag do wyjaśnień odwołującego**, gdzie **zamawiający** podstawiał liczby roboczogodzin do KNR, **zamawiający** kalkulował globalne zarobki na kosztorysach jednostkowych zgodnie z KNR; **odwołujący** wykazał w utajnionych informacjach znacznie większą efektywność pracowników i skalkulował zatrudnienie dwóch pracowników, gdy z obliczeń **zamawiającego** wynika, że powinien zatrudnić przynajmniej **4 pracowników po 176 godzin na miesiąc**, a więc **odwołujący** powinien ponieść na pracownikach co najmniej **400.000 zł** większe koszty (wraz z kosztami premii i diet);
- 5-8) **(dowód nr B-E) oferty dostawców materiałów, z których zamawiający wywodzi, że dostawcy zaoferowali ceny około 100% wyższe niż zaoferował odwołujący**;
- 9) **(dowód nr F z informacjami zastrzeżonymi przez odwołującego)**, z którego to pisma **zamawiający wywodzi, że dostawca odwołującego dostarcza elementy progów spowalniających za cenę 16 razy wyższą niż wskazał to odwołujący**;
- 10) **(dowód nr G) mapa Częstochowy z zaznaczoną ogólnie lokalizacją bazy odwołującego z zobrazowaniem okręgu ok. 2 km, z czego zamawiający wywodzi, że odwołujący będzie musiał ponieść wyższe koszty na transport związany z wykonywaniem usługi niż to założył.**

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego, które nie ma odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania – zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że **zamawiający**, na kierując się **art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp**, zawiadomił **wykonawców** o wyborze najkorzystniejszej oferty i o **wykonawcach**, których oferty zostały odrzucone, podając prawne oraz – ogólne – faktyczne uzasadnienie odrzucenia oferty. **Art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp** brzmi: »Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o [...] wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne«.

Zamawiający podał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty informację o podstawie prawnej odrzucenia oferty – **art. 90 ust. 3 Pzp**. **Art. 90 ust. 3 Pzp** brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Izba podkreśla, że **zamawiający** zgodnie z **art. 90 ust. 1 in initio Pzp** zwrócił się do **odwoływającego** o udzielenie wyjaśnień w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. **Art. 90 ust. 1 in initio Pzp** brzmi »Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie [...]«.

Odwoływający udzielając wyjaśnień zastrzegł te wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z **art. 8 ust. 3 Pzp**, który to przepis brzmi »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu«. **Zamawiający** stwierdził, że powodowany tym zastrzeżeniem uważał się za ograniczonego w udzieleniu wyczerpującej argumentacji w zakresie uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji o odrzuceniu oferty **odwoływającego**.

Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty **odwoływającego** na podstawie **art. 90 ust. 3 Pzp**, wskazał, że w ocenie **zamawiającego** wyjaśnienia ceny złożone przez **odwoływającego** budzą wątpliwości do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w

sposób należyty i zgodny z wymogami określonymi przez **zamawiającego** z uwagi na fakt zaferowania szczególnie niskich cen oraz brak wcześniejszych doświadczeń we współpracy z **zamawiającym**. Ponadto **zamawiający** poinformował, że przeprowadził badania rynku badając oferty niezależnych wykonawców na fragmentaryczne ceny materiałów, które to ceny budziły największe zastrzeżenia **zamawiającego**. Jednak **zamawiający** nie poinformował o jakimkolwiek udokumentowaniu tej czynności.

Ogólnie **zamawiający** poinformował o odrzuceniu oferty **odwołującego**, ze względu na **sześć pozycji** cenowych uznanych jako rażąco niskich i że te ceny mają wpływ na wynik postępowania. **Odwołujący** podkreślił nieznaczną wagę elementów wskazanych przez **zamawiającego** – **6 pozycji** cenowych na **28 elementów** w **9 szczegółowych kosztorysach**, których złożenia z ofertą wymagał **zamawiający** w **specyfikacji**. Zdaniem **Izby** wynika z tego, jak również stwierdził to **odwołujący**, że **zamawiający** nie dokonał oceny wyjaśnień **odwołującego**, a tylko odszukał pojedyncze pozycje materiałowe, które w ocenie **zamawiającego** odbiegały od analogicznych pozycji w ofertach złożonych przez innych **wykonawców**.

Zdaniem **Izby** podkreślenia wymaga, że **odwołujący** złożył wyjaśnienia w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (pismo z **11.02.2016 r.**) w związku z tym **zamawiający** mógł odrzucić ofertę **odwołującego** tylko ze względu na drugą przesłankę zawartą w **art. 90 ust. 3 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który [1] nie złożył wyjaśnień lub [2] jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«. W informacji o odrzuceniu oferty **zamawiający** nie wykazał, że dokonana przez **zamawiającego** ocena oferty i wyjaśnień potwierdzała, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo **Izba** musi stwierdzić, że **zamawiający** informując o faktycznych przyczynach odrzucenia oferty powinien wykazać wszystkie przyczyny, a skoro tak, to nie można w sposób niczym nieograniczony brać pod uwagę przyczyn bardziej lub mniej zasadnie przedstawionych dopiero na rozprawie. W przypadku zastrzeżenia informacji przez **wykonawcę** i związanego z tym braku możliwości nieskrępowanego powiadomienia o przyczynach odrzucenia oferty przez **zamawiającego**, nie można znaleźć przepisu zabraniającego **zamawiającemu** powiadomienia bezpośrednio tylko **wykonawcy zastrzegającego** informacje. Takie niejako prawo (i jednocześnie obowiązek) wybiórczego przedstawiania informacji przez **zamawiającego** do **wykonawcy** zastrzegającego informacje z pominięciem innych podmiotów wynika z **art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp**, który to przepis brzmi »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa«.

