

Sygn. akt: KIO 1010/21

WYROK

z dnia 24 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Monika Szymanowska
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 czerwca 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 marca 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach (Lider) oraz Nomet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Porębie (Partner) (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółkę Akcyjną z siedzibą Bytomiu**

przy udziale wykonawcy **Foxmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce- Leszczynach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy Foxmet Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce- Leszczynach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółkę Akcyjną z siedzibą Bytomiu i i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:**
(1) Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach (Lider) oraz Nomet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Porębie (Partner) (Odwołujący) tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego – Spółki Restrukturyzacji Kopalń Spółki Akcyjnej z siedzibą Bytomiu na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:**
(1) Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach (Lider) oraz Nomet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Porębie (Partner) (Odwołujący) kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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

Dnia 31 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 oraz 514 ust. 1 oraz 516 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych, dalej jako „ustawa Pzp2019” odwołanie złożyli **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach (Lider) oraz Nomet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Porębie (Partner)**, dalej jako „Odwołujący” lub „konsorcjum Dominex”.

Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą Bytomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: *„Rozbiórka wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze”*. Szacunkowa wartości przedmiotu zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., dalej jako „ustawa Pzp2004”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 767691-N-2020 z dnia 16.12.2020 r.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp2004 czynności Zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Foxmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach (dalej: „Foxmet”);
- dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Foxmet jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący został poinformowany o czynnościach Zamawiającego w dniu 26 marca 2021 r., za pośrednictwem poczty elektronicznej, a tym samym ustawowy termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu do jego wniesienia. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania, albowiem jest wykonawcą, który złożył ofertę. Zamawiający dokonał wyboru oferty Foxmet, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert, co oznacza, że w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta będzie nosiła znamiona oferty najkorzystniejszej. Naruszenia przepisów ustawy Pzp godzą

w interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym poniósł szkodę majątkową.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenia:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z 2020 poz. 1913) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021, poz. 2750) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Foxmet, pomimo że wykonawca ten wszedł w niegodne z prawem porozumienie z innym wykonawcą biorącym udział w postępowaniu – W. Cz., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. Cz. w Czerwionce - Leszczynach (dalej: W. Cz.), co w konsekwencji skutkowało wyborem oferty Foxmet jako oferty najkorzystniejszej,
- art. 7 ust 1 ustawy Pzp2004 poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechania obligatoryjnych działań przez Zamawiającego i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Foxmet,
3. odrzucenie oferty wykonawcy Foxmet,
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem ofert niepodlegających odrzuceniu
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 r. w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak wynika z ugruntowanego stanowiska doktryny oraz orzecnictwa, jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikowane jest zawarcie niedozwolonego porozumienia (zmowa przetargowa) i uzgadnianie treści składanych ofert przez wykonawców w celu uzyskania przez jednego z nich zamówienia na korzystniejszych warunkach, Przy ocenie, czy dane działanie lub zaniechanie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, należy bowiem brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale też przepisy

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podobny pogląd przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 30 września 2020 r., KIO 1865/20, Legalis nr 2494155 (tak również wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16). Za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 niewątpliwie może być uznane zawarcie porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zawarcie takiego porozumienia (tzw. zmowy przetargowej) nie tylko jest sprzeczne z prawem, ale niewątpliwie 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. Jak wskazał Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18. zmowy przetargowe mogą przybierać wiele form, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości. Zmowy przetargowe, mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie, niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja przy wyłanianiu zwycięzcy przetargu funkcjonowała prawidłowo. Niedopuszczalne są, jako sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, zarówno wszelkie porozumienia między zamawiającym a uczestnikami, jak też między samymi uczestnikami. Działania takie stanowią oczywiste manipulację przebiegiem postępowania przetargowego. (A. Sołtysińska - Europejskie Prawo Zamówień Publicznych - komentarz/ Zakamycze 2006).

Analiza ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu przez wykonawcę W. Cz. oraz wykonawcę Foxmet, jak również działania (zaniechania) tych wykonawców podejmowane w toku postępowania, prowadzą w ocenie Odwołującego do wniosku, że pomiędzy tymi wykonawcami doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, ograniczającego konkurencję.

