

**Sygn. akt: KIO 3235/22**

**KIO 3247/22**

**WYROK**

**z dnia 20 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska  
Małgorzata Matecka  
Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **ZETO Projekt Sp. z o.o., ul. Seweryna Pieniężnego 6/7, 10-005 Olsztyn,**
- B. w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **Genree IT Sp. z o.o., ul. Turystyczna 11,20-207 Lublin,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Wólka, Jakubowice Murowane 8, 20-258 Jakubowice Murowane,**

przy udziale wykonawcy: **ZETO Projekt Sp. z o.o., ul. Seweryna Pieniężnego 6/7, 10-005 Olsztyn,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3247/22 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie o sygn. akt KIO 3235/22 oraz uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 3247/22 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie Części 1 zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy ZETO Projekt Sp. z o.o. i wykonawcy Genree IT Sp. z o.o. na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, unieważnienia czynności odrzucenia ww. ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Gmina Wólka, Jakubowice Murowane 8, 20-258 Jakubowice Murowane** i wykonawcę **ZETO Projekt Sp. z o.o.**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), w tym:
- 2.1. kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ZETO Projekt Sp. z o.o., ul. Seweryna Pieniężnego 6/7, 10-005 Olsztyn** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Genree IT Sp. z o.o., ul. Turystyczna 11, 20-207 Lublin** tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądza kwotę **14 700 zł 00 gr** (słownie: czternaście tysięcy siedemset złotych zero groszy) od wykonawcy: **ZETO Projekt Sp. z o.o. (KIO 3235/22)** na rzecz zamawiającego: **Gmina Wólka, Jakubowice Murowane 8, 20-258 Jakubowice Murowane** i od zamawiającego **Gmina Wólka, Jakubowice Murowane 8, 20-258 Jakubowice Murowane (KIO 3247/22)** na rzecz wykonawcy: **Genree IT Sp. z o.o.**, w tym:
- 3.1. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) od wykonawcy: **ZETO Projekt Sp. z o.o., ul. Seweryna Pieniężnego 6/7, 10-005 Olsztyn** na rzecz zamawiającego: **Gmina Wólka, Jakubowice Murowane 8, 20-258 Jakubowice Murowane** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.2. kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) od zamawiającego: **Gmina Wólka, Jakubowice Murowane 8, 20-258 Jakubowice Murowane** na rzecz wykonawcy: **Genree IT Sp. z o.o., ul. Turystyczna 11, 20-207 Lublin** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) 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:** .....

.....

.....

**KIO 3235/22**

**KIO 3247/22**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Gmina Wólka z siedzibą w Jakubowicach Murowanych, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie „uruchomienie e -usług publicznych w ramach projektu „Cyfrowa Gmina”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano dnia 13 października 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00392040/01.

Pismem z dnia 30 listopada 2022 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy ZETO Projekt Sp. z o.o. i wykonawcy Genree IT z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp oraz o odrzuceniu ofert obu ww. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

**KIO 3235/22**

Wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1) i 2) Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego oraz wykonawcy Genree IT sp. z o.o. z postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania w Części I.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a. art. 522 ust. 1 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, poprzez powtórzenie czynności wykluczenia Odwołującego oraz wykonawcy Genree IT z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, podczas gdy, czynność ta była już przedmiotem odwołania ZETO Projekt z dnia 14 listopada 2022 r., które zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego, a nie zaistniały w postępowaniu żadne nowe okoliczności, ani nie zostały ujawnione żadne nowe fakty;
- b. art. 108 ust.1 pkt 5) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 253 ust.1 pkt 2) w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że istnieją wiarygodne przesłanki świadczące o tym, że pomiędzy Odwołującym, a Genree IT zostało zawarte porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, podczas gdy Zamawiający nie wykazał w żaden sposób zaistnienia owego niedozwolonego porozumienia, czy też wysokiego prawdopodobieństwa jego zaistnienia, a ponadto przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego i Genree IT uniemożliwił udzielenie przez Odwołującego i Genree IT odpowiednich wyjaśnień, co

skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego z postępowania i odrzuceniem jego oferty; w konsekwencji

- c. art. 255 pkt 3 w zw. z art. 260 ust. 1 i ust. 2 Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, podczas gdy nie było ku temu przesłanek.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 108 ust.1 pkt 5) Pzp, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym ponownego badania dokumentów złożonych przez Odwołującego i Genree IT w zakresie stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji
- b. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie Części 1 zamówienia,

a ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że bezpodstawnie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp. Odwołujący poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, ponieważ w przypadku braku złożenia przez niego odwołania uprawomocni się decyzja Zamawiającego o jego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust.1 pkt 5) Pzp, a co za tym idzie będzie bezpodstawnie zobowiązany do przeprowadzenia procedury *self-cleaningu* w każdym kolejnym postępowaniu, w którym złoży ofertę przez okres 3 lat.

Odwołujący podniósł, że powodem decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego ma być fakt, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a podmiot trzeci udostępniający zasoby na rzecz Genree IT - ZETO SOLUTIONS sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie należy do tej samej grupy kapitałowej, co Odwołujący. Z tego faktu, Zamawiający wywodzi zaistnienie niedozwolonego porozumienia pomiędzy Odwołującym i Genree IT, które miało na celu „ustąpienie miejsca” przez Odwołującego, który złożył ofertę z niższą ceną, Genree IT Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że jest to już druga czynność wykluczenia Odwołującego i Genree IT z postępowania za rzekome niedozwolone porozumienie, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp oraz odrzucenia ofert obu wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. Pierwsza czynność została zaskarżona przez wykonawców i oba odwołania zostały uwzględnione w całości przez Zamawiającego przed rozprawą. Postępowanie przed KIO zostało umorzone. Tym samym, Zamawiający uznał argumentację Odwołującego za prawidłową oraz przyznał, że czynność wykluczenia Odwołującego i Genree IT z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) za niedozwolone porozumienie była bezpodstawną.

W konsekwencji Zamawiający unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, jednak pismem z dnia 30 listopada 2022 r. ponownie wykluczył Odwołującego i Genree IT na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, pomimo, że w postępowaniu nie pojawiły się żadne nowe okoliczności ani nie ujawniono żadnych nowych informacji, które mogłyby wpłynąć na zmianę decyzji po stronie Zamawiającego. Zamawiający powołał w uzasadnieniu nowej decyzji te same okoliczności, tj. powiązanie kapitałowe podmiotu trzeciego ZETO SOLUTIONS z Odwołującym oraz rażąco niską cenę w ofercie Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, ponowne wykluczenie Odwołującego na tej samej podstawie prawnej, na podstawie tego samego stanu faktycznego i okoliczności, należy uznać za niedopuszczalne. Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu decyzji z dnia 30 listopada 2022 r. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił istnienia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Przeciwnie, Zamawiający oparł się jedynie na ogólnikowych twierdzeniach i własnych domniemaniach, niepopartych żadnymi dowodami. Co więcej, uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego jest sprzeczne z zasadami logiki. Zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez Odwołującego została uznana za rażąco niską. Zdaniem Zamawiającego, wskazanie rażąco niskiej ceny przez Odwołującego, który przesłał wcześniej szacowanie przedmiotu zamówienia, w sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępniający zasoby wykonawcy Genree IT - ZETO SOLUTIONS – należy do tej samej grupy kapitałowej co Odwołujący, prowadzi do wniosku, że pomiędzy Odwołującym a Genree IT doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Odwołujący podniósł, że okolicznością bezsporną jest fakt, że Odwołujący nie jest w żaden sposób powiązany z Genree IT, w szczególności, wykonawcy nie należą do tej samej grupy kapitałowej. Fakt, iż podmiot trzeci udostępniający zasoby wykonawcy Genree IT, tj. ZETO SOLUTIONS, należy do tej samej grupy kapitałowej co Odwołujący, nie ma żadnego wpływu na postępowanie. W tym zakresie aktualna pozostaje, przytoczona wyżej, argumentacja Odwołującego wskazana w odwołaniu z dnia 14 listopada 2022 r. Odwołujący przygotował i złożył ofertę całkowicie samodzielnie bez konsultacji z ZETO SOLUTIONS, które udostępniło zasoby Genree IT bez jakichkolwiek ustaleń z Odwołującym w tym zakresie. Odwołujący w żaden sposób nie konsultował się z Genree IT. Twierdzenie Zamawiającego, jakoby wskazanie ceny rażąco niskiej było celowe i miało doprowadzić do wyboru oferty Genree IT jest całkowicie bezpodstawne. Jak zostało wskazane powyżej, Odwołujący i Genree IT nie są ze sobą w żaden sposób powiązani. Tym samym, Odwołujący nie miałby żadnego interesu w tym, aby „ustępować miejsca” Genree IT. Takim interesem na pewno nie mógłby być fakt, że spółka z tej samej grupy kapitałowej miałaby wykonać pewną część zamówienia jako podwykonawca Genree IT. Gdyby Odwołujący z jakiegoś powodu

chciał ułatwić temu wykonawcy uzyskanie zamówienia, to prawdopodobnie nie składałby w tym postępowaniu oferty. Celem Odwołującego było natomiast uzyskanie zamówienia w Części I, co umożliwiłoby samodzielnią realizację i uzyskanie całości wynagrodzenia.

Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez Odwołującego – 109 470 zł brutto, była przedmiotem wyjaśnień udzielonych w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Odwołujący oświadczył, że *„omyłkowo przyjął cenę realizacji zamówienia w kwocie netto jako kwotę brutto i na bazie złej kwoty dokonał obliczenia kosztu realizacji zamówienia”*. Bez znaczenia jest przy tym kwota wskazana przez Odwołującego na etapie szacowania wartości zamówienia, bowiem nie jest ona w żaden sposób wiążąca dla wykonawcy, chociażby z tego względu, że treść OPZ i wzoru umowy załączonych do szacowania może się różnić od ich finalnych wersji, opublikowanych wraz z postępowaniem. Gdyby celem Odwołującego było ustąpienie miejsca Genree IT, to pozostawiłby wezwanie do wyjaśnień bez odpowiedzi. Wyjaśnienia zostały złożone przez Odwołującego w wyznaczonym terminie.

Zamawiający wskazał w swojej decyzji, że *„nie można było pominąć, iż cena oferty Genree IT Sp. z o.o. była zbliżona do kwoty, na jaką zamawiający oszacował zamówienie i zamierzał przeznaczyć na jego realizację”*, podczas gdy kwota przeznaczona na realizację zamówienia była znana wyłącznie Zamawiającemu, do czasu jej opublikowania na stronie postępowania, pismem z dnia 21 października 2022 r.

Biorąc pod uwagę treść uzasadnienia faktycznego decyzji wykluczenia wykonawców z postępowania Zamawiający udowodnił wyłącznie, że Odwołujący i ZETO SOLUTIONS należą do tej samej grupy kapitałowej, a cena wskazana w ofercie Odwołującego została uznana za rażąco niską. Jeżeli nawet przyjąć, że w zaistniałym stanie faktycznym, należy rozpatrywać powiązania ZETO Projekt i ZETO SOLUTIONS w kontekście przesłanki wykluczenia określonej w art. 108 ust.1 pkt 5) Pzp, to Zamawiający winien wykazać, że mogło dojść do zawiązania porozumienia w celu zakłócenia konkurencji.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, w celu potwierdzenia braku podstawy wykluczenia na podstawie ust. 1 pkt 5 zamawiający może żądać oświadczenia wykonawcy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275) z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Wspomnianymi dokumentami mogą być w szczególności umowy, wewnętrzne procedury lub standardy, które gwarantują zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowaniu ofert przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej (zob. wyrok TSUE z 19.05.2009 r., C-538/07, Assitur Srl przeciwko

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, EU:C:2009:317, pkt 31) 245.

Ponadto, jak wskazuje się w doktrynie, „*zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu powinien umożliwić wykonawcom udowodnienie, że ich udział w postępowaniu nie zakłóca konkurencji. Umożliwienie to w szczególności będzie polegało na wezwaniu do złożenia wyjaśnień i dowodów w celu wykazania niezależnego przygotowania wniosków lub ofert.*” (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Opublikowano: WKP 2021). Nawet gdyby przyjąć, że zachodziły jakiegokolwiek podstawy by powziąć wątpliwość co do relacji Odwołującego z Genree IT, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnień. Odwołujący nie został natomiast wezwany do złożenia wyjaśnień lub innych dokumentów w zakresie przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nawet nie podjął próby wykazania, że wykonawcy działali w porozumieniu, a porozumienie zostało zawiązane w celu zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Zamawiający nie wykazał również jaki interes miałby Odwołujący w składaniu tzw. „oferty kurtuazyjnej”. Oferty kurtuazyjne (ang. cover bidding, complementary bidding), zwane także ofertami podkładowymi, czy zabezpieczającymi, polegają na uzgodnieniu, że potencjalny konkurent złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego od oferty wytypowanej na zwycięską. Oferta kurtuazyjna ma na celu uwiarygodnienie konkurencyjności przetargu lub też wywołanie wrażenia, że cena z oferty wspieranej jest względnie korzystna. Z tą formą umowy możemy mieć do czynienia najczęściej przy okazji przetargów, dla ważności których konieczne jest, by wpłynęła więcej niż jedna oferta. (Zmowy przetargowe, UOKiK). Taka sytuacja w niniejszym postępowaniu nie wystąpiła, a złożenie oferty kurtuazyjnej przez Odwołującego nie miałoby żadnego uzasadnienia biznesowego ani prawnego.

Odwołujący potwierdził, że w jego przypadku nie zaistniały podstawy do wykluczenia z tego postępowania czy też innego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie jest także objęty w zakresie jakiegokolwiek przesłanki wyliczeniowej procedurą self-cleaningową.

Odwołujący podniósł, że nieuprawnione czynności Zamawiającego skutkujące wykluczeniem Odwołującego i Genree IT z postępowania, wskutek czego oferty tych wykonawców zostały odrzucone, doprowadziły do podjęcia bezpodstawnej decyzji o unieważnieniu postępowania.

## **KIO 3247/22**

Wykonawca Genree IT z siedzibą w Lublinie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu z postępowania wykonawcy Genree IT Sp. z o.o., odrzucenia oferty tego wykonawcy i unieważnieniu postępowania.



Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj.:

- 1) art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, poprzez błędne, nieoparte na jakichkolwiek wiarygodnych przesłankach, stwierdzenie, że Odwołujący zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na skutek błędnego przyjęcia, że Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania,
- 3) art. 255 pkt 3) Pzp, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Części 1, w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego, która nie powinna zostać odrzucona, nie przewyższała kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie Części 1;
- b) unieważnienia czynności odrzuceniu oferty Odwołującego;
- c) unieważnienia czynności wykluczeniu z postępowania Odwołującego;
- d) wykonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

oraz zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, którego oferta, po odrzuceniu oferty wykonawcy ZETO Projekt Sp. z o.o., okazała się najkorzystniejsza. Prawidłowe działanie Zamawiającego winno prowadzić do wyboru oferty Odwołującego. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia publicznego, a w konsekwencji utraty spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że dokładna analiza uzasadnienie zawiadomienia z dnia 30.11.2022 r. o wykluczeniu wykonawców, w tym Odwołującego, wskazuje, że Zamawiający poczynił całkowicie dowolnie następujące założenia:

- 1) wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. już przed upływem terminu składania ofert jakoby znał kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia, ewentualnie mógł z dużą dokładnością oszacować tę kwotę, ponieważ uprzednio, na etapie ustalania wartości zamówienia, realizowanego metodą badania rynku, był proszony przez Zamawiającego o szacunkową wycenę przedmiotu zamówienia,
- 2) wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. jakoby przekazał wiedzę o kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia innemu wykonawcy, tj. Genree IT Sp. z

- o.o., u którego podwykonawcą był podmiot kapitałowo powiązany z ZETO Projekt Sp. z o.o., tj. ZETO Solutions Sp. z o.o., aby otworzyć „...Wykonawcy Genree IT Sp. z o. o. drogę do uzyskania przedmiotowego zamówienia za wyższą cenę.”;
- 3) Genree IT Sp. z o.o. jakoby złożył ofertę z ceną zbliżoną do kwoty, na jaką Zamawiający oszacował zamówienie i zamierzał przeznaczyć na jego realizację, tylko dlatego, że uprzednio otrzymał stosowne informacje od ZETO Projekt Sp. z o.o.,
  - 4) ZETO Projekt Sp. z o.o. miał realną możliwość wpłynięcia na ofertę wykonawcy Genree IT Sp. z o.o.,
  - 5) ZETO Projekt Sp. z o.o. oraz Genree IT Sp. z o.o. są jedynie „teoretycznymi” konkurentami w tym postępowaniu, a uzyskanie zamówienia publicznego przez Genree IT Sp. z o.o. przyniosłoby realną, wymierną korzyść ZETO Projekt Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego, powyższe założenia oraz wynikająca z nich teza Zamawiającego są całkowicie błędne, bezpodstawne i poczynione w sposób całkowicie dowolny, gdyż jedynie na podstawie wyobrażeń Zamawiającego oderwanych od rzeczywistości. Twierdzenia Zamawiającego o znowie przetargowej nie są oparte na jakichkolwiek wiarygodnych przesłankach, czego wymaga przepis art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, a przez to poważnie naruszają dobre imię Odwołującego. Zamawiający na potrzeby uzasadnienia swojej tezy, przyjmuje do oceny wybiórczo tylko niektóre okoliczności sprawy, uzupełnia je swoimi wyobrażeniami i próbuje przekonywać, że *„Z zasad logicznego rozumowania wynika, że zaistniałe okoliczności nie były zbiegiem przypadku, lecz stanowiły wyraz przemyślanych działań i zamierzeń podmiotów uczestniczących w znowie przetargowej.”*

Prawidłowo przeprowadzone postępowanie wyjaśniające i dokonanie oceny w zgodzie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego powinno skutkować stwierdzeniem, że o żadnej znowie przetargowej w przypadku przedmiotowego postępowania nie może być mowy.

