

Sygn. akt: KIO 39/21

WYROK
z dnia 2 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

| | |
|------------------------|---|
| Przewodniczący: | Ryszard Tetzlaff |
| Członkowie: | Klaudia Szczytowska - Maziarz Monika Szymanowska |
| Protokolant: | Piotr Cegłowski |

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez **D. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą HRKAS D. Ś., ul. Wystawowa 1/202, 51-618 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Polregio Sp. z o.o. Wielkopolski Zakład w Poznaniu, ul. Kolejowa 5, 60-715 Poznań**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 23 grudnia 2020 r. odrzucenia oferty D. Ś. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą HRKAS D. Ś., ul. Wystawowa 1/202, 51-618 Wrocław zwana dalej: „HRKAS D. Ś.” oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Polregio Sp. z o.o. Wielkopolski Zakład w Poznaniu, ul. Kolejowa 5, 60-715 Poznań** i:

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczona przez **D. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą HRKAS D. Ś., ul. Wystawowa 1/202, 51-618 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Polregio Sp. z o.o. Wielkopolski Zakład w Poznaniu, ul. Kolejowa 5, 60-715 Poznań** na rzecz **D. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą HRKAS D. Ś., ul. Wystawowa 1/202, 51-618 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z możliwością składania ofert częściowych prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Agencyjna sprzedaż biletów, z podziałem na sześć Zadań - stacja: Czempień, Jarocin, Pleszew, Puszczykówko, Trzemeszno, Szamotuły i Pamiątkowo*”, znak: PRL-251-10-2020; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.11.2020 r. pod nr 2020/S 221-542031 przez: Polregio Sp. z o.o. Wielkopolski Zakład w Poznaniu, ul. Kolejowa 5, 60-715 Poznań zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 23.12.2020 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – w zakresie Zadania 2 - stacja Jarocin: K. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MANTRA K. S., ul: Marywilska 67/38, 03-042 Warszawa zwane dalej: „MANTRA K. S.”. Jednocześnie poinformował o odrzuceniu na podstawie o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „ustawy pzp” albo „Pzp”, w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zwanej dalej: „UOKiK” D. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą HRKAS D. Ś., ul. Wystawowa 1/202, 51-618 Wrocław zwana dalej: „HRKAS D. Ś.” albo „Odwolującym”, jak i S. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. Ś. ul. Wystawowa 1, 51-618 Wrocław zwana dalej: „KERAM S. Ś.”. Stwierdził, że: „(...) Wykonawca złożył ofertę na realizację Zadania nr 2 — st. Jarocin. Również na to same Zadanie nr 2 ofertę złożyła S. Ś. KERAM. Taka sama sytuacja wystąpiła w Postępowaniu nr PRL-251-8-2020 na Agencyjną sprzedaż biletów biletów w czterech lokalizacjach, gdzie zostały złożone dwie oferty tych samych Wykonawców na tą samą lokalizację z jednego konta Platformy zakupowej Wykonawcy — S. Ś.

W przedmiotowym Postępowaniu ponownie zostały złożone dwie oferty tych samych Wykonawców na realizację tego samego Zadania nr 2 st. Jarocin która, zdaniem Zamawiającego, może świadczyć o niedozwolonym pomiędzy Wykonawcami porozumieniu.

Również okoliczność bliskiej relacji rodzinnej oraz ten sam adres prowadzonej działalności, zdaniem Zamawiającego, stanowi o fakcie niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym, oferta Wykonawcy złożona na realizację Zadania nr 2. zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - znową przetargową.”.

W dniu 04.01.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) HRKAS D. Ś. wniosła odwołanie na czynność z 23.12.2020 r. – w zakresie Zadania 2 - stacja Jarocin. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem).

Zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK w zw. z art. 7 Pzp polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo iż jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający pismem z 23.12.2020r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający podał, że Odwołujący złożył ofertę na zadanie nr 2 - stacja Jarocin. Na to samo zadanie ofertę złożyła S. Ś. KERAM. Zamawiający wskazał, że w innym postępowaniu miała miejsce analogiczna sytuacja, z tym zastrzeżeniem, że oferty obu tych wykonawców zostały złożone z jednego konta na Platformie zakupowej.