W pierwszej kolejności Odwołujący zaznaczył, że wykonawcę W. Cz. łączą bliskie więzi rodzinne ze współnikiem oraz prezesem zarządu Foxmet. W. Cz. jest powinowatym M. Cz., będącej jedynym członkiem zarządu wykonawcy Foxmet (szwagier), jak również synem E. Cz. - jedyne go współnika Foxmet. Siedziby tych wykonawców znajdują się w tej samej miejscowości - Czerwionka- Leszczyny. Nadto, wykonawcy prowadzą tożsamą działalność gospodarczą - rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych. Dowodem mają być w ocenie Odwołującego zapisy złożonych wraz z odwołaniem odpisów KRS i wydruk CEIDG wspomnianych wykonawców.

Z analizy oferty wykonawcy W. Cz. wynika, że Foxmet użyczył temu wykonawcy, dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, swój potencjał techniczny i zawodowy. Co więcej, zarówno wykonawca W. Cz., jak

i wykonawca Foxmet w swych ofertach celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej powołali się na zasoby tego samego podmiotu trzeciego tj. Universal Energy Sp. z o.o. Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego uprawdopodobniają, że wykonawcy mogli porozumieć się w zakresie warunków cenowych w składanych ofertach. Wniosek ten potwierdza również zachowanie tych wykonawców podjęte w toku postępowania, a w szczególności zaniechanie wykonawcy W. Cz. polegające na niezłożeniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej oferta wykonawcy W. Cz. uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Drugie miejsce zajęła firma Pol Invest Group Sp. z o.o., a trzecie miejsce zajął Odwołujący. Foxmet uplasowała się na szóstym miejscu. Różnice w ilości uzyskanych punktów pomiędzy wykonawcami były minimalne, co spowodowało, że po odrzuceniu ofert dwóch pierwszych wykonawców i ponownym przeliczeniu punktów, oferta wykonawcy Foxmet została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiający wezwał wykonawcę W. Cz.e oraz wykonawcę Pol Invest Group Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego W. Cz. nie złożył wyjaśnień w ogóle, natomiast wyjaśnienia Pol Invest jako nierzetelne nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego. W konsekwencji zarówno oferta wykonawcy W. Cz., jak i oferta Pol Invest Sp. z o.o. zostały odrzucone.

Jako, że oferta W. Cz. oraz oferta Pol Invest Sp. z o.o. cenowo odbiegały od ofert kolejnych wykonawców, istniało wysokie prawdopodobieństwo, że w przypadku niezłożenia przez W. Cz. wyjaśnień i w konsekwencji odrzucenia jego oferty, oferta Pol Invest Sp. o.o. również zostanie przez Zamawiającego odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę.

Odwołujący zaznaczył, że cena zaoferowana przez Foxmet różniła się od ceny zaoferowanej przez W. Cz. o ponad 4 000 000 zł. Przy takich wynikach aukcji elektronicznej oraz takim rozkładzie punktów, jaki miał miejsce w postępowaniu, niezasadnym ekonomicznie dla podmiotów pozostających w porozumieniu, było dalsze ubieganie się o udzielenie zamówienia przez podmiot, który po aukcji uplasował się na pierwszym miejscu w rankingu ofert tj. wykonawcę W. Cz. Wykonawca W. Cz. składając ofertę wskazał, że przedmiotowe zamówienie będzie przez niego realizowane przy użyciu potencjału technicznego i zawodowego Foxmet w Czerwionce-Leszczynach. W związku z tym, jak wskazuje logika, niezasadnym było ubieganie się o realizację zamówienia za kwotę zaoferowaną przez wykonawcę W. Cz., skoro to samo zamówienie mogło zostać przez wykonawcę W. Cz. i Foxmet zrealizowane za

kwotę o ponad 4 000 000 zł wyższą. Stąd też, zdaniem Odwołującego wykonawca W. Cz. zaniechał udzielenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, dążąc do tego aby jego oferta została odrzucona. W ocenie Odwołującego mało prawdopodobnym jest, że W. Cz. zrezygnowałby z udziału w postępowaniu, gdyby brał w nim udział jako podmiot niezależny prowadzący wobec Foxmet działalność konkurencyjną. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie

„w normalnych warunkach rynkowych wątpliwe jest, że przedsiębiorca mający wiedzę, że jego oferta została oceniona najlepiej (...) zdecydowałby się na rezygnację z realizacji zamówienia” (Decyzja Prezesa UOKiK z 27 czerwca 2014 r. Nr DOK-1/2014).