Odwołujący zaznaczył, że nie zawarł z żadnym innym wykonawcą jakiegokolwiek porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp daje się zastosować jedynie wówczas, gdy *„(...) zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji”*. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3745/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2022 r., sygn. KIO 2051/22 i wskazał, że w orzecznictwie wyraźnie podkreśla się, że możliwość zastosowania przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp uzależniona jest od zaistnienia w danej sprawie wielu okoliczności i wskazówek, które rozpatrywane łącznie, w zgodzie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, prowadzą do jedynego możliwego wniosku, iż do znowy przetargowej doszło.

Oceniając tok rozumowania Zamawiającego należy zwrócić uwagę na poniższe błędy i brak logiki:

Poczynione przez Zamawiającego założenie, że ZETO Projekt Sp. z o.o. miało potencjalną możliwość wyliczenia oferowanych cen, tak aby mogło wpływać na wyniku przetargu, tylko dlatego, że uprzednio było konsultowane na potrzeby ustalania wartości zamówienia jest nieracjonalne, nielogiczne i zdecydowanie zbyt daleko idące. Powszechnym jest, że metoda badania rynku realizowana jest poprzez składanie przez zamawiających próśb o szacunkową wycenę przedmiotu zamówienia do kilku podmiotów działających na rynku, co najmniej 2-3. W takiej sytuacji nawet podmiot, który przygotował swoją szacunkową wycenę nie wie jak kształtuje się ona względem pozostałych wycen uzyskanych przez zamawiającego i nie może mieć pewności, w jakim stopniu będzie ona zbieżna z budżetem zamawiającego przeznaczonym na realizację zamówienia.

W uzasadnieniu zawiadomienia z dnia 30.11.2022 r. Zamawiający sugeruje, że ZETO Projekt Sp. z o.o. znało budżet Zamawiającego na realizację zamówienia, gdyż ustaliło tą wartość na skutek tego, że uprzednio było konsultowane przez Zamawiającego celem ustalenia wartości zamówienia, a następnie przekazało tę wiedzę Odwołującemu. To zaś spowodowało, że Odwołujący złożył ofertę zbliżoną do kwoty, na jaką Zamawiający oszacował zamówienie i zamierzał przeznaczyć na jego realizację. Dodatkowo, ZETO Projekt Sp. z o.o., samo znając planowany budżet zamówienia, złożył następnie świadomie ofertę rażąco niską, tylko po to aby samemu wyeliminować się z przetargu i „udostępnić miejsce” innemu wykonawcy. Te wszystkie wnioski mają zaś wynikać z zasad logicznego rozumowania.

Opisane tu założenia Zamawiającego są kuriozalne. Jak bowiem wskazuje sam Zamawiający, na etapie badania rynku ZETO Projekt Sp. z o.o. oszacowało wartość potencjalnego zamówienia na kwotę 169 400,00 zł netto. Jeżeli więc ta wartość miałaby posłużyć ZETO Projekt Sp. z o.o. do ustalenia budżetu jaki Zamawiający przeznaczy następnie na realizację zamówienia, to ZETO Projekt Sp. z o.o. mógłby szacować budżet Zamawiającego na kwotę ok. 208 000,00 zł brutto. Idąc dalej tokiem rozumowania Zamawiającego, jeżeli ZETO Projekt Sp. z o.o. miałoby przekazać tego rodzaju informację Odwołującemu, aby ten złożył ofertę zbliżoną do kwoty na jaką Zamawiający oszacował zamówienie i zamierzał przeznaczyć na jego realizację, to Odwołujący powinien złożyć ofertę na kwotę co najmniej ok. 200 000,00 zł brutto, a nie na kwotę 158 424,00 zł brutto, a więc aż o prawie 1/4 mniejszą niż hipotetyczny budżet Zamawiającego. Jednocześnie, gdyby Odwołujący otrzymał analizowane informacje od ZETO Projekt Sp. z o.o. i złożył ofertę zbliżoną do hipotetycznego budżetu Zamawiającego, to ostatecznie okazałoby się, że jego oferta przekroczyłaby rzeczywisty budżet Zamawiającego, niweczając jakiegokolwiek szanse na uzyskanie zamówienia.

Zamawiający, zakładając z góry i bezpodstawnie, że w postępowaniu doszło do zminy przetargowej, nie dopuszcza do siebie tego, że oferta Odwołującego została skalkulowana w sposób rozsądny i nieprzypadkowo jako jedyna odpowiada uprzednim szacunkom Zamawiającego i dokonanej wycenie przedmiotu zamówienia. Zamawiający z okoliczności zupełnie racjonalnej (tj. zaoferowana przez Odwołującego cena nieprzekraczająca zakładanego budżetu i jednocześnie znacząco od niego nieodbiegająca) wyciąga absurdalne wnioski, tylko po to, aby pasowały one do uprzednio przyjętej przez siebie tezy.

Zamawiający z góry przyjął określoną tezę i nawet nie podjął próby jej weryfikacji. Jak się wydaje, podstawowym powodem, dla którego Zamawiający doszukuje się w niniejszym postępowaniu zminy przetargowej pomiędzy ZETO Projekt Sp. z o.o. a Genree IT Sp. z o.o. jest fakt, że podwykonawcą Odwołującego jest ZETO Solutions Sp. z o.o., a więc podmiot powiązany kapitałowo z ZETO Projekt Sp. z o.o. Zamawiający całkowicie dowolnie, a przez to absurdalnie zakłada, że ZETO Projekt Sp. z o.o. świadomie wyeliminowało się z przetargu, tylko po to, aby Odwołujący wygrał przetarg, gdyż wówczas i tak osiągnie zakładane dla siebie korzyści. Zamawiający posuwa się nawet do tego, że wprost bezprawnie nazywa Odwołującego „teoretycznym” konkurentem ZETO Projekt Sp. z o.o.

Jednocześnie Zamawiający oparł się na założeniach nie mających oparcia w rzeczywistości. Nie próbował ustalić realiów, a nawet nie poinformował Odwołującego o swoich ewentualnych wątpliwościach. Na etapie dodatkowego sprawdzania ofert i wzywania do złożenia podmiotowych środków dowodowych nie zażądał od Odwołującego udzielenia informacji chociażby co do tego w jakim zakresie ZETO Solutions Sp. z o.o., jako podwykonawca, będzie realizował zamówienie; jaką część uzyskanego przychodu Genree IT Sp. z o.o. będzie musiał przeznaczyć na wynagrodzenie podwykonawcy ZETO Solutions Sp. z o.o.; lub też czy oprócz ZETO Solutions Sp. z o.o. będą również jeszcze jacyś inni podwykonawcy. Gdyby zaś Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do udzielenia takich informacji, dowiedziałby się, że ZETO Solutions Sp. z o.o. będzie realizowało jedynie zadania związane z wdrożeniem systemu obiegu dokumentów, zaś jego wynagrodzenie umówione z Odwołującym będzie stanowiło jedynie niecałe 12% całości ceny zaproponowanej przez Odwołującego w swojej ofercie. Zamawiający dowiedziałby się również, że przy realizacji zamówienia będzie korzystał również z usług innych podwykonawców, z których żaden nie jest w jakikolwiek sposób powiązany kapitałowo z jakimkolwiek innym wykonawcą, który złożył swoje oferty w niniejszym postępowaniu. W tych okolicznościach zupełnie nonsensowne są tezy, że Odwołujący miałby zawierać zminę przetargową z ZETO Projekt Sp. z o.o. ZETO Solutions Sp. z o.o. ma wykonywać jedynie niewielki zakres zleczanych prac, zaś wpływ tego podwykonawcy na zaproponowaną przez Odwołującego cenę ograniczał się co najwyżej do ok. 12%. W pozostałym zakresie ten

podwykonawca, ani żaden inny podmiot, z którym jest on powiązany kapitałowo, nie był odpowiedzialny za przygotowanie i złożenie oferty, a tym samym za jej wycenę. Jakikolwiek korzyści dla ZETO Projekt Sp. z o.o. z tego, że przetarg wygrałby Odwołujący musiałyby się ograniczać jedynie do owych niespełna 12% zaproponowanej przez Odwołującego ceny, a nawet jedynie do 70% z tych 12%, gdyż jak wynika z wpisu do rejestru przedsiębiorców KRS, ZETO Projekt Sp. z o.o. jest udziałowcem ZETO Solutions Sp. z o.o. w ok. 70%.

W sprawie niniejszej Zamawiający wnioskuje o tym, że doszło do zмовы przetargowej jedynie na podstawie jednej okoliczności i to dotyczącej wyłącznie osoby podwykonawcy, który co najistotniejsze miał realizować zamówienia jedynie w bardzo niewielkim zakresie. Okoliczność ta z pewnością nie może być uznana za „wiarygodną przesłankę” w rozumieniu przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp. W odróżnieniu od uzasadnienia zawiadomienia z dnia 09.11.2022 r., tym razem Zamawiający przedstawił pewien wywód, który jakoby miał przesądzać o tym, że Odwołujący zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Problem w tym, że wywód ten oparty jest na zupełnie dowolnie przyjętych okolicznościach, nie wynikających w żaden sposób ze zgromadzonego materiału dowodowego.

Wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3247/22 po stronie Odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, pismem z dnia 19 grudnia 2022 r. Wniósł o oddalenie obu odwołań i obciążenie Odwołujących kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą,

W ocenie Zamawiającego, podniesione w odwołaniach zarzuty są w całości bezpodstawne i nie znajdują oparcia w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że w informacji z dnia 25 listopada 2022 r. o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania z dnia 9 listopada 2022 r. jasno wskazał, iż „W związku z powyższym Zamawiający powtórzy czynność badania i oceny ofert w tym ponownego badania dokumentów złożonych przez Odwołujących Genree IT Sp. z o. o. oraz ZETO Projekt Sp. z o.o. w zakresie stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, o której poinformuje w oddzielnej informacji”. Zamawiający dokonał ponownego badania takich dokumentów, a z badania tego jasno wynika, iż Odwołujący zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Zamawiający podkreślił, że jakkolwiek jest związany dyspozytywną czynnością uwzględnienia zarzutów odwołania, to winien wykonać w ramach tego uwzględnienia czynności w zakresie i granicach, jakie stawiają przepisy prawa i jakie są dopuszczalne w ustalonym stanie faktycznym. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych to przepisy bezwzględnie obowiązujące, obwarowane sankcjami z zakresu dyscypliny finansów publicznych.

Jeśli żądanie zawarte w odwołaniu obejmuje wachlarz czynności, takich jak unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty czy unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, ponowne badanie i ocenę ofert lub wniosków i wreszcie czynność będącą następstwem tego badania i oceny - jej reasumpcją, jak przykładowo odrzucenie ofert czy wykluczenie wykonawców z postępowania, to uwzględnienie tak postawionego żądania musi być rozpatrywane w kontekście okoliczności, że nie są to decyzje samodzielne, oderwane od pozostałych czynności postępowania, ale czynności będące wynikiem badania i oceny ofert. Jeśli zatem postawione żądanie obejmuje ponowne badanie i ocenę ofert, to żądanie to z istoty zawiera w sobie element nieznany i nieprzewidywalny co do skutku, w tym skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy czy wykluczenia z postępowania. Może się bowiem zdarzyć, że w trakcie ponownego badania i oceny ofert (względnie wniosków), pewne żądania zdezaktualizują się, nie będą wykonalne z powodów obiektywnych, czy też nie będą czyniły zadość interesowi odwołującego, a przez to nie będą służyć celowi publicznemu jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej dla wykonania zadania publicznego.

Uwzględnienie zarzutów odwołania nie oznacza nieograniczonego prawem i okolicznościami konkretnego stanu faktycznego obowiązku bezkrytycznego wykonania żądań w ich dosłownym kształcie, ale raczej skutkuje obowiązkiem oddania kierunku tych żądań wynikającego z treści uwzględnionych zarzutów.

Zgodnie z treścią art. 522 ust. 1 Pzp, uwzględnienie dotyczy zarzutów a nie żądań odwołania, nie może zatem być rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do obowiązku wykonania żądań odwołania w oderwaniu od uzasadniających te żądania zarzutów. Obowiązek wykonania żądań odwołania musi być postrzegany przez pryzmat podniesionych w konkretnym postępowaniu zarzutów - te bowiem wyrażają intencje odwołującego, dostrzeżone nieprawidłowości i zastrzeżenia wobec kwestionowanej czynności. Z przepisu art. 522 ust. 1 Pzp wynika zatem, że żądania są skorelowane z podniesionymi zarzutami, stanowią ich reasumpcję; taki sam wniosek płynie z analizy przepisów odnoszących się do zakresu orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która - po myśli art. 555 Pzp - jest związana w ramach orzekania zarzutami a nie żądaniami: nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przeciwnie rozumowanie oznaczałoby, że zamawiający, uwzględniając zarzuty, obowiązany jest wykonać żądania niezależnie od ich prawnej dopuszczalności, jak i tego,

czy pozostają w jakimkolwiek związku z podniesionymi i uwzględnionymi zarzutami. Dlatego też, jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający winien kierować się obowiązującymi przepisami, a nie jedynie literalną wykładnią art. 522 ust. 1 Pzp. W przypadku, zatem gdy Zamawiający uzna, że co innego nakazują mu przepisy prawa - może, a nawet powinien wykonać w postępowaniu czynności inaczej niż żądano tego w odwołaniu (tak np. wyrok KIO z dnia 7 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1124/16). Wobec tego, nie ma racji Odwołujący I, że ponowne wykluczenie Odwołującego I na tej samej podstawie prawnej, na podstawie tego samego stanu faktycznego i okoliczności należy uznać za niedopuszczalne.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego I, Zamawiający nie powołał w uzasadnieniu nowej decyzji jedynie tych samych okoliczności co w uzasadnieniu decyzji z dnia 9 listopada 2022 r. Powyższe potwierdza stanowisko Odwołującego II zawarte na ostatniej stronie odwołania.

Zamawiający wskazał, że z uwagi na to, że treść ww. zarzutów obu Odwołujących w zasadzie dotyczy takich samych kwestii merytorycznych, lecz różni się jedynie sposobem redakcji, Zamawiający wyjaśnił, że odniesienie się do tych zarzutów zbiorczo.

Zamawiający wskazał, że ustawa Pzp nie obliguje zamawiającego do udowodnienia zaistnienia zmowy przetargowej, co uznać należy za rozwiązanie w pełni zasadne - zmowy tego rodzaju ze swej natury są utrzymywane przez zainteresowanych wykonawców w tajemnicy. Z tego też względu zamawiający może podjąć decyzję o odrzuceniu ofert takich wykonawców w oparciu o poszlaki. Ustawa nie wymaga również, by to zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w kierunku potwierdzenia zaistnienia zmowy przetargowej między wykonawcami - zgodnie z przytoczonym przepisem wystarczające jest oparcie się przez zamawiającego na wiarygodnych przesłankach (tak wyrok KIO z dnia 28 lutego 2022 r., KIO 296/22).

Odnosząc się zatem do braku wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż w przypadku istnienia podejrzenia zmowy przetargowej wśród wykonawców nie jest zasadne wzywanie ich do składania jakichkolwiek wyjaśnień. Całość podejrzenia zmowy przetargowej opiera się o domniemanie.

Zamawiający przy tym nie mógł spodziewać się, że po wezwaniu do złożenia wyjaśnień oferenci oświadczą działanie w zмовie.

Ustalenia faktyczne poczynione przez Zamawiającego nie potrzebowały wyjaśnień. W przedmiotowym przypadku nie było podstaw, aby uznać, że po stronie Zamawiającego powstały wątpliwości uzasadniające takie wezwanie. Okoliczności stanowiące symptomy zmowy przetargowej (tożsame adresy działalności podmiotu udostępniającego zasoby Odwołującemu II i Odwołującego I, powoływanie się przez Odwołującego I w wyjaśnieniach na fakt pomyłki w wycenie) wynikały bezpośrednio ze znajdujących się w dokumentacji

postępowania dokumentów i de facto nie były przez Odwoływających na żadnym etapie postępowania kwestionowane. Samo dokonanie przez Zamawiającego oceny prawnej ustalonych w postępowaniu na podstawie tych dokumentów okoliczności stanu faktycznego, wyjaśnień nie wymagało. Odwołujący nie wskazali także, co konkretnie miałyby być przedmiotem takich wyjaśnień.

Zamawiający wskazał, że stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy (tak również KIO w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2213/17).

Zamawiający w ustalonych na podstawie dokumentacji postępowania okolicznościach faktycznych miał prawo wątpić co do transparentności i dobrych zamiarów Odwoływających z racji na działania przez nich podjęte, tj.:

a) powoływanie się przez Odwoływającego I w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na rzekomą pomyłkę przy wskazaniu ceny,

b) poleganie przez Odwoływającego II na zasobach podmiotu trzeciego (ZETO Solutions Sp. z o.o.), gdzie jak wynika z KRS Odwołujący I jest udziałowcem w ZETO Solutions Sp. z o.o. w około 70 % /okoliczność bezsporna/, a wobec tego poleganie przez Odwoływającego II na zasobach podmiotu trzeciego kapitałowo powiązanego z Odwoływającym I, który doprowadził do odrzucenia swojej oferty w przedmiotowym postępowaniu:

c) zaoferowanie przez Odwoływającego II ceny zbliżonej do kwoty, na jaką Zamawiający oszacował zamówienie, którą to kwotę przed wszczęciem postępowania Zamawiający ustalił w oparciu m.in. o wycenę Odwoływającego I,

d) zaoferowanie przez Odwoływającego I (co należy podkreślić profesjonalistę na rynku) kwoty o 60.000,00 zł niższej niż tę, którą wskazał w szacunkowej wycenie;

e) faktu, że złożona przez Odwoływającego I oferta była o prawie 36 % niższa od złożonej przez niego wyceny, co dawało Odwoływającemu I podstawę do przyjęcia, że nawet gdy wartość szacunkowa ostatecznie przyjęta przez Zamawiającego byłaby na zbliżonym poziomie do wyceny Odwoływającego, to Zamawiający musiał wezwać na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Odwoływającego I do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

f) faktu, że oprócz powiązania kapitałowego Odwoływającego I z ZETO Solutions Sp. z o.o., jak wynika z CRBR- Beneficjentem rzeczywistym ZETO Solutions Sp. z o.o. jest Pan Paweł Sadowski, który jednocześnie jest Prezesem Zarządu Odwoływającego I. (który oczywiście jak wynika z CRBR jest również Beneficjentem Rzeczywistym Odwoływającego I).



Mamy zatem do czynienia nie tylko z powiązaniem kapitałowym, ale także osobowym pomiędzy ZETO Solutions Sp. z o.o. a Odwołującym I;

g) faktu, że Pan Paweł Sadowski jest jednocześnie współnikiem ZETO Solutions Sp. z o.o. i współnikiem oraz Prezesem Zarządu Odwołującego I;

h) faktu, że ZETO Solutions Sp. z o.o. (jak przyznaje Odwołujący II) będzie otrzymywać wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia (okoliczność bezsporna). Twierdzenia Odwołującego II, że będzie to jedynie około 12 % są twierdzeniami gołosłownymi i niepopartymi żadnymi dowodami, a zatem wynagrodzenie to może być w rzeczywistości dużo wyższe. Okoliczność ta jednak odnosząca się do wysokości wynagrodzenia ma znaczenie irrelevantne w stosunku do samego faktu zawarcia przez Odwołujących porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

W ocenie Zamawiającego, jednym z zadań jednostki samorządu terytorialnego jest dbanie o uczciwą konkurencję na rynku zamówień publicznych. Nie można zgodzić się z poglądem, że ocena zmowy przetargowej musi opierać się na twardych dowodach, gdyż nie zawsze takowe są dostępne. Bardzo często zdarza się, że zamawiający na podstawie powziętych wątpliwości odrzuca ofertę, aby działać w granicach prawa i chronić zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, że zmowa przetargowa charakteryzuje się współpracą oferentów, a nie ich konkurencją. Rozstawianie i wykorzystywanie instytucji określonych w Pzp do doprowadzenia sytuacji odrzucenia swojej oferty, to wariant mechanizmu oferty kurtuazyjnej połączony z ograniczaniem. Może być skutecznie wykorzystywany przez grupy przedsiębiorców, nawet, jeśli zmowa nie obejmuje wszystkich potencjalnych uczestników przetargu, czyli nawet wtedy, gdy poza uczestnikami zmowy na rynku działają „outsiderzy” których nie udaje się lub nie opłaca zaangażować w znowę. W pierwszym etapie następuje uzgodnienie treści ofert, w szczególności cen. Poszczególne oferty są „rozstawiane”, czyli oferowane przez przedsiębiorców ceny są odpowiednio różnicowane tzn. przez poszczególnych uczestników zmowy składane są oferty znacznie różniące się ceną. Następnie jeśli po otwarciu i upublicznieniu ofert lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty okazuje się, że oferty członków potencjalnej zmowy zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana” lub, jak w tym przypadku Odwołujący I, wykorzystując fakt, że jeśli wskaże w wyjaśnieniach, że pomylił się w określeniu swojej ceny nie pozostawia Zamawiającemu innego wyboru jak tylko to, żeby ofertę takiego wykonawcy odrzucić. Do takiej właśnie sytuacji w ocenie Zamawiającego doszło w przedmiotowej sprawie. Zawarcie takiego porozumienia (tzw. zmowy przetargowej) nie tylko jest sprzeczne z prawem, ale także z dobrymi obyczajami. Ponadto, prowadzi ono do zniekształcenia konkurencji w danym postępowaniu, naruszając - w zależności od okoliczności stanu faktycznego - interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia bądź samego

zamawiającego. Zamawiający p[przywołał orzeczenie Sądu Okręgowego Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18.

Ponadto, dla wykazania zawarcia niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zmowy przetargowej) nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. W ocenie zmwów przetargowych - jako zakazanych z mocy ustawy - obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. Dlatego też wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zmowy przetargowej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18). UOKIK w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zmowy przetargowej takie jak m.in. ten sam charakter pisma w ofertach, jednakowe błędy obliczeniowe, ten sam adres, więzy rodzinne czy wreszcie nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła korzystniejszą ofertę. UOKIK za znowę przetargowa uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawienia ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną.

W ocenie Zamawiającego, wskazywane przez UOKIK symptomy zmowy przetargowej miały miejsce w przedmiotowym przypadku, a dowody pośrednie wskazujące na zawarcie takiego porozumienia znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i są nimi oferty Odwołujących oraz pismo Odwołującego I w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i informacje wynikające z KRS oraz Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.

Zamawiający podkreślił, że pomiędzy Odwołującym I a podmiotem udostępniającym zasoby Odwołującemu II (ZETO Solutions Sp. z o.o.) zachodzi powiązanie kapitałowe i osobowe. Ponadto, oba ww. podmioty mają siedziby pod tym samym adresem (ul. Seweryna Pieniężnego 6/7, 10-005 Olsztyn). Już sam ten fakt, choć nie dowodzi, to jednak uprawdopodobnia, że ww. wykonawcy mogli porozumieć się w zakresie warunków cenowych w składanych ofertach. Powiązania personalne przedsiębiorców, wynikające z faktu pełnienia przez nich funkcji, jak również organizacyjne (wspólne siedziby, biura) w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego prowadzić mogą do naruszenia dobrych obyczajów (por. m.in. uchwała Izby z dnia 15 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO/KD 40/16).

Zestawiając powyższe okoliczności z wydarzeniami, jakie miały miejsce w postępowaniu, tj. z faktem złożenia przez Odwołującego I wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w których Odwołujący I powołuje się na omyłkę przy przyjęciu ceny realizacji zamówienia w kwocie netto jako kwoty brutto i na bazie błędnej kwoty dokonania obliczenia kosztu realizacji zamówienia, wnioskiem logicznym i wysoce prawdopodobnym staje się, że ww. przedsiębiorcy dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku przetargu, a tym samym zawarli porozumienie ograniczające konkurencję.

Złożenie przez Odwołującego I odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny o takiej treści, czyli właściwie brak jakichkolwiek wyjaśnień oznacza dla każdego profesjonalnego uczestnika postępowania tylko jedno, tj. odrzucenie oferty, co miało miejsce już po otwarciu ofert, kiedy wiadome było już jakie oferty zostały złożone w postępowaniu i jak będą one wstępnie umiejscowione w rankingu ofert z uwzględnieniem ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny. Złożenie „wyjaśnień” o takiej treści nie miało logicznie uzasadnionego, racjonalnego wytłumaczenia i w ocenie Zamawiającego nie było adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Odwołujący I złożył ofertę, która zajmowała w rankingu ofert pierwsze miejsce i która mogła realnie zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W normalnych warunkach rynkowych mało prawdopodobne jest, aby wykonawca mający szansę na uzyskanie zamówienia, zdecydował się na rezygnację z takiej możliwości, świadomie nie składając właściwie żadnych wyjaśnień ceny, a jedynie powołując się na omyłkę, a jeszcze mniej prawdopodobne jest takie działanie w obliczu aktualnie panującej na rynku sytuacji, kiedy to rynek wszelkich usług jest dotknięty skutkami inflacji. Trudno uznać również, aby profesjonalny wykonawca, składający ofertę w postępowaniu, a wcześniej dokonujący wyceny kalkulacyjnej dla potrzeb szacowania zamówienia popełnił szkolny błąd polegający na tym, że rzekomo omyłkowo przyjął cenę realizacji zamówienia w kwocie netto jako kwotę brutto. Zachowanie Odwołującego I można porównać do sytuacji, w której zrezygnował on z udziału w postępowaniu.

Działanie to w ocenie Zamawiającego zmierzało do doprowadzenia do sytuacji, w której to oferta Odwołującego II zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, co z kolei miałoby taki skutek, że Zamawiający musiałby wybrać ofertę mniej korzystną ekonomicznie niż w przypadku, gdyby konkurencja pomiędzy wykonawcami nie została zniekształcona. Przy czym i tak Odwołujący I pośrednio- co zostało potwierdzone przez Odwołującego II w odwołaniu- osiągnąłby zysk z realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że zawarcie niedozwolonego porozumienia zdecydowanie w sposób niedopuszczalny zwiększało szanse obu Odwołujących na uzyskanie zamówienia, jego realizację i osiągnięcie zysku.

W ocenie Zamawiającego, znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, że Odwołujący I i Odwołujący II zachowywali się w toku postępowania jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. Na podstawie stwierdzonych faktów

Zamawiający przyjął domniemanie faktyczne o zawarciu przez Odwoływających niedozwolonego porozumienia, domniemanie to stanowi bowiem jedyny logiczny wniosek wynikający z okoliczności, które zostały ustalone w toku postępowania.

Wobec powyższego, Izba powinna przyjąć, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny działań Odwoływających, a jego decyzja o odrzuceniu ofert wykluczonych na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wykonawców odpowiadała przepisom prawa. Bezsprzecznie, w ocenie Zamawiającego, pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia ustawowo zakazanego porozumienia antykonkurencyjnego, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Działanie takie jest sprzeczne z prawem, narusza dobre obyczaje i zagraża interesom klienta, jakim jest Zamawiający.

Należy zauważyć, że przyjęte domniemanie faktyczne o istnieniu zmowy przetargowej może zostać obalone, jeśli wykonawca dowiedzie, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk (por. wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16). Natomiast w ocenie Zamawiającego żaden z Odwoływających takiego domniemania nie obalił. Wręcz przeciwnie nawet nie próbują tego uczynić. Odwołujący w sposób merytoryczny nie odnieśli się do okoliczności, które stanowiły podstawę odrzucenia ich ofert. Odwołujący nie próbują nawet tłumaczyć, dlaczego zaistniałe, szeroko opisywane w literaturze, symptomy niedozwolonego porozumienia, takie jak istnienie powiązań kapitałowych i osobowych pomiędzy podmiotami, wspólnych adresów oraz okoliczność złożenia odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny o takiej treści, która nie pozostawiała Zamawiającemu wyboru i musiała skutkować odrzuceniem oferty z uwagi na rażąco niską cenę, nie mogą być za takowe uznane, wskazując jedynie, że nie można z tego wyciągnąć tak daleko idących wniosków. Odwołujący skupili się wyłącznie na aspektach formalnych decyzji Zamawiającego, wskazując na lakoniczne uzasadnienie przedstawione w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, podnosząc, że odrzucić ofertę można tylko wtedy, gdy podstawa odrzucenia jest jednoznaczna, a ewentualne wątpliwości należy wyjaśniać.

Odwołujący - mający świadomość, jakie przyczyny stały się powodem odrzucenia ich ofert - nie przedstawili żadnego merytorycznego wyjaśnienia, dlaczego okoliczności, na które wskazywał Zamawiający, nie mogą przesądzać o zawarciu porozumienia pomiędzy wykonawcami.

W ocenie Zamawiającego, wykonawcy zawarli porozumienie ograniczające konkurencję poprzez wykorzystanie instrumentów ustawy Pzp, takich jak poleganie na zasobach podmiotu trzeciego czy podwykonawstwo - w sposób sprzeczny z założeniami i funkcją tych instrumentów. Wykonawcy wykorzystali te instrumenty w celu ograniczenia innym wykonawcom - dostępu do tego zamówienia oraz w celu zmonopolizowania rynku tj.

w sposób sprzeczny z zasadami prawa zamówień publicznych jak i zasadami uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego I naruszenia art. 255 pkt 3 w zw. z art. 260 ust. 1 i ust. 2 Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, podczas gdy nie było ku temu przesłanek oraz w odniesieniu do zarzutu Odwołującego II naruszenia 255 pkt 3 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Części I, w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego II, która nie powinna zostać odrzucona, nie przewyższała kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający wskazał, że w sytuacji gdy Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego I i Odwołującego II, zaś trzecia w kolejności oferta przewyższała kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia zarzuty powyższe są niezasadne. Wobec tego ziściły się przesłanki do unieważnienia postępowania określone w art. 255 pkt 3 Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, na podstawie zebranego materiału dowodowego, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy, wyjaśnienia i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie o sygn. akt KIO 3235/22 podlegało oddaleniu.

Odwołanie o sygn. akt KIO 3247/22 zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący się wykonawcy wykazali posiadanie legitymacji do wniesienia odwołań, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy - ZETO Projekt Sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3247/22 po stronie Odwołującego. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca wypełnił przesłanki określone w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

**KIO 3235/22 i KIO 3247/22** - wspólne zarzuty podniesione w odwołaniu ZETO Projekt Sp. z o.o. i w odwołaniu Genree IT Sp. z o.o.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w związku z art. 108 ust.1pkt 5 Pzp, przez odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę ZETO Projekt Sp. z o.o. i oferty złożonej przez wykonawcę Genree IT Sp. z o.o. jako przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania na tej podstawie, że ww. wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Izba uznała zarzut za zasadny, stwierdzając naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający wykluczył obu Odwołujących się wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazując w uzasadnieniu w ramach podstawy faktycznej decyzji podjętej w dniu 30 listopada 2022 r. następujące okoliczności:

1. Jednym z przedsiębiorców biorących udział w szacowaniu jest wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o., która złożyła swoją kalkulację szacunkową na kwotę 169 400 zł netto. Natomiast wykonawca ZETO Projekt Sp. z o. o. złożył ofertę w postępowaniu z ceną 109 470,00 zł brutto.
2. Wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oświadczył, że omyłkowo przyjął cenę realizacji zamówienia w kwocie netto, jako kwotę brutto, i na bazie błędnej kwoty dokonał obliczenia kosztu realizacji zamówienia.
3. Jednocześnie ofertę w postępowaniu złożył wykonawca Genree IT Sp. z o. o., który w jej treści wskazał, że będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, który będzie podwykonawcą w trakcie realizacji umowy, tj. ZETO Solutions Sp. z o.o.
4. Z treści wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego i Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych wynika, że podmiot udostępniający zasoby i podwykonawca - ZETO Solution Sp. z o. o. - jest powiązany kapitałowo z wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, tj. ZETO Projekt Sp. z o.o.
5. Cena oferty Genree IT Sp. z o.o. jest zbliżona do kwoty, na jaką Zamawiający oszacował zamówienie i kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

W oparciu o wskazane powyżej okoliczności Zamawiający stwierdził, że doszło do porozumienia między wykonawcami ZETO Projekt Sp. z o. o. oraz Genree IT Sp. z o.o., uczestniczącymi w przetargu. Przedmiotem tego porozumienia było „ustąpienie miejsca” przez wykonawcę ZETO Projekt Sp. z o.o., który złożył ofertę z niższą ceną – wykonawcy Genree IT Sp. z o.o., który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wyższą - aby doprowadzić do wyboru droższej oferty. Działania podjęte przez wykonawcę ZETO Projekt Sp. z o. o. otwierały wykonawcy Genree IT Sp. z o.o. drogę do uzyskania przedmiotowego zamówienia za wyższą cenę. Zamawiający wskazał w tych okolicznościach

na korzyść, jaką zdolny był uzyskać wykonawca Genree IT po wyeliminowaniu się z przetargu przez wykonawcę ZETO Projekt Sp. z o.o.

Zamawiający wskazał także, że nie są to normalnie spotykane zachowania wykonawcy - czynienie takich gestów, aby zamówienie mógł uzyskać inny oferent - teoretycznie tylko będący konkurentem. Zdaniem Zamawiającego, z zasad logicznego rozumowania wynika, że zaistniałe okoliczności nie były zbiegiem przypadku, lecz stanowiły wyraz przemyślanych działań i zamierzeń podmiotów uczestniczących w zмовie przetargowej.

Na wstępie należy podkreślić, że treść uzasadnienia decyzji Zamawiającego o wykluczeniu wykonawców ma istotne znaczenie w kontekście rozpoznawanych zarzutów, ponieważ stanowi podstawę faktyczną decyzji Zamawiającego, wobec której wykonawcy przysługuje środek ochrony prawnej - odwołanie. Zaskarżona czynność Zamawiającego podlega z kolei ocenie w kontekście podniesionych przez Odwołującego zarzutów.

Z powyższych względów, nie jest dopuszczalne rozszerzenie przez Zamawiającego na etapie postępowania odwoławczego podstawy faktycznej będącej uzasadnieniem czynności Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu.

Podkreślić należy, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie ma szerszy zakres, w stosunku do uzasadnienia zawartego w decyzji o wykluczeniu wykonawców. Biorąc pod uwagę prawo wykonawców do środków ochrony prawnej, Izba jest zobowiązana ocenić decyzję (czynność) Zamawiającego w takim kształcie, jak została ona zakomunikowana wykonawcom w postępowaniu, a zatem nie mogą być brane pod uwagę dodatkowe okoliczności, które nie zostały powołane w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba, że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Porozumienie pomiędzy wykonawcami, które ma na celu wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne bądź takie, które narusza tę

konkurencję w inny sposób, stanowi podstawę do wykluczenia wykonawców w przypadku, gdy zamawiający może stwierdzić fakt zawarcia takiego porozumienia na podstawie wiarygodnych przesłanek. Zmowa przetargowa z innymi wykonawcami stanowi podstawę wykluczenia wykonawców i odrzucenia złożonych przez tych wykonawców ofert.

Biorąc pod uwagę, że przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp ma charakter sankcyjny wobec wykonawcy, a konsekwencje wykluczenia trwają przez okres trzech lat i rozciągają się na inne przyszłe postępowania, przepis wymaga, aby zamawiający, podejmując decyzję o wykluczeniu wykonawcy, opierał się na wiarygodnych przesłankach wskazujących na zawarcie porozumienia, które muszą stanowić wyraźne symptomy zaistnienia zmywy przetargowej.

W ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy argumentacja Zamawiającego nie jest wystarczająca dla przyjęcia, że czynność wykluczenia obu Odwołujących była zgodna z ustawą Pzp, w szczególności z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wymóg oparcia się przez zamawiającego na „wiarygodnych przesłankach” oznacza, że zamawiający powinien co najmniej uprawdopodobnić zaistnienie porozumienia między wykonawcami. *„Uprawdopodobnienie [...] oznacza uzasadnienie zgłoszonych twierdzeń, dające przekonanie o ich prawdopodobieństwie”* (tak: postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 sierpnia 1997 r., I ACz 735/97, Lex nr 32272). Ponadto, *„Uprawdopodobnienie nie może w zasadzie opierać się na samych twierdzeniach strony. [...] Uprawdopodobnienie okoliczności faktycznej może nastąpić nie tylko przez przedstawienie sądowi dowodów pisemnych, ale także za pomocą innych środków dowodowych, które wymagają podjęcia czynności dowodowych”* (tak: postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 kwietnia 2017 r. sygn.. akt V Acz 251/17).

Decyzja zamawiającego o stwierdzeniu niedozwolonego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji może być oparta na domniemaniu faktycznym. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 15 marca 2018 r. sygn. akt VII AGa 201/18 *„sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemanie faktyczne). Istota domniemania faktycznego sprowadza się do tego, że polega ono na tym, że sąd na podstawie ustalenia jednych faktów wnioskuje o istnieniu innych. Sąd ma w takim wypadku zupełną swobodę wnioskowania na podstawie całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania dowodowego. Musi ono być jednak poprawne z punktu widzenia zasad logiki. Możliwe jest więc dokonanie ustalenia na podstawie domniemania faktycznego wówczas, gdy wniosek taki nasuwa się z pewnością*



*lub ze szczególnie dużą dozą prawdopodobieństwa, natomiast wniosek przeciwny nie ma w danych okolicznościach żadnego uzasadnienia, bądź też jest wysoce mało prawdopodobny.”*

W przedmiotowym postępowaniu okoliczności, że wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. złożył Zamawiającemu kalkulację szacunkową zamówienia na kwotę 169 400 zł netto na etapie szacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia, a w postępowaniu wykonawca ten złożył ofertę na kwotę 109 470,00 zł brutto nie dowodzi celowego zaniżenia ceny jego oferty, w szczególności w celu „udostępnienia miejsca” wykonawcy Genree IT Sp. z o.o. Wykonawca wyjaśnił tę kwestię wskazując, że wycena oferty została skalkulowana błędnie w wyniku omyłki, polegającej na przyjęciu do kalkulacji kwoty netto jako kwoty uwzględniającej podatek VAT. Należy zauważyć, że popełnienie takiej omyłki jest możliwe. Nie można wykluczyć sytuacji, jako prawdopodobnej, że błąd przy wycenie oferty został popełniony przez wykonawcę w sposób całkowicie niezamierzony. Trudno też przyjąć, że wykonawca złożył ofertę z ceną, za którą nie jest w stanie zrealizować zamówienia, tylko po to, aby jego oferta została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w celu udostępnienia miejsca innemu wykonawcy. Wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. nie mógł wiedzieć, że oferta Genree IT Sp. z o.o. uplasuje się na drugiej pozycji za ZETO Projekt Sp. z o.o. Zauważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły do Zamawiającego cztery oferty w części I zamówienia.

Podobnie, nie ma logicznego uzasadnienia wniosek Zamawiającego, że wykonawca Genree IT Sp. z o.o. złożył ofertę z ceną zbliżoną do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, gdyż prawdopodobnie informację o wartości zamówienia uzyskał od wykonawcy ZETO Projekt Sp. z o.o. Po pierwsze, okoliczność, że cena oferty Genree IT Sp. z o.o. (158 424,00 zł) jest zbliżona do kwoty, na jaką zamawiający oszacował zamówienie i zamierzał przeznaczyć na jego realizację nie jest okolicznością wyjątkową i niewystępującą w praktyce w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tym bardziej, że cena ta jest wyraźnie niższa od kwoty, którą Zamawiający zdecydował się przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (172 280,00 zł). Ponadto, jak słusznie zauważyli obaj Odwołujący, sam fakt przesłania Zamawiającemu szacunkowej kalkulacji wartości zamówienia na etapie szacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia nie dowodzi tego, że dany wykonawca uzyskuje wiedzę, na jaką wartość Zamawiający ostatecznie oszacował zamówienie. Decyzja taka jest oparta zwykle przez zamawiającego na kilku ofertach, tak jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu. Kwota przeznaczona na realizację zamówienia jest znana wyłącznie Zamawiającemu aż do momentu jej podania przez Zamawiającego wykonawcom po otwarciu ofert, co nastąpiło w postępowaniu w dniu 21 października 2022 r.

Nadto, kolejny powołany przez Zamawiającego fakt, że wykonawca Genree IT Sp. z o.o. złożył ofertę, posiłkując się zasobami firmy ZETO Solutions Sp. z o.o., jako podmiotu trzeciego, który będzie brał jednocześnie udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, która jest powiązana kapitałowo z wykonawcą ZETO Projekt Sp. z o.o. nie stanowi działania niedozwolonego w świetle przepisów ustawy Pzp. Przynależność podwykonawcy do grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który w danym postępowaniu złożył odrębną ofertę, nie stanowi okoliczności, której wystąpienie samo w sobie, w jakikolwiek sposób negatywnie oddziałuje na konkurencję w postępowaniu w świetle przepisów ustawy Pzp. Nie jest to w szczególności sytuacja opisana w art. 108 ust. 1 pkt 5, jako przykładowe działanie, które wymaga od Zamawiającego podjęcia czynności wyjaśniających, pod kątem wykazania przez wykonawców, że oferty zostały przygotowane przez tych wykonawców niezależnie od siebie, co potwierdził sam Zamawiający unieważniając pierwotną czynność wykluczenia wykonawców w dniu 9 listopada 2022 r..

Zamawiający oparł się na powyższych okolicznościach, wywodząc z ich połączenia wnioski odnośnie zawarcia przez ww. wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że przedmiotem niedozwolonego porozumienia było „ustąpienie miejsca” przez wykonawcę ZETO Projekt Sp. z o.o., który złożył ofertę z niższą ceną – wykonawcy Genree IT Sp. z o.o., który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wyższą - aby doprowadzić do wyboru droższej oferty. Zamawiający, przyjmując, że zostało zawarte porozumienie pomiędzy ww. wykonawcami, nie uprawdopodobnił jednak swoich twierdzeń. W szczególności Zamawiający nie podjął nawet próby określenia, na jakim etapie postępowania, tj. w którym momencie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia między wykonawcami ani też jaki cel miał wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o., aby „ustąpić miejsca” wykonawcy Genree IT Sp. z o.o., w sytuacji gdy powiązany z nim kapitałowo podmiot ZETO Solutions Sp. z o.o. miałby realizować zaledwie ok. 12% zamówienia o wartości ok. 19 tys. zł w wyniku uzyskania zamówienia przez wykonawcę Genree IT Sp. z o.o. Zamawiający nie wykazał, jaki interes w tych okolicznościach miałby wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. w składaniu tzw. „oferty kurtuazyjnej” w celu uzyskania zamówienia przez wykonawcę Genree IT Sp. z o.o.

W ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego sprowadzała się wyłącznie do przypuszczeń oraz wniosków wysnutych na podstawie niepotwierdzonych w żaden sposób twierdzeniach co do faktów, które są mało wiarygodne albo też niewiarygodne. Dokonane w ten sposób ustalenia co do faktu zawarcia porozumienia nie dają podstawy do przyjęcia, że wykonawcy ZETO Projekt Sp. z o.o. i Genree IT Sp. z o.o. zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

Przeczą powyższemu również oświadczenia złożone przez obu wykonawców na rozprawie, potwierdzające, że nie istniała żadna relacja i współpraca pomiędzy ZETO Projekt Sp. z o.o. a Genree IT Sp. z o.o. na tle przedmiotowego postępowania. Wykonawcy wyjaśnili, że nie prowadzą żadnych wspólnych projektów biznesowych. ZETO Projekt Sp. z o.o. oświadczył również, że udział ZETO Solutions Sp. z o.o. w charakterze podwykonawcy i udostępnienie zasobów na rzecz wykonawcy Genree IT Sp. z o.o. także wynikał z samodzielnej decyzji zarządu tej Spółki.

Podkreślić należy, że fakt zaistnienia zmowy przetargowej musi być wynikać z wielu okoliczności i symptomów, które rozpatrywane łącznie nie mają innego racjonalnego i logicznego wyjaśnienia jak tylko to dotyczące zawarcia zmowy przetargowej. Inne scenariusze działania wykonawców muszą przy tym zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Kompleksowa ocena okoliczności tej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazuje na wyraźne symptomy zmowy przetargowej, ponieważ nie można stanowczo wykluczyć, że fakty, które miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu nie były skutkiem zawarcia porozumienia, ale wystąpiły na skutek zupełnie innych przyczyn.

Wobec powyższego, należało uznać, że twierdzenia Zamawiającego o znowie przetargowej nie zostały oparte na wiarygodnych przesłankach, co jest wymagane dla wykluczenia wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W konsekwencji braku zaistnienia przesłanek do wykluczenia wykonawców: ZETO Projekt Sp. z o.o. i Genree IT Sp. z o.o. z postępowania zasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę ZETO Projekt Sp. z o.o. i oferty złożonej przez wykonawcę Genree IT Sp. z o.o., ponieważ wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła także naruszenie art. 255 pkt 3 w zw. z art. 260 ust. 1 i ust. 2 Pzp, poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania, podczas gdy Zamawiający ma możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej, której cena nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia wynosi 172 280,00 zł, natomiast cena oferty złożonej przez wykonawcę Genree IT Sp. z o.o. wynosi 158 424,00 zł. Należy w tym miejscu jednocześnie zauważyć, że oferta złożona przez ZETO Projekt Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, jako zawierająca rażąco

niską cenę, na mocy decyzji Zamawiającego z dnia 9 listopada 2022 r., która nie została zaskarżona przez tego wykonawcę i podlegała unieważnieniu na skutek uwzględnienia odwołania tego wykonawcy.

**KIO 3235/22** – odwołanie wniesione przez wykonawcę ZETO Projekt Sp. z o.o. – pozostałe zarzuty.

Zarzut naruszenia art. 522 ust. 1 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez powtórzenie czynności wykluczenia wykonawcy ZETO Projekt Sp. z o.o. oraz wykonawcy Genree IT z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, podczas gdy czynność ta była już przedmiotem odwołania ZETO Projekt z dnia 14 listopada 2022 r., które zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego, a nie zaistniały w postępowaniu żadne nowe okoliczności, ani nie zostały ujawnione żadne nowe fakty.

Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny.

Zamawiający w dniu 9 listopada 2022 r. dokonał wykluczenia wykonawcy ZETO Projekt Sp. z o.o. i wykonawcy Genree IT na podstawie art. 108 ust.1 pkt 5 Pzp oraz odrzucenia ofert ww. wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp, a w konsekwencji unieważnienia postępowania w Części 1. Pismem z dnia 23 listopada 2022 r. Zamawiający uwzględnił wniesione na te czynności odwołanie ZETO Projekt Sp. z o.o. z dnia 14 listopada 2022 r. w całości, wobec czego postępowanie podlegało umorzeniu (sygn. akt KIO 3024/22). W dniu 25 listopada 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania i zapowiedział powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne badanie dokumentów złożonych przez Odwołujących Genree IT Sp. z o. o. oraz ZETO Projekt Sp. z o.o. w zakresie stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność powyższa nie została zaskarżona przez Odwołującego.

*Zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp, „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”*

Stosownie do art. 522 ust. 1 Pzp, Zamawiający unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia na tej podstawie jego oferty. Na skutek powtórzenia czynności badania i oceny ofert, pismem z dnia 30 listopada 2022 r.

Zamawiający ponownie wykluczył Odwołującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, wskazując jednak jako podstawę fatyczną inne okoliczności. Zamawiający pominął w szczególności, jako podstawę faktyczną wykluczenia, zarzut, że „*W oświadczeniu złożonym przez Wykonawcę ZETO PROJEKT Sp. z o.o. ul. Pieniężnego 6/7 10-005 Olsztyn na podstawie art. 125 ust. 5 ustawy Pzp Wykonawca oświadczył, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp, co jest niezgodne ze stanem faktycznym, ponieważ z dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego (nr KRS: 0000967742 dział 2, rubryka 1, podrubryka 1) wynika, że ww. Wykonawca jest powiązany kapitałowo z Podwykonawcą biorącym udział w postępowaniu tj. firmą ZETO SOLUTIONS Sp. z o.o. ul. Pieniężnego 6/7 10-005 Olsztyn.*”, który stanowił wiodące uzasadnienie pierwszego wykluczenia. Powyższe okoliczności nie zostały wskazane w decyzji o wykluczeniu tego wykonawcy z dnia 30 listopada 2022r., co potwierdza, że Zamawiający dokonał ponownego badania ofert i podjął ponownie kolejną decyzję o wykluczeniu m.in. Odwołującego, co nie narusza art. 522 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 108 ust.1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 253 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp, poprzez uniemożliwienie udzielenia przez Odwołującego i Genree IT wyjaśnień, co skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego z postępowania i odrzuceniem jego oferty.

W ocenie Izby, zarzut jest zasadny.

Zgodnie z art. 108 ust.1 pkt 5 Pzp, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Powyższy przepis wymaga, aby zanim zamawiający wykluczy wykonawców z postępowania wykonawcy mieli możliwość wykazania, że ich oferty lub wnioski zostały złożone niezależnie od siebie, w przypadku, gdy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W oparciu o powyższe należy przyjąć, że takie wyjaśnienie przysługuje wszystkim wykonawcom, wobec których zachodzą okoliczności podlegające badaniu pod

kątem wiarygodnych przesłanek, że zawarli oni porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Zgodnie natomiast z art. 128 ust. 4 Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, tj. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

W świetle powyższych przepisów ustawy Pzp, na Zamawiającym spoczywa obowiązek umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień w przypadku wystąpienia okoliczności, które wskazywałyby w jakimkolwiek stopniu na podejrzenie zawarcia przez wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenia konkurencji w danym postępowaniu. Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu powinien umożliwić wykonawcom wykazanie, że ich udział w postępowaniu nie zakłóca konkurencji. Zamawiający powinien wezwać wykonawców do wyjaśnień w zakresie przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, której to czynności w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał.

Reasumując, Izba uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Genree IT Sp. z o.o. w całości, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów przedstawionych w tym odwołaniu. Izba nakazała Zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności wykluczenia obu Odwołujących jako następstwa uznania, że fakt zawarcia porozumienia pomiędzy tymi wykonawcami nie miał miejsca, co powinno skutkować unieważnieniem czynności wykluczenia konsekwentnie w stosunku do obu wykonawców.

W odniesieniu do odwołania wniesionego przez wykonawcę ZETO Projekt Sp. z o.o. Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu, pomimo stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co zostało wskazane powyżej. Odwołanie wniesione przez ZETO Projekt Sp. z o.o. podlegało oddaleniu zważywszy na przepis art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba stwierdziła natomiast w niniejszej sprawie, że Zamawiający w ramach decyzji z dnia 9 listopada 2022 r. odrzucił ofertę ZETO Projekt Sp. z o.o. m.in. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Czynność ta nie została zaskarżona przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 14 listopada 2022 r., a tym samym w konsekwencji nie została objęta unieważnieniem czynności z dnia 25 listopada 2022r. na

skutek uwzględnienia powyższego odwołania przez Zamawiającego. Czynność odrzucenia oferty ZETO Projekt Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp stała się zatem ostateczna.

Stwierdzenie naruszenia przepisów art. 108 ust.1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 253 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp nie ma zatem wpływu na wynik postępowania, gdyż w konsekwencji unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy ZETO Projekt Sp. z o.o. na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp nie zmieni się sytuacja tego wykonawcy w postępowaniu, gdyż jego oferta została odrzucona z innej przyczyny.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....