W niniejszym postępowaniu: *„ponownie zostały złożone dwie oferty tych samych wykonawców na realizację tego samego zadania (...), co zdaniem Zamawiającego, może świadczyć o niedozwolonym pomiędzy Wykonawcami porozumieniu. Również okoliczność bliskiej relacji rodzinnej oraz ten sam adres prowadzonej działalności, zdaniem Zamawiającego, stanowi o fakcie niedozwolonego porozumienia”.* Neguje powyższe.

Niedozwolonym porozumieniem (znową przetargową), do której nawiązuje Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jest, zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK, porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Jak wskazuje się w doktrynie, na ogół znowa

przetargowa polega na uzgodnieniu przez wykonawców cen składanych ofert i podejmowaniu w postępowaniu określonych działań lub zaniechań w celu doprowadzenia do wyboru oferty droższej (tak: M. Jaworska. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. 2020). Odwołujący zaprzeczył jakoby zawarł tego typu porozumienie z wykonawcą S. Ś. KERAM.

W niniejszym postępowaniu, dla zadania 2 - stacja Jarocin, swoje oferty złożyli m. in. Odwołujący oraz S. Ś. KERAM. Sama okoliczność, że obaj wykonawcy prowadzący jednoosobowe działalności gospodarcze pozostają w bliskiej relacji rodzinnej, nie świadczy jeszcze o tym, że składając oferty, działali w warunkach zmowy przetargowej. O fakcie tym nie świadczy również okoliczność, że obaj wykonawcy prowadzą działalność gospodarczą - wynajmują lokal w tym samym budynku. Zamawiający błędnie pisze w decyzji o odrzuceniu oferty o tym samym adresie korespondencyjnym. Choć obaj wykonawcy prowadzą działalność gospodarczą we Wrocławiu pod adresem Wystawowa 1, to jednak każdy z nich ma do swojej dyspozycji inny lokal w tym budynku - Odwołujący ma adres: Wystawowa 1/202, KERAM ma adres: Wystawowa 1/104. Okoliczność tą, w ocenie Odwołującego, Zamawiający celowo pominął, sporządzając uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty. Jak podpowiada przy tym doświadczenie życiowe, sam fakt wynajmu pomieszczeń biurowych w tym samym budynku jest jeszcze niewystarczający dla przyjęcia, że przedsiębiorcy pozostają ze sobą w niezgodnych z prawem konkurencji relacjach.

Podkreślił, że Odwołujący, ubiegając się o udzielenie niniejszego zamówienia, opierał się na własnych zasobach, w tym przede wszystkim na własnym doświadczeniu zdobytym przy realizacji innego zamówienia. Odwołujący prowadzi własne i zarazem odrębne od S. Ś. KERAM biuro, zatrudnia własnych pracowników i realizuje w sposób samodzielny umowy na rzecz Zamawiających.

Bez znaczenia dla ustalenia, czy w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia ze złą przetargową pozostaje przy tym okoliczność, że w innym postępowaniu obaj wykonawcy złożyli swoje oferty z tego samego konta na Platformie Zakupowej Zamawiającego. Odwołujący nie przeczy, że z uwagi na problemy techniczne, powiązane z faktem zmiany przez Zamawiającego platformy do obsługi zamówień publicznych, w innym postępowaniu skorzystał z pomocy wykonawcy KERAM przy złożeniu oferty - korzystał z jego konta na Platformie Zakupowej. Była to jednak sytuacja jednorazowa, podyktowana problemami technicznymi. Obecnie Odwołujący posiada własne konto na Platformie Zakupowej Zamawiającego i to z niego złożył ofertę. Niezależnie od powyższego podkreślić przy tym należy, że pomoc techniczna przy złożeniu oferty nie jest równoznaczna z ustaleniem warunków składanej oferty i próbą wpłynięcia na konkurencję w postępowaniu. Najistotniejsze więc pozostaje to, że Odwołujący przygotowując się do złożenia kolejnych

ofert na rzecz Zamawiającego, rozwiązał swoje wcześniejsze problemy techniczne i samodzielnie złożył ofertę w niniejszym Postępowaniu.

KIO w wyroku z 09.07.2020 r., sygn. akt: KIO 784/20, wyjaśnia: „*Podobnie o znowie przetargowej podziale rynku - jak twierdził Odwołujący - nie mogą świadczyć wyłącznie powiązania rodzinne. Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie - VII Wydział Gospodarczy (wyrok z dnia 25 października 2017 r., sygn.. akt VII ACa 872/17) należy z dużą wstrzeźliwością podchodzić do prób wywodzenia wniosku o uczestniczeniu przez przedsiębiorców w porozumieniu ograniczającym konkurencję z faktu istnienia podobieństw między składanymi przez nich ofertami. Podobieństwa te mogą stanowić pochodną tego, że określone podmioty ponoszą zbliżone koszty oraz dysponują zbliżonym zasobem informacji o sytuacji na rynku. Nie ma też niczego nagannego w tym, że powiązani relacjami rodzinnymi przedsiębiorcy i managerowie prowadzą bardzo podobną działalność gospodarczą; ani w tym, że na pewnych płaszczyznach współpracują. Współpraca taka przyczyniać się może do obniżenia kosztów oraz zwiększenia potencjału zaangażowanych w nią podmiotów gospodarczych i umożliwienia im podejmowania rywalizacji z większymi przedsiębiorcami. Do naruszenia prawa antymonopolowego nie musi dochodzić nawet wtedy, gdy powiązani relacjami rodzinnymi, prowadzący zbliżoną działalność gospodarczą przedsiębiorcy współpracują przy przygotowaniu ofert, które zamierzają złożyć w przetargach. Zarzut naruszenia prawa antymonopolowego można uznać za trafny dopiero wówczas, gdy celem lub skutkiem takiego porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji, przy jednoczesnym braku okoliczności wyłączających bezprawność porozumienia.*”

Podkreślił, że Zamawiający, poza powyżej omówionymi okolicznościami, nie wskazał w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego żadnych innych okoliczności, które miałyby świadczyć o rzekomej znowie przetargowej wykonawców. Okoliczności wskazane przez Zamawiającego nie są zaś wystarczające dla uznania, że wykonawcy zawarli niedozwolone porozumienie w celu wpłynięcia na konkurencję w postępowaniu. Zamawiający nie przeprowadził również żadnego dodatkowego postępowania wyjaśniającego, niejako z góry i automatycznie zakładając, że sam fakt istnienia powiązań rodzinnych świadczyć ma o znowie przetargowej. Odwołujący wykonawca pozbawiony został więc możliwości złożenia jakichkolwiek wyjaśnień odnoszących się do jego udziału w niniejszym Postępowaniu.

Za wyrokiem KIO z 15.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1819/17, przypomnieć należy, że: „*Zamawiający jest obowiązany do udowodnienia, że powyższa sytuacja (tam występowanie jednocześnie w roli wykonawcy i podmiotu udzielającego doświadczenie - przypis autora) jest skutkiem zawarcia pomiędzy tymi dwoma podmiotami porozumienia, któremu*

przyświeca jeden z celów zmowy przetargowej.”. Analogicznie w niniejszej sprawie, Zamawiający winien wykazać, że złożenie ofert w tym samym zadaniu przez dwóch wykonawców powiązanych rodzinnie, służyło realizacji celów zmowy przetargowej. Dowód taki nie został przez Zamawiającego przeprowadzony i choć orzecznictwo Izby nie wymaga od Zamawiającego przedstawienia „*twardego*” dowodu na istnienie zmowy (np. dokumentu zawierającego treść niedozwolonego porozumienia) to jednak zasada równego i uczciwego traktowania wykonawców równocześnie nie dopuszcza całkowitego zwolnienia Zamawiającego z obowiązków dowodowych i podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy wyłącznie w oparciu o przypuszczenia, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie.

Zamawiający w dniu 05.01.2021 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 01.02.2021 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oddał w całości odwołanie. Pismo zostało podpisane przez adwokata umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 27.01.2021 r. udzielonego przez Dyrektora i Z-ce Dyrektora Odwołująca złożyła ofertę na zadanie nr 2 w postępowaniu o udzielenie zamówienia opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 221-542031 dnia 12.11.2020 r. W tym samym postępowaniu na to samo zadanie ofertę złożyła KERAM S. Ś.. Zamawiający odrzucił obydwie w/w oferty. Oferty te podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK, ponieważ ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji-zmowę przetargową. Oferty na zadanie nr 2 złożyły zarówno uczestniczka KERAM S. Ś., jak i uczestniczka HRKAS D. Ś.. Obie te osoby są ze sobą blisko spokrewnione (matka i córka) i prowadzą działalność gospodarczą pod tym samym adresem (ul. Wystawowa 1 we Wrocławiu). Nadto w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego z konta na platformie zakupowej KERAM S. Ś. była składana zarówno jej oferta, jak i oferta HRKAS D. Ś. Ta okoliczność a także bliskość relacji rodzinnej i ten sam adres prowadzonej działalności przesądza zdaniem Zamawiającego o tym, że istniało pomiędzy oferentkami niedozwolone porozumienie o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponadto oferta złożona w niniejszym postępowaniu przez HRKAS D. Ś. została podpisana przez S. Ś. (czyli podmiot składający też swoją własną ofertę na to zadanie) - wynika to jednoznacznie z EPW (Elektronicznego Poświadczenia Weryfikacji). Podpisanie oferty uczestnika D. Ś. na zadanie nr 2 przez S. Ś. świadczy o tym, że znała ona treść oferty składanej przez D. Ś. -

trudno bowiem przyjąć iż nie znała treści pod którą się podpisuje. O bliskiej współpracy obu uczestników świadczy też udzielenie przez D. Ś. pełnomocnictwa notarialnego S. Ś. do reprezentowania jej we wszystkich sprawach dotyczących prowadzonej przez nią działalności gospodarczej (§ 1 aktu notarialnego), w tym w szczególności do uczestniczenia w postępowaniach o zamówienia publiczne (§1 pkt. 3 aktu notarialnego), podpisywania formularza JEDZ (§1 pkt. 4 aktu notarialnego) i określania wszelkich warunków powyższych czynności według własnego uznania (§ 2 pkt. 1 aktu notarialnego). /Dowód: akt notarialny nr 206/2019/. Marginalnie wskazał, iż zgodnie z informacją od MANTRA K. S. (innego uczestnika postępowania) wynika, iż HRKAS D. Ś. i KERAM S. Ś. mają wspólnego pracownika - M. D. Potwierdza to wskazanie w ofercie (zał. nr 1 do SIWZ) HRKAS D. Ś. jako osoby do kontaktu M. D. i wskazanie do kontaktu adresu email: keram.praca@gmail.com, a więc adresu przynależnego nie HRKAS D. Ś., ale KERAM S. Ś.. Jedną z podstawowych zasad koniecznych do zachowania transparentności, uczciwości jest zachowanie w tajemnicy treści złożonych ofert do czasu ich otwarcia przez Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu jeden z uczestników miał możliwość zapoznania się z ofertą innego uczestnika już na etapie składania ofert. Oboje uczestnicy nie tylko prowadzą działalność gospodarczą w tym samym miejscu i są bliską rodziną, ale również oferta jednego z uczestników została podpisana przez innego uczestnika, jeden z uczestników ma prawo do reprezentowania drugiego, a nadto jako dane do kontaktu wskazano email innego uczestnika. Wszelkie w/w fakty wskazują, iż uczestnicy pozostają ze sobą nie tylko w bliskich relacjach rodzinnych, ale również są blisko ze sobą powiązani w relacjach biznesowych. Wykonują one bowiem działalność gospodarczą w tej samej branży - prowadzenie agencyjnych kas biletowych dla przewoźników kolejowych. Oferta D. Ś. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji - zmwę przetargową.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, zaś Odwołujący, ma interes w uzyskaniu zamówieniu.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej w tym w szczególności treści pisma z 08.01.2021 r. p. K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MANTA K. S., informacji o odrzuceniu ofert Odwołującego oraz p. S. Ś., jak i kopii pięciu ofert złożonych na zadanie 2 wraz z elektronicznymi poświadczeniami weryfikacji podpisów. Dodatkowo oryginalną dokumentację odebraną protokolarnie od Zamawiającego na czas wydania wyroku i sporządzenia uzasadnienia dokumentacji.

Izba dopuściła jako dowód dołączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołania załącznik:

- Akt notarialny 206/2019.

Izba dopuściła także jako dowód złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) kopię umowy najmu na okoliczność wykazania, iż Odwołujący wynajmuje biuro w sposób samodzielny na potrzeby swojej działalności gospodarczej i nie jest ono dzielone z biurem drugiego wykonawcy;
- 2) kopię listy płac na okoliczność, że jest oddzielnym podmiotem zatrudniającym 8 osób.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Zamawiającego na rozprawie:

- 1) wydruk z CEIDG p. S. Ś. na okoliczność, że pełnomocnikiem tego przedsiębiorcy jest p. Magdalena Dorochowicz oraz p. D. Ś.;
- 2) kopia informacji o osobie z Krajowego Rejestru Karnego dla obu podmiotów, z którego wynika, że mieszkają pod tym samym adresem.

Pierwszy dokument jest na okoliczność, iż obie osoby są pełnomocnikami przedsiębiorcy, pozostałe na okoliczność tego samego miejsca zamieszkania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone na posiedzeniu pisma procesowe w sprawie, tj. odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK w zw. z art. 7 Pzp polegający na odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo iż jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do istniejącego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosząc się do istoty sporu, Izba podkreśla, że zarzut odwołania jest zasadny i podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Izba związana jest podstawą odrzucenia zawartą w informacji o odrzuceniu, czyli jego zakresem. Szereg zarzutów znajdujących się w odpowiedzi na odwołanie i związanych z nim dowodów stanowiło nowe okoliczności nie mieszczące się w podstawie faktycznej odrzucenia. Dotyczy to pełnomocnictwa w formie aktu notarialnego, JEDZ-a, czy też tego, że pani M. D. jest pracownikiem tak pani D., jak i p. S. Ś.. Podobnie co do adresu e-mailowego p. D. D. znajdującego się w ofercie p. D. Tak bowiem jak Odwołujący nie może formułować nowych zarzutów na rozprawie, tak i Zamawiający nie może formułować nowych podstaw w tym wypadku odrzucenia, ponad to co znajdowało się w informacji o odrzuceniu z 23.12.2020 r. Tak też w wyroku KIO z 02.02.2021 r., sygn. akt: KIO 6/21, KIO 12/21. Podobnie na zasadzie analogii w wyroku Izby z 20.10.2020 r., sygn. akt: KIO 2271, 2275/20: „(...) Zamawiający przedstawił także na rozprawie wiele nowych okoliczności, których nie było w ogóle w pierwotnym uzasadnieniu unieważnienia, choć powinny. Izba na zasadzie analogii wskazuje w tym zakresie, że często są uwzględniane odwołania, w których okazuje się, że dany Zamawiający przedstawiał ogólną punktację lub szczegółową punktację w kryteriach pozacenowych, nie wyjaśniając dlaczego przyznał

tylko tyle, a nie więcej punktów, czyli nie przedstawił przyczyn takiej, a nie innej punktacji. Jest to powszechnie znana okoliczność znajdująca poparcie w orzecznictwie krajowym i europejskim. Przykładowo: „Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym” (wyrok z dnia 25.05.2015, sygn. akt: KIO 946/15, KIO 947/15). Dalej: „Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach” (wyrok z 20.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1429/15). Należy bowiem w tym kontekście wskazać także, że: "Pożądanym jest, aby zawsze Wykonawca składający odwołanie dysponował tak wyczerpującymi informacjami co do powodów jego wykluczenia z udziału w postępowaniu, tudzież odrzucenia jego oferty. Nie jest bowiem zjawiskiem odosobnionym sytuacja, gdy tak wielowątkowe i obszerne uzasadnienie faktyczne, jak zostało przedstawione na etapie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, jest przedstawiane dopiero na rozprawie" (w tym zakresie tego rodzaju negatywne stany faktyczne w szczególności za wyrokiem KIO z 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 945/13 oraz wyrokiem KIO z 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13). /za wyrokiem KIO z 23.05.2014 r., sygn. akt: KIO 634/14, KIO 638/14/).”.

Względem zaś bliskich relacji rodzinnych, to nie mogą one same w sobie stanowić podstawy do stwierdzenia zmowy przetargowej, tak jak wskazywał w odwołaniu Odwołujący za wyrokiem KIO z 09.07.2020 r., sygn. akt: KIO 784/20, KIO 784/20 i przywołanym w nim stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie - VII Wydział Gospodarczy (wyrok z dnia 25 października 2017 r., sygn. akt VII ACa 872/17). Odnośnie zaś do siedziby prowadzenia działalności gospodarczej, jak wykazał Odwołujący dowodem – tj. kopią umowy najmu - wynajmuje odrębny lokal w tym samym budynku, tj. nr 202, a p. S. Ś. nr 104. Kwestia zaś użycia tego samego konta do platformy zakupowej była elementem innego, a nie aktualnego postępowania przetargowego. Nadto, miała charakter jednorazowy.

Ostatnią okolicznością kluczową dla Zamawiającego był fakt, że zostały złożone dwie oferty tych samych Wykonawców na zadanie 2, co może, w jego ocenie, świadczyć o niedozwolonym porozumieniu pomiędzy Wykonawcami.

Ustawowa definicja "zmowy przetargowej" została określona w art. 6 ust 1 pkt 7 UO-KiK. Zgodnie z nią 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. Działanie takie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" (por. Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II).

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie to w ten sposób, że pani S. Ś. знаła treść oferty p. D. Ś., podpisując jej ofertę, czyli złożyła de facto dwie oferty, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż miała przewagę konkurencyjną nad innymi Wykonawcami. Jednakże Zamawiający w żaden sposób nie wykazał jak tą okoliczność należy rozumieć w kontekście oferty p. D. Ś., która wniosła odwołanie. Inaczej mówiąc, jak należy rozumieć, w jaki sposób ta okoliczność wpływała na ofertę p. D. Ś. Samo bowiem podpisanie oferty podpisem elektronicznym przez inną osobę umocowaną do tego w imieniu właściciela nie świadczy jeszcze o czynie nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo należy zauważyć, że skoro, jak oświadczył do protokołu Zamawiający, p. S. Ś. złożyła ofertę wcześniej, to nie wiadomo jak miałyby wpłynąć ta okoliczność na jej ofertę, tj. złożenie oferty przez innego Wykonawcę, skoro jej własna oferta była już złożona.

Naturalnie, profesjonalny Wykonawca prowadzący działalność gospodarczą chcący brać udział w postępowaniu przetargowym, po zmianie w przepisach Pzp, wręcz musi, warunek sine qua non, zaopatrzyć się w podpis elektroniczny. Podobnie, zdziwienie Izby budzą problemy techniczne, związane z kontem na portalu zakupowym. Kwestie te wymagają bowiem ciągłej uwagi i troski profesjonalnego Wykonawcy.

Niewątpliwie p. D. Ś. jest odrębnym podmiotem gospodarczym, przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą, zatrudniającym kilku pracowników, co wykazano przedłożonym dowodem – kopia listy płac, posiadającym własne biuro i jako profesjonalista winna działać jak na profesjonalistę przystało.

Izba podkreśla także z całą mocą, w zakresie dokumentacji postępowania, że sytuacja, która wynikła podczas rozprawy, tj. samodzielna modyfikacja treści dokumentacji postępowania, przy pomocy dokumentu z innego postępowania jest naganna, gdyż może skutkować daleko idącymi konsekwencjami, łącznie w wprowadzeniu w błąd składu orzekającego Izby. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do przesyłanej dokumentacji

Zamawiający winien rozwiązywać je w uzgodnieniu z Izbą, zwracając się nawet z wnioskiem o wyjaśnienia.

Reasumując, Izba nie stwierdziła podstaw do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, tak z uwagi na brak dowodów bezpośrednich, jak i nawet kierując się dowodami pośrednimi: „*nie wystąpiły bowiem one w odpowiedniej wadze i ilości*”, uwzględniając naturalnie, że nowe okoliczności, nie będące podstawą odrzucenia pojawiły się dopiero na rozprawie.

Zarówno bowiem według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia (zmowy przetargowej), nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) /wyroki KIO: z 03.03.2014 r., sygn. akt KIO 309/14, z 23.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2851/13, z 15.01.2013 r., sygn. akt KIO 2865/12, czy też 20.03.2013 r., sygn. akt KIO 517/13 – za wyrokiem KIO z 07.04.2016 r., sygn. akt: KIO 423/16/.

Sąd Najwyższy w wyroku z 09.08.2006 r., sygn. akt: III SK 6/06 wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 kpc.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczone w orzecznictwie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 554 ust. 1 pkt. 1 ust. 3 pkt. 1 lit. a) Pzp.

Z mocy art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) Izba ustaliła, że właściwym dla rozpoznania skargi na przedmiotowe orzeczenie będzie Sąd Okręgowy w Warszawie, a termin na wniesienie skargi wynosi 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami zamawiającego i nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu, 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....