Ponadto **zamawiający** powołał się w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty na kilka ofert innych podmiotów, z których wynika, że ci oferenci przedstawili oferty o około 100% droższe na poszczególne sprawdzane pozycje cenowe. Jednak **zamawiający** przedstawił te oferty (bez zapytań) dopiero na rozprawie, jako dowody nr 5-8 (B-E). Jednak ze względu na brak załączenia zapytań oraz przedstawienia tych dowodów dopiero na rozprawie, mimo że zamawiający posiadał te dowody już w trakcie dokonywania badania i oceny ofert, **Izba** nie może ich wziąć pod uwagę jako w pełni wiarygodnych.

Z tych względów **Izba** nie może przychylić się do tłumaczenia **zamawiającego**, że lakoniczność zawiadomienia o odrzuceniu oferty **odwołującego** ma swoje źródło w obawie **zamawiającego** przed uchyleniem tajemnicy zastrzeżonej przez **tego wykonawcę**. **Zamawiający** ma obowiązek zawiadomić wykonawcę o wszystkich powodach odrzucenia oferty zgodnie z **art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp**. I w ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez niewyczerpujące sformułowanie uzasadnienia faktycznego, które w dodatku nie ma właściwego odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że również – powiązany z zarzutem **trzecim** – zasługuje na uwzględnienie zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4** w nawiązaniu z **art. 90 ust. 3 Pzp** przez odrzucenie oferty **odwołującego**, pomimo że **odwołujący** złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a **zamawiający** nie wykazał, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera **rażąco niską cenę** w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skoro **zamawiający** nie wykazał, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera **rażąco niską cenę** w stosunku do przedmiotu zamówienia, to nie mógł zastosować **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp**, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Dodatkowo **Izba** stwierdza, że **zamawiający** ma prawo do wielokrotnego zwracania się do **wykonawcy** o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Podobnie **KIO** orzekła np. w wyrokach **KIO 1047/15** czy **KIO 2237/14**.

W związku z tym **Izba** jest obowiązana uznać zarzuty **pierwszy i trzeci** za zasadne i nakazać **zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert**.

W ocenie **Izby**, zarzut **drugi** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 6 ust. 1 pkt 7** ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 1** w zw. z **art. 82 ust. 1** i **art. 83 ust. 3 Pzp**, przez brak odrzucenia oferty **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KALPLAST**, podczas

gdy przedsiębiorcy ci zawarli niedozwolone porozumienie w celu zaoferowania **zamawiającemu** oferty z ceną przewyższającą wartości rynkowe – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że złożenie oferty przez **wykonawców** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Samo złożenie ofert w jednym postępowaniu oddzielnie przez **wykonawców**, a w następnym postępowaniu – wspólnie, nie może być automatycznie uznawane za czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem **Izby odwoławczej** nie wzięto pod uwagę zmienionych okoliczności zewnętrznych, a szczególnie upływu czasu i faktu zawarcia innych umów przez **wykonawców**. Te inne umowy mogły wypełnić na tyle „moce przerobowe” **wykonawców**, że działając osobno nie byli oni w stanie zagwarantować zrealizowania zamówienia w całym zakresie, ale działając wspólnie mogli spełnić cały zakres świadczeń. Zdaniem **Izby**, takie uzasadnienie wspólnego złożenia oferty w rozpoznawanym postępowaniu, przedstawione przez **przystępującego** podczas rozprawy, nie mogło być uznane za nielogiczne. Również **odwoławczy** nie wykazał, że wspólne złożenie oferty zaburzyło uczciwą konkurencję w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto odwoławczy nie wykazał, że złożenie oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest niezgodne z ustawą, a więc **odwoławczy** nie wykazał naruszenia przez **zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 3 Pzp**, które to przepisy brzmią »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (1) jest niezgodna z ustawą [...] (3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«.

Odwołujący również nie wykazał naruszenia **art. 82 ust. 1 Pzp**, który to przepis brzmi »Wykonawca może złożyć jedną ofertę« ani **odwoławczy** nie wykazał naruszenia **art. 82 ust. 1 Pzp**, który to przepis brzmi »W przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca«.

Wobec powyższego w ocenie **Izby** zarzut **drugi** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 Pzp, art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 3 Pzp**, przez brak odrzucenia oferty **wykonawców KALPLAST** – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut **czwarty** naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** w związku z naruszeniem **art. 91 ust. 1 Pzp** przez dokonanie wyboru oferty **wykonawców KALPLAST** jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez **odwoławczego** jako najkorzystniejszej oferty – zasługuje na częściowe uwzględnienie, gdyż

jak zostało wykazane przez **odwołującego** odrzucenie oferty **odwołującego** było przedwczesne, natomiast sam wybór oferty **odwołującego** byłby również przedwczesny bez przeprowadzenia powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający naruszył **art. 7 ust. 1 pkt 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

Z powyższych względów uwzględniono **odwołanie**, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: