

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a (budynek Adgar Plaza)
02-676 Warszawa

Wrocław, dnia 29 listopada 2021 r.

Odwołujący: **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "MARGO" Mariusz Gosk**, Aleja Legionów 152, 18-400 Łomża, NIP: 7181515880, REGON: 450175076, reprezentowany przez radcę prawnego Wojciecha Chwastyka z Kancelarii Radców Prawnych Daćków i Chwastyk sp. p., Pl. Solny 16, 50-062 Wrocław, tel. 71 726 19 60, email: wojciech.chwastyk@dclaw.pl.

Zamawiający: **Gmina Zbójna**, ul. Łomżyńska 64, 18 – 416 Zbójna, tel./fax: 0-86 214-00-29, NIP: 718-20-27-616, REGON: 450670025, e-mail: ugzbójna@lo.home.pl, www.zbojna.powiatlomzynski.pl/bip, skrzynka ePUAP: /UGZbojna/skrytka

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia na przebudowę i rozbudowę drogi gminnej Nr 104483B w miejscowości Wyk etap II nawierzchnia bitumiczna, numer ogłoszenia 2021/BZP 00191106/01, nr referencyjny 2021/BZP 00136259/01 o nr., oznaczenie inwestycji nr UE.271.2.2021

Ogłoszenie

o zamówieniu: zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem nr 2021/BZP 00191106/01 w dniu 24.09.2021 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – Mariusza Gosk – prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "MARGO" Mariusz Gosk (zwanego dalej: „Odwołującym” lub „Wykonawcą”) – odpis pełnomocnictwa przedkładam w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1, 513 pkt 1, 515 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), dalej jako: „Pzp”, **niniejszym wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, dokonaną w ww. postępowaniu, polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego**, o czym Odwołujący dowiedział się z pisma opublikowanego przez Zamawiającego w BIP w dniu 23 listopada 2021 r. (<http://zbojna.powiatlomzynski.pl/bip/index.php?wiad=2621>);

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c.** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędnego uznania, że oferta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił referencje na okoliczność wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. XXI.1. SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, które potwierdzają spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu;
- **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c.** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędnego uznania, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów na potrzeby zamówienia ograniczone zostało do zakresu 4% przedmiotu zamówienia, podczas gdy prawidłowa wykładnia treści złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego oraz oferty Odwołującego, prowadzi do wniosku, że zakres ten ograniczony został do 96%, tym samym Wykonawca niezależnie od tego, że samodzielnie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wykazał ich spełnienie za pośrednictwem potencjału podmiotu trzeciego;
- **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p.** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędnego uznania, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Wykonawca wykazał ich spełnienie, jego oferta jest najkorzystniejsza i jedyna spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Poligonowa 32, 18-400 Łomża i wybór zaś tego wykonawcy doprowadzi do unieważnienia umowy udzielenia zamówienia z uwagi na niedozwoloną koordynację działań z podmiotem powiązanym BIK-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Poligonowa 32, 18-400 Łomża, który nie dokonał przedłużenia związania oferty, a przez to doprowadził do potencjalnej możliwości wyboru oferty wykonawcy pozostającego w zмовie przetargowej, a więc korzystniejszej finansowo dla tych wykonawców sytuacji i w sposób sprzeczny z zasadami konkurencji.
- **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p.** poprzez brak poinformowania Odwołującego o powodach odrzucenia oferty tj. jakie konkretnie niezgodności pomiędzy stawianym warunkiem, a dokumentami przedstawionymi przez Odwołującego popełnił Odwołujący i ograniczenie się jedynie do stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zatem bez wskazania na czym miałyby polegać brak spełnienia przez Odwołującego spełniania warunku w postępowaniu, czym uniemożliwił Odwołującemu poznanie podstaw podjętego przez niego środka oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu;
- **art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp** poprzez brak uwzględnienia wyjaśnień Wykonawcy i uznanie, że oferta powinna podlegać odrzuceniu, w sytuacji, gdy Zamawiający miał możliwość poprawienia dokumentów w

trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- **nakazanie** Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;

Na zasadzie art. 505 ust. 1 p.z.p. wskazuję interes do wniesienia odwołania:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, z ceną rynkową, gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Zważywszy, że Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty spośród wykonawców biorących udział w postępowaniu Odwołujący posiada potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący w przypadku utrzymania czynności Zamawiającego naruszającej przepisy Pzp może ponieść szkodę, albowiem do momentu, w którym nie zostało przesądzone, który z wykonawców uzyska przedmiotowe zamówienie, może ono zostać przydzielone Odwołującemu. Jak wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14.09.2016r., sygn. akt KIO 1630/16: **Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.**

UZASADNIENIE

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest „postępowanie o udzielenie zamówienia na przebudowę i rozbudowę drogi gminnej Nr 104483B w miejscowości Wyk etap II nawierzchnia bitumiczna, numer ogłoszenia 2021/BZP 00191106/01, nr referencyjny 2021/BZP 00136259/01, oznaczenie inwestycji nr UE.271.2.2021.

Pismem z dnia 23.11.2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę, że jego oferta podlega odrzuceniu, albowiem w ocenie Zamawiającego została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że Wykonawca składając ofertę wykazał zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby zamówienia. Zasoby podmiotu trzeciego, na które powoływał się Wykonawca to: „zdolności zawodowe - wiedzy i doświadczenia”. Zakres wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia w formie umowy o podwykonawstwo - w ocenie

Zamawiającego - zadeklarowano na poziomie 4% całości zamówienia.

W świetle powyższego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – w ocenie Zamawiającego – Odwołujący zobowiązany był do wykazania **samodzielnej** realizacji w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej t.j. budowy/przebudowy/rozbudowy drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto, w tym min. 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych zgodnie z zapisami zawartymi w SWZ. Wykonawca wykazał w całości doświadczenie podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powoływał, a który tylko w 4 % miał uczestniczyć w realizacji zamówienia. Na powtórne wezwanie do uzupełnienia dokumentów i wykazania doświadczenia na 96% realizacji zamówienia Wykonawca – w ocenie Zamawiającego - nie udokumentował doświadczenia w wymaganym w SWZ zakresie.

Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie można się zgodzić.

Po pierwsze, Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu za pomocą własnego doświadczenia. Po drugie, Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu za pomocą doświadczenia podmiotu trzeciego, którego zakres zaangażowania przez Zamawiającego został błędnie oceniony. Po trzecie, Wykonawca pomimo złożonych wyjaśnień w informacji o odrzuceniu oferty nie został poinformowany na czym miał polegać w istocie brak spełnienia przez niego warunków. Po czwarte, konsekwencją odrzucenia oferty Wykonawcy będzie konieczność unieważnienia postępowania. Ewentualny wybór oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Poligonowa 32, 18-400 Łomża i wybór tego wykonawcy doprowadzi do unieważnienia umowy udzielenia zamówienia z uwagi na niedozwoloną koordynację działań z podmiotem powiązanym BIK-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Poligonowa 32, 18-400 Łomża, który nie dokonał przedłużenia związania oferty, a przez to doprowadził do potencjalnej możliwości wyboru oferty wykonawcy pozostającego w zмовie przetargowej, a więc do korzystniejszej finansowo dla tych wykonawców sytuacji i w sposób sprzeczny z zasadami konkurencji.

I. Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu za pomocą własnego doświadczenia

W odpowiedzi wezwanie Zamawiającego z dnia 03.11.2021 r. do złożenia, poprawienia bądź uzupełnienia dokumentów, Wykonawca w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przedłożył referencje na okoliczność wykazania przez Wykonawcę warunku – samodzielnie.

Zamawiający wymagał w pkt XXI.1. aby na potwierdzenie tego warunku wymagane jest wykazanie przez wykonawcę:

- realizacji w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty

budowlanej t.j. budowy/przebudowy/rozbudowy drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto, w tym min. 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych

Zamawiający nie określił w SWZ, że dla jego wypełnienia – w zakresie wykonania robót o długości min. 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych konieczne jest wykazanie, aby nastąpiło to w ramach jednej umowy, czy jednej usługi. Zamawiający w tym zakresie dopuścił sumowanie wykonanych robót. Jego wykazanie będzie zatem możliwe przez Wykonawcę, który wykaże w ramach kilku robót o wartości 800.000 zł każda, spełnienie tego warunku.

Powyższy sposób rozumienia warunku jest uzasadniony nie tylko jego literalną interpretacją, ale jego celem, który ma zapewnić posiadanie przez Wykonawcę odpowiedniego doświadczenia. Wyrazem jego jest niewątpliwie określenie przez Zamawiającego konieczności wykazania przez Wykonawcę robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie/rozbudowie - jednej - drogi o wartości 800.000 zł. To często bowiem wartość zamówienia determinuje jaki potencjał kadrowy, sprzętowy był w stanie jednocześnie i jednorazowo zmobilizować wykonawca dla realizacji określonego przedmiotu zamówienia (tutaj – budowy drogi) i czy jego doświadczenie pozwalało na prawidłową realizację przedmiotu w takim zakresie potencjału. W tym względzie nie jest już tak istotne wymaganie, co do liniowego i ciągłego zakresu prac o powtarzalnym charakterze. Szerszym bowiem doświadczeniem dysponuje Wykonawca, który posiada doświadczenie w zmiennych i różnorodnych warunkach drogowych, odmiennych z uwagi na przedmiot zamówienia oraz etapy wykonywania robót, czy występujące kolizje, aniżeli wykonawca, który wykazuje roboty rodzajowo jednolite (niekoniecznie wyspecjalizowane), z pominięciem innych zakresów. Z technicznego punktu widzenia istotnym pozostaje, aby wykonawca wykazał, że potrafi realizować roboty określonego rodzaju (tut. wykonanie drogi o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych), ale wymaganie przez zamawiającego, aby roboty te były tożsame lub zbliżone (w niniejszym postępowaniu wyraża to stosunek 3222,89 m/3000 m) z przedmiotem zamówienia musiałoby zostać w szczególny sposób uzasadnione z uwagi na zasady uczciwej konkurencji. Inaczej to ujmując, Zamawiający – nie narażając się na zarzut nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców - musiałby wykazać, że tylko wykonawca, który wykonał liniowy odcinek o określonej długości (tut. wykonanie drogi o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych), byłby w stanie prawidłowo zrealizować przedmiot zamówienia. Wobec braku wyspecyfikowania przez Zamawiającego charakteru prac (np. względem obiektów mostowych, czy specyficznych warunków drogowych) w niniejszym postępowaniu zakres warunku uznać należy jako zunifikowany, typowy, powtarzalny względem określonego rodzaju prac. W tym zakresie zrozumiałe pozostaje, że takiego warunku Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie postawił. Jeśli uzasadniony pozostaje warunek w zakresie wykazania zdolności potencjału w realizacji poprzednich zamówień wyrażony poprzez wskazanie robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie/rozbudowie - jednej - drogi o wartości 800.000 zł (niekoniecznie w ramach jednej umowy, o czym dalej), to zważywszy na powtarzalność robót (wykonanie drogi o nawierzchni z mieszanek mineralno-

bitumicznych) i brak istnienia uwarunkowań szczególnych (konieczności ich wykonania na obiektach mostowych, kolizji z obiektami infrastruktury kolejowej, czy w obrębie tuneli lub nad ciekami wodnymi), warunek ich ciągłości nie został postawiony.

Za powyższym sposobem rozumienia opisu warunku przemawia jego literalna wykładnia. Zważyć bowiem w pierwszej kolejności należy, że przyjęty przez Zamawiającego warunek zobowiązujący wykonawców do wykazania:

- realizacji w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej t.j. budowy/przebudowy/rozbudowy drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto, w tym min. 3 km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych

jest możliwy do wykazania przez podmiot, który zrealizował roboty o wartości 800.000 zł w łącznej objętości 3 km. Zamawiający wskazując na „jedną” robotę – odczytując gramatyczne brzmienie tego warunku – stwierdzić należy, że odnosi się jedynie do kwestii wartości tej roboty. W pozostałym bowiem zakresie nie formułuje warunku w postaci literalnego wskazania, iż 3 km odnoszą się do „łącznego” lub „ciągłego” wykonania tego rodzaju robót. Takie sformułowanie pozwoliłoby natomiast na wskazanie, iż na takim sposobie ujęcia warunku Zamawiającego zależy. Argumentem przemawiającym za takim wnioskowaniem jest także wtrącenie „w tym”, którego logiczna wartość jednoznacznie odnosi się do większej całości. Przy czym, nie determinuje ona, że drugi z postawionych warunków nie może składać się z kilku niezależnych robót, każdorazowo o wielkości 800.000 zł. Inaczej to ujmując Zamawiający chcąc określić, że roboty powinny spełniać warunek tak 800.000 zł i długości 3 km – łącznie, w ramach jednej roboty powinien wprost to wskazać poprzez np. sformułowanie:

- realizacji w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej t.j. budowy/przebudowy/rozbudowy drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto i jednocześnie **o łącznej długości min. 3km** o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych.

Jeżeli miałyby zostać one wykonane w ramach jednej umowy powinien otrzymać on brzmienie:

- realizacji w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej t.j. budowy/przebudowy/rozbudowy drogi **w ramach jednej umowy** o wartości min. 800 000,00 zł brutto i jednocześnie o łącznej długości min. 3km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych;

Brak literalnego wskazania pozwalającego na uznanie konieczności wypełnienia powyższej określonej logicznej koniunkcji powoduje, że jeśli warunek w części 800.000 zł musi zostać spełniony każdorazowo w ramach jednej budowy (z uwagi na semantyczny charakter pojęcia

„jednej budowy”, choć „nie jednej umowy”), to już dalszy warunek nie ma takiego charakteru. Brak jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego obowiązku spełniania dwóch części warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, nie może wywoływać negatywnych skutków w stosunku jego oferty, czy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zob. wyrok KIO z 14.08.2018 r., KIO 1486/18, LEX nr 2574366). W tym względzie przywołać tytułem przykładu można wyrok KIO z 27.01.2021 r., KIO 3533/20, LEX nr 3126888, która wskazywała, że jeśli zamawiający: nie określił, co należy rozumieć pod pojęciem „jednej usługi”, w szczególności nie wskazał, że pojęcie to utożsamia z jednym zamówieniem realizowanym na podstawie jednej umowy, a zważywszy, że także nie zakazał też wykazania warunku udziału w postępowaniu poprzez zsumowanie wartości kilku następujących po sobie umów na te same usługi, to za niezasadne należy uznać stanowisko, że dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu konieczne było posiadanie doświadczenia w wykonaniu usługi realizowanej wyłącznie na podstawie jednej umowy.

W uzasadnieniu stanowiska Izba wskazywała, że „w kwestii możliwości sumowania wartości umów dla celów wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), wyrażając pogląd, że (...) art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich. Uzasadniając swoje stanowisko Trybunał wskazał: W tym względzie instytucja zamawiająca może zasadnie wyraźnie wskazać, co do zasady w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymóg posiadania określonych zdolności i konkretne zasady, zgodnie z którymi oferent powinien wykazać swoją zdolność do otrzymania i wykonania danego zamówienia. Podobnie, w wyjątkowych okolicznościach, z uwagi na charakter danych robót oraz na przedmiot i cele zamówienia, instytucja zamawiająca może wprowadzić ograniczenia, w szczególności z zakresie korzystania z ograniczonej liczby wykonawców, na mocy art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 39-41; z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 90 i przytoczone tam orzecznictwo). Jednakże jeżeli instytucja zamawiająca postanowi skorzystać z takiej możliwości, musi ona zapewnić, że wprowadzone przez nią szczegółowe zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich (zob. podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 40, 56). W niniejszym przypadku, jak wynika z postanowienia odsyłającego, wprowadzie instytucja zamawiająca nie przewidziała wyraźnie w dokumentacji przetargowej możliwości powołania się przez oferenta na dwie lub większą liczbę umów jako na jedno zamówienie, niemniej możliwości tej również wyraźnie nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych okolicznościach nie można z góry wykluczyć, że doświadczenie niezbędne do wykonania danego zamówienia, zdobyte przez

wykonawcę nie przy jednym, lecz przy dwóch różnych zamówieniach lub większej ich liczbie, może zostać uznane przez instytucję zamawiającą za wystarczające i umożliwić temu wykonawcy wygranie rozpatrywanego przetargu. Jak bowiem wskazał rzecznik generalny w pkt 62 opinii, jeżeli wymogi danego zamówienia można co do zasady spełnić, sumując zdolności i doświadczenie szeregu wykonawców, tym bardziej nielogiczne byłoby wykluczenie z góry możliwości łączenia zdolności i doświadczenia tego samego wykonawcy, które uzyskał on przy oddzielnych zamówieniach.”

Okoliczności powyższe zostały podniesione na etapie postępowania. Zamawiający nie odniósł się do nich w żaden sposób, ani też do przedłożonych referencji przez Wykonawcę, ograniczając się do stwierdzenia, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Uzasadnia to zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, przy czym jak podkreśla się w doktrynie, że niespełnienie niniejszego wymogu podania uzasadnienia, w tym odnoszącego się do okoliczności faktycznych, może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu, skutkującego jego uwzględnieniem (za M. Jaworska (w:) M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, A. Matusiak (red.) *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, *Legalis*).

W konsekwencji niespełnienie wymogów w zakresie uzasadnienia dokonanego przez Zamawiającego unieważnienia prowadzi do **naruszenia zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia ujętych w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp**. Obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania ma na celu zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania wykonawców. Istotne jest przy tym prawidłowe wykonywanie przez zamawiającego obowiązków o charakterze informacyjnym, w sposób spełniający wymagania określone w Pzp, a tym samym zapewniający wykonawcom możliwość zweryfikowania dokonanych przez zamawiającego czynności w postępowaniu. Prawidłowe realizowanie tych obowiązków pozwala również na zachowanie zasady równego traktowania wykonawców (za M. Jaworska (w:) M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, A. Matusiak (red.) *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, *Legalis*).

Tymczasem przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie podjętych działań jest lakoniczne i niejasne. Zamawiający nie wskazuje konkretnych okoliczności, na jakich opart dokonane przez siebie rozstrzygnięcie, czyniąc je w zasadzie samowolnym i arbitralnym. Zamawiający nie sprostął obowiązkowi podania uzasadnienia faktycznego podejmowanej czynności w sposób zgodny z przepisami prawa, nie wskazując precyzyjnie okoliczności stanowiących uzasadnienie dokonanej czynności – utrudniając w ten sposób możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości przez Wykonawcę.

II. Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu za pomocą doświadczenia podmiotu trzeciego

Zamawiający błędnie założył, że Wykonawca powołując się na zasoby podmiotu trzeciego będzie polegać jedynie w zakresie 4%. Treść oferty i zobowiązania podmiotu trzeciego prowadzi do wprost odwrotnych wniosków.

Wykonawca powołując się na zasoby podmiotu trzeciego - Trans Drog Szlachetka Sp. z o.o., KRS 0000774535 określił, że zasoby te zostaną udostępnione tylko w ramach jednego stosunku tj. umowy o podwykonawstwo (pkt. c – zobowiązania podmiotu trzeciego). Jednocześnie Wykonawca i podmiot trzeci ograniczył zakres uczestnictwa podwykonawcy do zakresu prac – w ramach podwykonawstwa – tożsamy z warunkiem udziału w postępowaniu tj. wykonania robót budowlanych polegających na przebudowie i rozbudowie drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto o długości 3 km z nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych. Zgodnie z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego udostępnienie jego nie ogranicza się do 4% wartości przedmiotu zamówienia, ale obejmuje czynności pozwalające na „poświadczeniu należytego wykonania robót bud. na zad. pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi gminnej Nr 104483B w miejscowości Wyk etap II nawierzchnia bitumiczna” (tak pkt. a – zobowiązania podmiotu trzeciego). Użyta przez podmiot trzeci formuła w pkt. d – zobowiązania podkreślająca, że w ramach zamówienia będzie on świadczył konsultacje i doradztwo w zakresie żądanym przez Wykonawcę podporządkowana została stosunkowi jej świadczenia – umowie o podwykonawstwo. Inaczej to ujmując, jeśli zobowiązany podmiot trzeci wskazał na konsultacje i doradztwo to punkt jego odniesienia należy upatrywać w poświadczeniu należytego wykonania robót dla całego warunku przedmiotowego zamówienia. Jeśli bowiem konsultacje i doradztwo mogłyby być świadczone w ramach umowy o świadczenie usług, to z racji tego, iż takiej formy charakteru stosunku łączącego strony w zobowiązaniu (zob. pkt c – zobowiązania podmiotu trzeciego), nie określono, zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być rozumiane jako potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie jego całości – tj. wykonania robót budowlanych polegających na przebudowie i rozbudowie drogi o wartości min. 800 000,00 zł brutto o długości 3km o nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych. Taki też zakres prac objęty został zobowiązaniem podmiotu trzeciego (zob. pkt. a – zobowiązania podmiotu trzeciego).

Powyższe potwierdza także treść samej oferty. Zważyć należy, że intencją Wykonawcy było złożenie jej w sposób odpowiadający wymaganiom Zamawiającego, a zatem spełnienie stawianym przez niego warunków udziału. Wykonawca robót budowlanych jest świadom brzmienia art. 118 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Toteż wskazanie przez niego w treści samej oferty w pkt. 6 na sformułowanie wiedzy i doświadczenia (doradztwo i konsultacje), także z uwagi na fakt, że nie przedstawił on innych referencji aniżeli podmiotu trzeciego jednoznacznie dowodzą, że celem ich przedstawienia było wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w całości.

Powyższy sposób wykładni oświadczenia woli Wykonawcy potwierdza także fakt, że przedmiotem niniejszego postępowania jest przebudowa i rozbudowa drogi (zgodnie z opisem PB) o całkowitej długości – 3222,89 m. Wykonawca korzystając z doświadczenia podmiotu trzeciego potwierdził zaś warunek udziału opisany jako przebudowa i rozbudowa drogi o długości 3000 m (w ramach jednego odcinka – co nie było warunkiem udziału), tym samym – co wynika z treści samego zobowiązania oraz oferty i co wykazano wyżej – oczywistym pozostaje, że taki zakres robót zamierza powierzyć podwykonawcy. Pozostały zakres wynoszący ok. 4 % stanowiący odpowiednik finansowy stosunku 3222,89 m/3000 m (ok. 7 % w zakresie zakresu stosunku względem proporcji długości, nie oddający rzeczowego zaangażowania), Wykonawca zamierza wykonać samodzielnie. W tym względzie prawidłowe powinno nastąpić odczytanie rzeczywistych intencji Wykonawcy, które jest możliwe jedynie na podstawie przedstawionych przez niego dokumentów w szczególności informacji zawartych w pkt. 6 oferty oraz treści zobowiązania podmiotu trzeciego (zob. pkt. a i c w zw. z pkt. d – zobowiązania podmiotu trzeciego). Wykonawca realizował z powodzeniem inne zamówienia na rzecz podmiotów publicznych, w tym Zamawiającego, biorąc udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i jest świadom brzmienia nie tylko obecnego art. 118 ust. 2 Pzp, ale także i brzmienia wcześniejszego przepisu tj. art. 22a ust. 4 Pzp, zgodnie z którym 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. Intencją Wykonawcy było złożenie niewadliwej oferty, stąd wskazanie przez niego na wiedzę i doświadczenie podmiotu zdeterminowane zostało przez obowiązek uczestnictwa w realizacji zamówienia (podwykonawstwa), bo innych form współpracy Wykonawca i podmiot trzeci nie wskazał. Wszelkie niedokładności oferty tym samym mogą zostać wyjaśnione bez jej zmiany lub ewentualnie poprawione w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp – bez konieczności uzyskiwania dodatkowych informacji od Wykonawcy, na podstawie samej treści oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego. Przy czym, w ocenie Wykonawcy - jeżeli konieczność poprawy oferty występowałaby to odnosiłaby się ona do zmiany treści załącznika nr 7, który co do zasady nie jest treścią oferty, a w którego wskazana tam wartość procentowa (96%) wynika w sposób oczywisty z treści przedłożonych dokumentów.

Powyższy sposób odczytania treści składanych oświadczeń potwierdzony został w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która tytułem przykładu w wyroku z dnia 16.12.2016 r., sygn.. akt KIO 2300/16, LEX nr 2186034 podkreślała, że celem instytucji wyjaśnień jest najwierniejsze odtworzenie intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytanie jego treści. Przy czym, jej zastosowanie jest możliwe tak w przypadku, gdy wola wykonawcy została wyartykułowana w sposób umożliwiający odczytanie bezpośrednio, jak i pośrednio - przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego. Powyższy sposób dokonywania wykładni oświadczeń woli pozostaje zgodny z podstawową zasadą wykładni prawa tj. dyrektywą życzliwej interpretacji (*benigna interpretatio*). Genezą dla jej powstania stanowi konstatacja, iż celem składania oświadczenia woli jest wywołanie określonych skutków prawnych. W przypadku wątpliwości dotyczących złożonego

oświadczenia woli należy przyjąć taką jego interpretację, która w największym stopniu pozwoli osiągnąć zamierzone skutki prawne (za J. Grykiel [w:] Kodeks cywilny, t. 1, red. M. Gutowski, 2018, kom. do art. 65, nb 74). Konieczność dokonywania interpretacji oświadczeń wykonawcy nie poprzestającej na literalnym odczytaniu treści oferty, ale na jej sensie oraz znaczeniu złożonych dokumentów podkreślone zostało także w wyroku Izby z 23.04.2014 r., KIO 667/14, LEX nr 1460598, gdzie wskazywała ona, że odwołanie się do reguł językowych nie może stanowić wyłącznej podstawy do ustalenia sensu złożonego przez stronę oświadczenia woli: „wykładania oświadczenia woli powinna również uwzględniać cel w jakim zostało ono złożone oraz kontekst sytuacyjny. Okoliczności te mają, w ocenie Izby, doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia. Również inne zachowania przejawione przez strony ex post mogą wskazywać na sposób rozumienia złożonego oświadczenia woli (por. wyr. SN z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 163/08, Lex nr 479315; wyr. SN z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 250/08, Lex nr 484668; wyr. SN z dnia 20 stycznia 2011 r., I CSK 173/10, Lex nr 738379) (...) przy wykładni oświadczenia woli postuluje się w doktrynie życzliwą interpretację wspomagającą uznanie czynności prawnej za ważną. Stosowanie takiej dyrektywy oznacza preferowanie takiego znaczenia oświadczenia woli, które pozwala na utrzymanie czynności prawnej i uznanie jej za zgodnej z prawem. Za przyjęciem takiej reguły przemawia przede wszystkim okoliczność, że z istoty swojej oświadczenie woli składane są po to, aby wywołać określone skutki prawne (patrz: Z. Radwański, Wykładania oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom, Wrocław 1992, s. 118 i n.).”

W stosunku do powyższego zarzutu aktualny pozostaje także brak odniesienia się Zamawiającego do złożonych wyjaśnień, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. Zamawiający nie wskazuje konkretnych okoliczności, na jakich oparł dokonane przez siebie rozstrzygnięcie, czyniąc je w zasadzie samowolnym i arbitralnym. Zamawiający nie sprostął obowiązkowi podania uzasadnienia faktycznego podejmowanej czynności w sposób zgodny z przepisami prawa, nie wskazując precyzyjnie okoliczności stanowiących uzasadnienie dokonanej czynności – utrudniając w ten sposób możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości przez Wykonawcę.

III. Zamawiający odrzucając ofertę Wykonawcy, który wypełnił warunki udziału w postępowaniu, zgodną z SIWZ, doprowadził do nierównego traktowania wykonawców, uniemożliwiając dokonanie wyboru jedynej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców, w tym

- 1) Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o.,
siedziba: ul. Poligonowa 32, 18-400 Łomża,
z ofertą na kwotę: 875 503,34 zł;
- 2) BIK-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Poligonowa 32, 18-400 Łomża

Siedziba: ul. Polygonowa 32, 18-400 Łomża,
z ofertą na kwotę: 860 248,10 zł;

W toku postępowania to BIK-PROJEKT Sp. z o.o. – który zaoferował niższą kwotę za wykonanie przedmiotu zamówienia - nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W toczącym się postępowaniu przetargowym - na skutek, którego doszło do zawarcia porozumienia i złożenia ofert przez wykonawców zależnych osobowo, kapitałowo, rodzinnie oraz dysponujących zależnym od siebie potencjałem, co doprowadziło do zakłócenia konkurencji.

Zważyć należy, że ww. podmioty nie tylko dysponują tym samym miejscem prowadzenia działalności ul. Polygonowa 32, 18-400 Łomża, ale

- 1) OLECHWIEROWICZ EWA posiada 400 udziałów w BIK – PROJEKT Sp. z o.o.
powiązany z nią najprawdopodobniej rodzinnie zaś
- 3) OLECHWIEROWICZ WOJCIECH TOMASZ posiada 904 udziały w Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o.

Posiadane udziały pozwalają na wpływanie na działalność przedsiębiorstw. Dysponując możliwością złożenia większej liczby ofert podmioty te mogły złożyć oferty różniące się od siebie. Rozbieżność w przypadku podmiotów dysponujących dokładnie takim samym potencjałem osobowym, zasobami wiedzy i doświadczeniem jest całkowicie nieuzasadniona z punktu widzenia rynkowego, a uzasadnia ją istniejąca zмова przetargowa. Jedyne jej wytłumaczenie stanowi chęć jak zwiększenia szansy zwycięstwa któregoś z podmiotów, jak również uzyskanie jak najwyższej ceny za usługi. W swoim założeniu dzięki koordynacji działań ww. wykonawcy, nie przedłużając terminu związania ofertą, mogli wpłynąć na wybór wykonawcy o wyższej ofercie. Przy czym, co należy w tym miejscu wyraźnie podkreślić, tylko zaistnienie samego uzgodnienia cen stanowi czyn nieuczciwej konkurencji powodujący konieczność unieważnienia obecnie umowy.

W powyższym względzie stwierdzenia wymaga, że jeśli sama **możliwość kontrolowania podmiotami zależnymi – za pośrednictwem posiadanych udziałów – daje możliwość koordynowania ofert, to istnienie pomiędzy podmiotami tylko możliwości wymiany informacji, prowadzi do konieczności uznania istnienia zмowy przetargowej.**

Polski ustawodawca *expressis verbis* odnosi się do kwestii zмów przetargowych stanowiąc w art. 6 pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, że zakazane są uzgodnienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Wobec powyższego jakiegokolwiek porozumienia między składającymi ofertę w przedmiocie warunków składanych

ofert, **niezależnie od formy** w jakiej te porozumienie zawarto, są zakazane. Jak już wspomniano powyżej, zawarcie takiego porozumienia może mieć miejsce w drodze wymiany informacji między konkurentami, którzy w ten sposób doprowadzają do koordynacji swoich działań. **Tak więc sytuacja, gdy uczestnicy przetargu wchodzi w posiadanie informacji na temat specyfiki działalności innych uczestników, warunków oferty jakie ci mogą przedstawić czy nawet zamiarów odnośnie postępowania w ramach przetargu jakie ci planują jest objęta zakazem sformułowanym przez prawo konkurencji.**

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że nawet przy ewentualnym braku ustaleń między obydwojema podmiotami co do wspólnej strategii w ramach Przetargu (na istnienie, których wskazuje zresztą szereg okoliczności o czym poniżej), już sama wymiana między nimi informacji w przedmiocie ofert, które zamierzają złożyć między nimi, która wyklucza autonomiczne działanie (gdyż uzyskanie takiej informacji musi siłą rzeczy wpłynąć na sposób działania podmiotu, który ją uzyskał), prowadzi do naruszenia zakazu sformułowanego art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczącego porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Powiązania zachodzące w niniejszej sprawie między rzeczonymi podmiotami znacznie wykraczają poza jedynie wymianę informacji. Uprawnione jest bowiem stwierdzenie, że w obliczu wszystkich powiązań, uprawnienia o decydowaniu o aktywności i strategii gospodarczej tychże podmiotów, z uwagi na prawo własności udziałów, zostały skupione w rękach tych samych osób. Tak więc pomimo formalnej odrębności tychże podmiotów, *de facto* pozostawały one tak blisko powiązane, że samodzielność podejmowania decyzji, była w niniejszej sprawie praktycznie wyłączona. Skoro zaś zjawiskiem naruszającym konkurencję jest wymiana strategicznych informacji między konkurentami, gdyż stoi ona w sprzeczności z wymogiem samodzielności konkurentów, to tym bardziej całkowite jej wyeliminowanie należy ocenić jako zachowanie antykonkurencyjne naruszające zakaz sformułowany art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta.

W ramach uzupełnienia warto dodać, że swoisty katalog otwarty najczęstszych symptomów zмовы przetargowej znaleźć można we wzorcu zawiadomienia o podejrzeniu zмовы przetargowej, który opracowany został przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta (UOKIK). Na gruncie niniejszego postępowania przetargowego, istotne pozostają symptomy przedsiębiorców podejrzewanych o zmovę poprzez występowanie m. in.: (1) więzów rodzinnych, (2) powiązań organizacyjnych (np. prowadzenie odrębnych działalności pod tym samym adresem) oraz (3) powiązań osobowych, ze szczególnym uwzględnieniem kwestii tożsamyh wspólników spółek kapitałowych oraz ich członków zarządu.

Art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje porozumień mających antykonkurencyjny cel lub skutek. Zgodnie z poglądami doktryny nie jest konieczne wykazywanie antykonkurencyjnego skutku danego porozumienia, jeżeli sam jego cel ma taki charakter (Publiczne prawo gospodarcze, System Prawa Administracyjnego, art.rt. *red. prof.*

dr hab. Roman Hauser, prof. dr hab. Zygmunt Niewiadomski, prof. dr hab. Andrzej Wróbel). Jak wskazuje doktryna dana praktyka ma cel antykonkurencyjny, gdy ze względu na swą treść i cel oraz kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się wpisuje, może obiektywnie zapobiec, ograniczyć lub zakłócić konkurencję na rynku właściwym (tamże). Z uwagi zaś na swój charakter, sprowadzający się do dążenia przynajmniej dwóch uczestników do wpłynięcia na wynik przetargu, zmowa przetargowa bez wątpienia posiada potencjał, aby doprowadzić do takiego zniekształcenia konkurencji.

Przy wykładni pojęcia uzgodnienia dokonanego w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub i związki warto odwołać się do treści i wykładni art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako: **"TFUE"**), biorąc pod uwagę, że polskie przepisy prawa ochrony konkurencji w dużej mierze są wzorowane na przepisach unijnych a dorobek orzecznictwa sądów unijnych oraz praktyka Komisji Europejskiej, ma wpływ na kształtowanie się rozumienia i celów ochrony polityki konkurencji także na terenie RP. Artykuł 101 ust. 1 TFUE stanowi, że:

*"Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i **wszelkie praktyki uzgodnione**, które mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na:*

- a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;*
- b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;*
- c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;*
- d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji;*
- e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów."*

Na gruncie niniejszej sprawy uwagę należy zwrócić na pojęcie praktyki uzgodnionej. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów unijnych, wyrażonym przykładowo w orzeczeniu w sprawie T-Mobile Netherlands C-8/08:

"Jeżeli chodzi o definicję uzgodnionej praktyki Trybunał orzekł już, że praktyka ta oznacza rodzaj koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami, która wprawdzie nie prowadzi jeszcze do zawarcia umowy we właściwym tego słowa znaczeniu, lecz pozwala świadomie na zastąpienie praktycznej współpracy przedsiębiorstw, zagrażając konkurencji"

Jak dodał ówczesny ETS (obecnie TSUE):

*“(…), jeżeli chodzi o wymianę informacji między konkurentami, należy przypomnieć, że kryteria koordynacji i współpracy stanowiące przesłanki uzgodnionej praktyki winny być postrzegane w świetle koncepcji właściwej postanowieniom traktatu WE dotyczącym konkurencji, zgodnie z którą **każdy podmiot gospodarczy winien określać w sposób autonomiczny politykę, jaką zamierza realizować na [wspólnym] rynku**”*

W dalszej części ETS orzekł, że:

“O ile taki wymóg autonomii nie wyłącza prawa podmiotów gospodarczych do przystosowywania się w sprawny sposób do stwierdzonego lub spodziewanego postępowania [zachowania] konkurentów, o tyle jednak stoi on na przeszkodzie wszelkim kontaktom między tymi podmiotami gospodarczymi, tak bezpośrednim jak i pośrednim, które mogłyby wywrzeć wpływ na postępowanie [zachowanie] aktualnego lub potencjalnego konkurenta na rynku bądź ujawnić temu konkurentowi postępowanie, które ten podmiot sam zdecydował lub planuje realizować na rynku, jeżeli celem lub skutkiem tych kontaktów jest doprowadzenie do warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom konkurencji na rynku właściwym, przy uwzględnieniu charakteru produktów lub świadczonych usług, znaczenia i liczby przedsiębiorstw, jak również rozmiaru wspomnianego rynku”

Jak wynika z powyższego sądy unijne dostrzegają zagrożenie dla konkurencji w sytuacji, gdy podmioty na rynku wchodzą w posiadanie informacji na temat planowanego postępowania na rynku swoich konkurentów lub ujawniają konkurentowi informacje na temat działań, które same zamierzają podjąć na rynku. W takim przypadku nie jest konieczne nawet zawarcie formalnej (bądź nawet nieformalnej) umowy między konkurentami. Samo uzyskanie tego rodzaju informacji pozwala na skoordynowanie działań konkurentów ze szkodą dla konkurencji. Zarówno unijny jak i polski prawodawca formułują bowiem wymóg, aby przedsiębiorcy samodzielnie decydowali o tym jaką politykę zamierzają przyjąć na rynku. Autonomia poszczególnych konkurentów warunkuje bowiem odpowiedni poziom konkurencji, ponieważ jak podkreśla się w literaturze, niepewność co do zachowania konkurenta skłania do oferowania towarów i usług o możliwie najlepszej jakości i cenie oraz do tworzenia rozwiązań o charakterze innowacyjnym. Z tego powodu ustawodawca podchodzi z nieufnością do kontaktów między konkurentami oraz wymiany między nimi informacji. Należy również podkreślić, że zarówno polski jak i unijny prawodawca, podkreślają, że nie jest istotna sama forma w jakiej dochodzi do porozumienia, lecz sam fakt zastąpienia autonomii konkurentów koordynacją ich postępowania.

Celem doprecyzowania, należy wskazać, iż ustalenie wystąpienia zмовы przetargowej może być poczynione na podstawie wnioskowania z okoliczności faktycznych, co stanowi często jedyny sposób wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia, ale nie można pomijać istotnej oceny skutków tego porozumienia dla konkurencji w postępowaniu. **Nie można wykluczyć, iż niedozwolony skutek porozumienia nie zostanie osiągnięty, co pozostaje bez znaczenia dla ustalenia, iż doszło do zмовы przetargowej, co w efekcie powinno**

prowadzić do odrzucenia ofert wykonawców pozostających w zmowie (podobnie wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt: XVII AmA 4/18).

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt: III SK 6/06, przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe: „Co prawda, stosowanie praktyk monopolistycznych musi być udowodnione temu, komu stawia się taki zarzut, jednak udowodnienie tych praktyk może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych, o czym stanowi art. 231 k.p.c.”.

Sąd Najwyższy podniósł, że w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia **możliwe – a niekiedy nawet konieczne – jest zastosowanie domniemań faktycznych**, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest zatem ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego zostało zaakceptowane przez Krajową Izbę Odwoławczą, która wielokrotnie podnosiła, iż istnienie zmowy przetargowej powinno być oceniane po rezultatach i skutkach działań, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności sprawy (np. wyroki KIO: z dnia 20 czerwca 2013 r., KIO 1353/13; z dnia 14 września 2010 r., KIO 1874/10; z dnia 2 lipca 2012 r., KIO 1287/12). W wyroku z dnia 20 marca 2013 r., KIO 517/13, KIO wskazała, że:

„(...) udowodnienie zaistnienia zmowy przetargowej, siłą rzeczy, w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawną – karną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego – co zostało potwierdzone wprost w powoływanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt: III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zmowy przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa (...)”.

Istnienie powiązań między rzeczonymi podmiotami dawało im faktyczną przewagę nad innymi uczestnikami postępowania, poprzez zapewnienie sobie możliwości zaoferowania większej liczby ofert, co stwarzało większe szanse na uzyskanie zamówienia. Akceptacja takiej sytuacji stanowiłaby przyzwolenie do różnego traktowania

wykonawców, gdyż część podmiotów miałaby inne warunki, mając świadomość, iż **łącznie z innym podmiotem powiązany osobowo oraz kapitałowo starają się o szerszy zakres prac lub wyższe wynagrodzenie, jednocześnie nie narażając się na zarzut czynu nieuczciwej konkurencji.**

Dysponując możliwością złożenie większej liczby ofert podmioty te mogły złożyć oferty znacznie różniące się od siebie. Rozbieżność w przypadku podmiotów dysponujących dokładnie takim samym potencjałem osobowym, zasobami wiedzy i doświadczeniem jest całkowicie nieuzasadniona z punktu widzenia rynkowego, a uzasadnia ją istniejąca zmowa przetargowa. Jedyne jej wytłumaczenie stanowi chęć jak zwiększenia szansy zwycięstwa któregoś z podmiotów, jak również uzyskanie jak najwyższej ceny za usługi. W swoim założeniu dzięki koordynacji działań pozwani, nie uzupełniając przykładowo dokumentów niezbędnych do zawarcia umowy, mogli wpłynąć na wybór wykonawcy o wyższej ofercie. Przy czym, co należy w tym miejscu wyraźnie podkreślić, tylko zaistnienie samego uzgodnienia cen stanowi czyn nieuczciwej konkurencji powodujący konieczność unieważnienia obecnie umowy.

W literaturze podkreślono, że naruszenie warunków procedury w ramach aukcji lub przetargu, które miało wpływ na wynik postępowania, na ogół uzasadniać będzie stosowanie komentowanego przepisu (art. 70⁵ k.c.) (R. Szostak, glosa do wyroku SN z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 12/03, Rejent 2005, nr 3, s. 107). Przykładem może być właśnie zmowa przetargowa. Porozumienia polegające na zмовie przetargowej są nieważne, zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Jak w związku z tym stwierdza J. Wiak, zawarcie zмовy przetargowej stanowi ponadto „zachowanie sprzeczne z prawem, które może wpłynąć na wynik przetargu, ponieważ m.in. w tym właśnie celu porozumienie jest zawierane”, co – zdaniem autorki – uzasadnia zastosowanie w takim przypadku art. 70⁵ § 1 k.c. (J. Wiak, Spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, FK 2012, nr 6, s. 6).

Mając powyższe na względzie, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Wobec tego wnoszę, jak na wstępie.


Wojciech Chwastyk
Radca prawny

Załączniki:

- uwierzytelniony odpis pełnomocnictwa wraz z odpisem z CEIDG oraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa,
- dowód wniesienia opłaty od odwołania,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- Odpis z KRS - Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o.,
- Odpis z KRS - BIK-PROJEKT Sp. z o.o.