O swoich wątpliwościach co do rzetelności ofert wykonawców Foxmet oraz W. Cz., Odwołujący w dniu 24 lutego 2021 r. poinformował Zamawiającego. Pismo to pozostało bez odpowiedzi. Natomiast w dniu 26 marca 2021 r. Odwołujący uzyskał od Zamawiającego informację o wyborze oferty Foxmet jako oferty najkorzystniejszej.

Ocena zmywy przetargowej nie musi opierać się na bezpośrednich dowodach, gdyż bez posiadania uprawnień właściwych organom ścigania, częstokroć nie ma możliwości ich uzyskania. W związku z tym, przy ocenie czy w danej sprawie doszło do porozumienia noszącego znamiona zmywy przetargowej wystarczy uprawdopodobnić, że takie porozumienie miało miejsce. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem poszlaki mogą być wystarczające do uznania złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, o ile wystąpią one „w odpowiednich wadze i ilości” - powstaje wówczas domniemanie faktyczne wystąpienia zmywy stanowiące podstawę do odrzucenia oferty (tak m.in. wyrok KIO z 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 517/13 w ślad za wyrokiem Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt 111 SK 6/06). *„W sprawach z zakresu ochrony konkurencji dopuszcza się stosowanie domniemań faktycznych, z których można wyprowadzić wnioski o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję. (...) Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony przez Prezesa UOKiK w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku”* (tak Wyrok SA w Warszawie z 24.01.2019 r., VII AGa 1846/18, LEX nr 2673423). „W ocenie zmyw 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 zmywy przetargowej (tak wyrok KIO z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18). UOKiK w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zmywy 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 (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2020 r., KIO 1865/20, Legalis nr 2494155).

Reasumując, zdaniem Odwołującego analiza okoliczności przedmiotowej sprawy pozwala na wyciągnięcie wniosku, że wykonawcy Foxmet oraz W. Cz. zawarli porozumienie dotyczące postępowania przetargowego, a celem tego porozumienia było doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający będzie zmuszony do dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty droższej. O powyższym świadczy fakt, że wykonawców łączy bliskie więzy rodzinne, oba podmioty prowadzą tożsamą działalność gospodarczą, mają siedzibę w tej samej miejscowości, a w toku postępowania doszło do podjęcia czynności bezpośrednio wpływających na ranking ofert.

Dlatego też w ocenie Odwołującego wniesienie odwołania stało się konieczne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, ofertach, wyjaśnieniach Wykonawców, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp” lub „Pzp”), więc stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „Pzp2019”) znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia*

wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Następnie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 528 ustawy Pzp2019 i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp2019, w wyniku potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, pozbawia Wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Zamawiający uważa odwołanie za niezasadne.

W przypadku wskazywanego naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Zamawiający podkreślił, że przesłanki wymienione w przywołanym przepisie nie wystąpiły w sprawie. Okoliczności związane z wystąpieniem bliskich więzi rodzinnych między dwoma wykonawcami nie są wystarczającą podstawą do uznania, że oferenci działali w zмовie, w celu uzyskania korzyści ekonomicznej, polegającej na udzieleniu zamówienia o wartości wyższej dla jednego z nich. Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego, to okoliczności takie uniemożliwiłyby uczestniczenie w tym samym postępowaniu każdemu z nich, co prowadzi w ocenie Zamawiającego do naruszenia zasad konkurencji rynkowej przez bezzasadne ograniczenie możliwości udziału w postępowaniu.

Odnośnie do okoliczności powoływanie się przez oba podmioty na zasoby tego samego podmiotu trzeciego, Zamawiający uważa, że wnioski takie nie znajdują potwierdzenia i nie wydają się nawet prawdopodobne. Wykonawcy wielokrotnie w tym samym postępowaniu powołują się na zasoby tego samego podmiotu, co nie przemawia za odrzuceniem ich ofert (tak wyrok KIO z dnia 29 maja 2017 r., sygn. akt KIO 904/17). Co więcej, zgodnie z orzecznictwem, nawet powoływanie się na doświadczenie innego wykonawcy w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może być bezrefleksyjnie traktowane jako zawarcie pomiędzy wykonawcami niedozwolonego porozumienia (tak wyrok KIO z dnia 14 września 2018 r., sygn. akt KIO 1441/18; wyrok KIO

z dnia 15 września 2017 r., sygn. akt KIO 1819/17 oraz wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1101/17 i wyrok KIO z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt KIO 1865/20).

W zarzutach Odwołujący podnosił również, iż brak odpowiedzi W. Cz. na wezwanie do wyjaśnienia elementów wpływających na wysokość ceny należy poczytywać za zмовę z Przystępującym. Zamawiający zauważa, że po aukcji elektronicznej oferta W. Cz. zajęła pierwsze miejsce w rankingu, druga była oferta Pol Invest, trzeci był Odwołujący, a dopiero kolejne miejsce zajęła firma Foxmet. Skoro więc oferty zostały różnie ocenione i Foxmet nie uplasowała się zaraz po W.Cz., to dla Zamawiającego oczywistym jest, że W.Cz. nie mógł przewidzieć, że po odrzuceniu jego oferty postępowanie wygra Przystępujący Foxmet. Czyli innymi słowy wynik postępowania nie został z góry ustalony przez obu tych wykonawców, a jest skutkiem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości wskazujących na to, że obaj wykonawcy zawarli niedozwolone porozumienie.

Podsumowując, Zamawiający wskazał, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zmowa przetargowa należy do szczególnie szkodliwych horyzontalnych ograniczeń konkurencji, a sugerowanie jej wystąpienia winno być uprawdopodobnione, tak by nie było wątpliwości, że wynik postępowania został z góry ustalony. Przekonanie to musi wynikać z analizy faktów, nie pozwalających na przyjęcie innego stanowiska. Zdaniem Zamawiającego w sprawie nie wystąpiły takie okoliczności, nie wskazują na to powiązania rodzinne, powoływanie się na zasoby jednego podmiotu czy brak odpowiedzi na wezwanie, bowiem wykonawca W.Cz. nie mógł przewidzieć, iż najwyższą ocenioną będzie oferta spółki Foxmet (Przystępującego).

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Foxmet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce- Leszczynach**, dalej jako Foxmet lub Przystępujący. Przystępujący w złożonym na posiedzeniu przed Izbą piśmie przygotowawczym wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odwołujący złożył dodatkowe pismo procesowe, w którym przedstawił dodatkowo argumentację w zakresie sformułowanych zarzutów, wskazując między innymi na 3 inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez tego samego Zamawiającego, w których uczestniczył Odwołujący i Przystępujący oraz Pan W.Cz. Opis przebiegu tych postępowań wskazywać miał na praktykę powiązanych podmiotów.

Izba ustaliła, że:

Na podstawie dokumentacji przesłanej elektronicznie przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w postępowaniu ustalono kryterium oceny ofert: cena (95%) oraz okres gwarancji (5%).

Oferty złożyli następujący wykonawcy:

- | | |
|--------------------------|------------------------|
| 1) konsorcjum Węglokoks | cena 19 999 800,00 zł |
| 2) PHU W. Cz. | cena 877 715 700,00 zł |
| 3) Foxmet | cena 999 999 999,99 zł |
| 4) Konsorcjum Grani-Tec | cena 21 525 000,00 zł |
| 5) Developer i Recycling | cena 20 172 000,00 zł |
| 6) Pol Invest Group | cena 23 370 000,00 zł |
| 7) Konsorcjum Dominex | cena 36 900 000,00 zł. |

Wykonawcy zadeklarowali 36 i 60 miesięcy gwarancji oraz wszyscy wskazali termin realizacji zadania do 31/11/2021. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła brutto 10 804 000,00 zł.

Po aukcji wyniki przedstawiały się następująco:

- | | |
|--------------------------|------------------------------------|
| 1) PHU W. Cz. | cena 1 559 999,99 zł (98 pkt) |
| 2) Pol Invest | cena 1 610 000,00 zł (97 pkt) |
| 3) Dominex | cena 9 500 000,00 zł (20,59 pkt) |
| 4) Węglokoks | cena 9 800 000,00 zł (20,12 pkt) |
| 5) Grani-Tec | cena 9 800 000,00 zł (20,12 pkt) |
| 6) Foxmet | cena 8 659 000,00 zł (20,11 pkt) |
| 7) Developer i Recycling | cena 10 744 000,00 zł (18,79 pkt). |

Po przeprowadzonej aukcji Zamawiający wezwał wykonawców PHU W. Cz. oraz Pol Invest do złożenia wyjaśnień odnośnie do rażąco niskiej ceny oferty, podkreślając, że wyjaśnić należy koszty pracy z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającego z odrębnych przepisów.

W wyznaczonym terminie wyjaśnienia złożył jedynie wykonawca Pol Invest, który został przez Zamawiającego poproszony o złożenie dodatkowych wyjaśnień, ponieważ złożone wyjaśnienia uznano za ogólne, mało czytelne, nie korespondujące ze sobą dane w ujęciu tabelarycznym i w wyjaśnieniach opisowych. Ostatecznie Zamawiający nie uznał złożonych wyjaśnień za wiarygodne i postanowił o odrzuceniu oferty wykonawcy Pol Invest w dniu 18 lutego 2021 roku.

W dniu 25 stycznia 2021 roku Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy PHU W. Cz. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w

związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, takich wyjaśnień nie udzielił.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej miało miejsce w dniu 26 marca 2021 roku. Zamawiający przedstawił następujący ranking wykonawców:

1)	Konsorcjum Węglkokoks	cena – 83,93 pkt	gwarancja 5 pkt	razem 88,93
2)	Foxmet	cena – 95,00 pkt	gwarancja 3 pkt	razem 98,00
3)	Konsorcjum Grani-Tec	cena - 83,93 pkt	gwarancja 5 pkt	razem 88,93
4)	Developer (...)	cena – 76,56 pkt	gwarancja 5 pkt	razem 81,56
5)	Konsorcjum Dominex	cena – 86,59 pkt	gwarancja 5 pkt	razem 91,59

Za najkorzystniej została uznana i wybrana oferta wykonawcy Foxmet.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

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

Z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyn nieuczciwej konkurencji uważane jest zawarcie niedozwolonego porozumienia, uzgadnianie treści składanych ofert przez wykonawców w celu uzyskania przez jednego z nich zamówienia na korzystniejszych warunkach. Zawarcie takiego porozumienia uważane jest w doktrynie i orzecznictwie za sprzeczne z dobrymi obyczajami i naruszające interesy innych przedsiębiorców.

Stosownie do art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 275), 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. Przepis ten zawiera więc legalną definicję „porozumienia ograniczającego konkurencję” i przykładowy (niewyczerpujący) katalog takich porozumień.

Zatem aby oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu z postępowania przy zastosowaniu wspomnianych regulacji, muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- a) miało miejsce zawarcie przez wykonawcę porozumienia z innymi wykonawcami,
- b) zawarte porozumienie musi mieć na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu,
- c) zamawiający musi wykazać te okoliczności przy pomocy stosownych środków dowodowych.

Z przywołanego przepisu wynika więc, że niewystarczające jest wykazanie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne. Zawarcie takiego rodzaju porozumienia musi być dowiedzione przez zamawiającego, na którym spoczywa ciężar dowodu w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W analizowanej sprawie Zamawiający uznał, że nie zostały spełnione przesłanki określone art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i nie odrzucił oferty Przystępującego. Istnienie takiego porozumienia, które doprowadziło do zakłócenia konkurencji podnosił w odwołaniu Odwołujący. W tej sytuacji przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych do niej, to na tę stronę postępowania odwoławczego nakładały dodatkowy obowiązek, a mianowicie wykazania, że całokształt okoliczności przemawia za koniecznością eliminacji z procesu oceny ofert takiej oferty.

Zgromadzony i przedstawiony w sprawie odwoławczej przez Odwołującego materiał dowodowy przemawia za tym, że Przystępujący i podmiot W.Cz. mogły zawrzeć między sobą porozumienie. Nawet jeżeli nie miało ono charakteru formalnego, to jest potwierdzonego na piśmie, to nie ulega jednak wątpliwości, że Odwołujący przedstawił najbardziej prawdopodobny i logiczny scenariusz przebiegu udziału tych podmiotów w postępowaniu. Izbie nie przedstawiono innego logicznego ciągu zdarzeń, który przeczyłby teżom odwołania. Przystępujący rozwodził się szeroko nad charakterystyką rynku właściwego, przedstawiając zasady jego działania, specyfikę robót rozbiórkowych i specyficzny sposób działania przedsiębiorców w danym segmencie rynku, nie przedstawił jednak żadnych argumentów i wyjaśnień, z których wynikałoby, że wszystkie działania w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie z jego strony miały charakter samodzielny, nie obejmowały udziału podmiotów trzecich w konstrukcji treści oferty.

O ile z istnienia powiązań rodzinnych, w ocenie składu orzekającego Izby, nie należy wywodzić zawarcia niedozwolonego porozumienia między dwoma podmiotami uczestniczącymi w danym postępowaniu, o tyle inne okoliczności oraz ciąg zdarzeń, które

miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu świadczyć mogą, iż do zawarcia takiego porozumienia doszło. W kontekście powiązań rodzinnych zastanawiające może być jednakże podobieństwo w konstrukcji ofert co do przedstawienia ceny ofertowej. Oba podmioty jako jedyne w postępowaniu wskazały pierwotną cenę na bardzo wysokim poziomie (Przystępujący – 999 999 999,99 zł, oferta W.Cz. - 877 715 700,00 zł), znacznie odbiegającym od cen innych ofert i znacząco odbiegającym od budżetu Zamawiającego (10 804 000,00 zł), podczas gdy ceny pozostałych ofert oscylowały na poziomie około 20 000 00,00 zł. Zdaniem Izby zbieżność ta nie ma charakteru przypadkowego, zaś ani Zamawiający ani Przystępujący nie zdecydowali się na przedstawienie racjonalnego wyjaśnienia, dlaczego oba podmioty zaoferowały wstępną cenę na tak wysokim, a zarazem podobnym poziomie, odbiegającym od pozostałych cen i szacunków jednostki zamawiającej.

Następnie dostrzeżenia wymaga, że oba podmioty korzystały z tych samych zasobów udostępnionych przez jeden podmiot trzeci. Samo w sobie takie działanie także nie wypełnia definicji czynu niedozwolonego naruszającego konkurencję, zwłaszcza jeżeli mamy do czynienia ze specyficznym rynkiem, na którym działa niewielki krąg podmiotów. Jednakże Przystępujący i W. Cz. korzystały także wzajemnie z posiadanych zasobów technicznych. Celem wykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału, czy to technicznego, czy to kadrowego wykonawcy ci polegali wzajemnie na swym potencjale. Aby wzajemnie udostępnić sobie zasoby podmioty musiały porozumieć się ze sobą co najmniej w zakresie sposobu wykorzystania i zgłoszenia w ofercie danego potencjału oraz przede wszystkim zasad udostępnienia, także tych o charakterze cenowym. Takie ustalenia pozwalają już niejako na pośredni wpływ na kształt drugiej oferty i znajomość warunków, w jakich taka oferta zostanie złożona. Jednak samo w sobie takie działanie również nie stanowi jeszcze naruszenia przepisów i nie wskazuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do zawiania porozumienia zakłócającego konkurencję.

Tym nie mniej całokształt pozostałych okoliczności w przebiegu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zachowanie W.Cz. w toku i po aukcji elektronicznej, a także sposób działania Przystępującego i W.Cz. w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego obrazuje już pewien przyjęty model (wzór) zachowania (działania) określonych podmiotów wykonujących działalność gospodarczą o tożsamym zakresie. Jest to w ocenie Izby dowód o charakterze pośrednim wskazujący na wystąpienie niedozwolonego porozumienia między wykonawcami.

Poza sporem pozostaje okoliczność, że w postępowaniu będącym przedmiotem badania Izby Pan W.Cz. nie zareagował na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień

w przedmiocie ceny oferty po aukcji, co w efekcie doprowadziło do odrzucenia jego oferty i wyboru oferty Foxmet. Przyczyny takiego zachowania W.Cz. pozostają nieznane. Zamawiający na rozprawie hipotetyzował, iż przyczyny takiego zachowania mogą być różne. Niewątpliwie jest to twierdzenie prawdziwe. Trudno jednak uznać takie działania ze strony podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą za racjonalne i uzasadnione. Wykonawca jako profesjonalista, prowadzący działalność gospodarczą nakierowaną na osiągnięcie zysku i renomę w danej branży winien dbać o kondycję finansową prowadzonego przedsiębiorstwa. Uzyskanie zamówienia niewątpliwie na poprawę kondycji finansowej przedsiębiorcy ma duży wpływ, zwłaszcza w czasie obecnie panującego kryzysu gospodarczego związanego z wystąpieniem pandemii Covid-19. Co najmniej zastanawiająca wydaje się w takiej sytuacji dobrowolna rezygnacja ze złożenia wyjaśnień. Przygotowanie i złożenie oferty, następnie uczestnictwo w aukcji wymaga od wykonawcy zaangażowania środków osobowych, sprzętowych, poświęcenia czasu. Mało prawdopodobne wydaje się, by w takiej sytuacji podmiot prowadzący działalność gospodarczą bez ważnej przyczyny rezygnował z możliwości uzyskania zamówienia.

Nie do przyjęcia jest również argumentacja przedstawiona przez Przystępującego, że Pan W.Cz. „zapomniał” się w trakcie aukcji i doprowadził poziom ceny swojej oferty do tak niskiego progu, że wątpliwą wydaje się możliwość realizacji w sposób należyty przedmiotu zamówienia za taką cenę. Nie można tracić z pola widzenia, że mamy do czynienia z podmiotem stale ubiegającym się o zamówienia publiczne, profesjonalnie prowadzącym działalność zawodową na rynku zamówień publicznych, któremu z pewnością nie są obce arkana prowadzenia aukcji elektronicznych u Zamawiającego. Przystępujący przede wszystkim zaś zna realia rynku, na którym działa, wie z jakimi kosztami wiąże się wykonanie przedmiotu zamówienia, jakiego zaangażowania środków wymaga. Jaki miałby być powód takiego zaniżania ceny, czyniąc uzyskanie zamówienia mało realnym i nieopłacalnym biznesowo? W ocenie Izby takie zaniechania i zachowania mogą prowadzić tylko do wniosku, że rolą jednego z podmiotów uczestniczących w postępowaniu było zniżenie ceny w aukcji, tak by drugi z podmiotów mógł uzyskać zamówienie za wyższą cenę.

W tym zakresie dla Izby przekonująca była argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w dodatkowym piśmie procesowym, przy czym Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że ujęte tam stanowisko należy uznać za spóźnione. Izba zauważa przede wszystkim, że dowody można składać i przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Argumentacja Odwołującego związana jest formalnie z treścią zarzutów sformułowanych w odwołaniu, wspiera stanowisko z odwołania. Okoliczność, że została ona przedstawiona na piśmie a nie ustnie w toku rozprawy, nie ma znaczenia, skoro nie wykracza poza granice rozpoznawanego środka zaskarżenia.

Odwołujący uprawdopodobnił, że określony sposób, czy też mechanizm postępowania przyjęty został przez wykonawców: Przystępującego i Pana W.Cz. także w innych prowadzonych postępowaniach i nie był elementem strategii biznesowej. Działania podmiotów nie miały zatem przymiotu jednostkowego przypadku, ale były działaniem powtarzanym w innych postępowaniach w różnych modelach działania, które jednak zawsze prowadziły do eliminacji jednego z podmiotów z postępowania celem zwiększenia szans drugiego podmiotu na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że w postępowaniu **Likwidacja obiektów kopalni Mysłowice Wesoła** podmioty korzystały ze środków ochrony prawnej dopiero w sytuacji, kiedy nie zajmowały w rankingu miejsc po sobie (Foxmet pierwotnie nie wnosił odwołania, dopóki w postępowaniu na cz. 2 oferta Pan W.Cz. miała być uznana jako najkorzystniejsza, gdy to uległo zmianie wniósł stosowne odwołanie), miała również miejsce odmowa podpisania umowy. W przypadku postępowania **Likwidacja szybika wentylacyjnego „Ryża”** podmioty korzystały wzajemnie ze swoich zasobów, następnie oświadczały o zmianie podmiotu trzeciego. I wreszcie w postępowaniu **Rozbiórka obiektów w Czerwionce Leszczynach** Przystępujący nie przedłużył terminu związania ofertą, pozostał jednak podwykonawcą w innej ofercie.

Izba podziela wywody Odwołującego, że wykazanie niedozwolonego porozumienia – stosownymi dowodami nie musi wiązać się z koniecznością przedstawienia dowodów bezpośrednich na okoliczność zawarcia takiego porozumienia. Za wyrokiem KIO z dnia 15 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1761/17, wskazać należy, że: *„Dla wykazania istnienia zmywy przetargowej nie jest możliwe a zatem i wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny czyn. Wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że w istocie doszło do zawarcia tzw. <<zmywy przetargowej>>.”* Nie ulega wątpliwości, że również dowody pośrednie – w postaci odpisów z rejestrów, wezwań o uzupełnienie, sposobu działania poszczególnych wykonawców – mogą wskazywać na zawarcie takiego porozumienia – takie zaś elementy miały miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że takie działanie obu wykonawców zakłóca konkurencję w postępowaniu oraz naraża Zamawiającego na szkodę. Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., z którego wynika, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów może na podstawie domniemań faktycznych dojść do wniosku, że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję (OSNAPiUS 2008 nr 1-2, poz. 25, str. 72). Analogicznie orzecznictwo KIO niejednokrotnie wskazywało, że porozumienie zawarte pomiędzy wykonawcami - zakłócające konkurencję - odnosi się również do nieformalnych przejawów/działań przedsiębiorców w tym zakresie, dlatego też zamawiający zobowiązany

jest do badania nie tylko samego porozumienia, ale wszelkich okoliczności towarzyszących jego zawarciu i późniejszej jego realizacji. Dla stwierdzenia porozumienia nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć.

W ocenie Izby w opisanym stanie faktycznym i przedstawionych okolicznościach dodatkowych wyczerpane zostały przesłanki odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawcy, których dotyczy postępowanie odwoławcze, w tym Przystępujący, działali na tym samym rynku, w tej samej branży, w sposób sprzeczny co najmniej z dobrymi obyczajami, wykorzystując wzajemne powiązania osobowe, rodzinne i kapitałowe utrudniając innym wykonawcom dostęp do rynku już chociażby przez sposób postępowania, który z dużym prawdopodobieństwem warunkował uzyskanie zamówienia przez jednego z nich.

Konkludując, w świetle poczynionych ustaleń i przedstawionego materiału dowodowego, Izba jest przekonana, że nie można uznać, iż Przystępujący wykazał, że istniejące między nim a Panem W.Cz. powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wręcz przeciwnie, zdaniem składu orzekającego Izby jednoznacznie wykazano i potwierdzono, że takie działania prowadzą do zakłócenia konkurencji. Każda z okoliczności opisanych w niniejszym uzasadnieniu, uwzględniana odrębnie nie stanowi dowodu, że przedsiębiorcy dokonali uzgodnień co do treści składanych ofert i działań podejmowanych w toku postępowania przetargowego. Jednak łączne wystąpienie wszystkich wymienionych okoliczności przy uwzględnieniu powiązań osobowo-kapitałowych między przedsiębiorcami prowadzi do oczywistego wniosku, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego doszło do zakłócenia konkurencji. Zatem skoro wykazano pośrednio, iż działania i zaniechania Przystępującego świadczą o naruszeniu uczciwej konkurencji, to na Zamawiającym i Przystępującym spoczywał ciężar dowodu, że logiczny i oczywisty wniosek płynący z okoliczności wskazanych przez Odwołującego jest nieprawidłowy. Zaś ani Zamawiający, ani Przystępujący nie zaoferowali Izbie żadnego kontrdowodu, pozostawiając swoje stanowisko w sferze luźnych spekulacji o przyczynach podejmowanych działań i zaniechań, którym wobec braku przedstawienia jakiegokolwiek materiału procesowego je potwierdzającego, trudno było przypisać przymiot wiarygodności.

Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie procesu badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....