

WYROK

z dnia 14 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Andrzej Niwicki
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 maja 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. S. oraz K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU Silva-Tech K. S.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turek**

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 6 odwołania.**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 560 zł 40 gr (słownie: cztery tysiące pięćset sześćdziesiąt złotych czterdzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, kosztów noclegu w kwocie 194,75 zł oraz kosztu dojazdu na rozprawę w kwocie 765,65 zł.**

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

.....

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turek, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonywanie usług w roku 2021 z zakresu gospodarki leśnej na terenie leśnictw: Brudzew, Grzymiszew, Wrząca, Wyszyna, Zdrojki*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 239-591165.

W dniu 19 marca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. S. oraz K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU Silva-Tech K. S., dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 23 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania p. M. A. i p. K. A. i odrzucenia ich ofert, pomimo że należą oni do tej samej grupy kapitałowej, złożyli odrębne oferty i nie wykazali, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania p. M. A. i p. K. A. oraz odrzucenia ich ofert, pomimo że przedstawili oni, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do ich rzekomego braku przynależności do grupy kapitałowej, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert p. M. A. oraz p. K. A., pomimo że ich złożenie stanowi czynny nieuczciwej konkurencji, bowiem jest wynikiem porozumienia (tzw. zmowy przetargowej) pomiędzy obydwoma przedsiębiorcami;
4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania p. M. A. do uzupełnienia oświadczenia złożonego na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu w

postaci dysponowania zasobami technicznymi (załącznik nr 11 do SIWZ), pomimo że treść tego oświadczenia nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty p. M. A., powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty p. M. . i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, gdzie oświadczył, że uwzględnił zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wskazał, że w przypadku niewycofania pozostałych zarzutów odwołania przez Odwołującego wnosi o oddalenie odwołania w całości w zakresie zarzutów nieuwzględnionych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 maja 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 19 marca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „nPzp”.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 nPzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 6 odwołania, dotyczącego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania p. M. A. do uzupełnienia oświadczenia złożonego na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania zasobami technicznymi (załącznik nr 11 do SIWZ), pomimo że treść tego oświadczenia nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił odwołanie w części w zakresie ww. zarzutu, a po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Stosownie do art. 522 ust. 4 nPzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. *A contrario*, Izba nie rozpoznaje odwołania w zakresie, w jakim zamawiający uwzględnił zarzuty, a po jego stronie nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Ponieważ jednak sentencja orzeczenia musi się odnosić do wszystkich zarzutów odwołania, to wobec zarzutu, uwzględnionego przez Zamawiającego, umorzono postępowanie odwoławcze.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 nPzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania p. M. A. i p. K. A. i odrzucenia ich ofert, pomimo że należą oni do tej samej grupy kapitałowej, złożyli odrębne oferty i nie wykazali, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług w roku 2021 z zakresu gospodarki leśnej na terenie leśnictw: Brudzew, Grzymiszew, Wrząca, Wyszyna, Zdrojki. Zgodnie z pkt 6.2.3.c) tiret drugi specyfikacji istotnych warunków zamienia, dalej „SIWZ”, wykonawca winien wykazać, że dysponuje lub będzie dysponować co najmniej 1 osobą, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (Dz. U. z 2013 r. poz. 554) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów, które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin. Zgodnie z pkt 7.2 SIWZ *w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP Wykonawca będzie zobowiązany złożyć oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ). (...) Wykonawca, w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej ww. informacji przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dokumenty bądź informacje potwierdzające, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oświadczenie składa każdy z takich wykonawców.

Stosownie do pkt 14.1 SIWZ przy wyborze ofert Zamawiający będzie się kierował następującym kryterium oceny ofert: cena - 100 %.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert wpłynęły oferty od następujących wykonawców: Zakład Usług Leśnych „DĄB” M. A., Jabłonna 24, 62-710 Władysławów z ceną brutto 1 636 947,24 zł, Zakład Usług Leśnych „KLON” K. A., Jabłonna 24, 62-710 Władysławów z ceną brutto 1 744 650,67 zł, SPEC-LAS sp. z o.o. sp. k., Dziadowice Folwark 57, 62-709 Malanów z ceną brutto 1 911 234,69 zł, konsorcjum firm: Zakład Usług Leśnych W. S., ul. Lipowa 14, 62-580 Grodziec oraz PH-U SILVA-TECH K. S., ul. Lipowa 14, 62-580 Grodziec z ceną brutto 1 755 008,29 zł.

Dalej, Izba ustaliła, że zarówno p. M. A., jak również p. K. A. przedłożyli Zamawiającemu oświadczenia, z których treści wynika, że nie przynależą do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu.

Zgodnie z przedłożonymi ofertami adres prowadzenia działalności oraz adres poczty elektronicznej obu ww. wykonawców jest taki sam. Ponadto, p. M. A. wskazał p. K. A. w JEDZu oraz w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia jako osoba posiadająca uprawnienie do pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonymi w pkt 6.2.3.c) tiret drugi SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający wzywał zarówno p. M. A., jak również p. K. A. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Obaj wykonawcy udzielili wyjaśnień w wyznaczonym terminie, które są w zasadzie zbieżne co do formy i treści.

W dniu 9 marca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych „DĄB” M. A. jako najkorzystniejszej. Równocześnie Zamawiający tego samego dnia wezwał wykonawców, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, do przedłużenia terminu związania ofertą o 5 dni (do 23 marca 2021 r. włącznie), tj. o czas niezbędny do zawarcia umowy w postępowaniu. Wniosek Zamawiającego został przesłany drogą elektroniczną na adres email wskazany w ofercie. Oświadczenie dotyczące wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą należało złożyć w terminie do 12.03.2021 r. do godz.10:00. We wskazanym terminie nie wpłynęło od p. K. A. oświadczenie dot. wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Brak odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, Zamawiający potraktował jako brak zgody wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą i w konsekwencji odrzucił ofertę p. K. A. na podstawie art.89 ust.1 pkt 7a) ustawy Pzp.

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której p. M. A. i p. K. A., przynależąc do tej samej grupy kapitałowej, złożyli odrębne oferty, a jednocześnie nie wykazali, że nie zakłóca to konkurencji, bowiem nawet nie ujawnili Zamawiającemu faktu wzajemnych powiązań. Odwołujący podnosił, iż fakt, że p. M. A. i p. K. A. (1) są ze sobą powiązani rodzinnie, (2) mają taki sam adres prowadzonej działalności, (3) adres poczty elektronicznej, (4) jeden z nich został wskazany w ofercie drugiego na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. na stanowisko do pracy ze środkami chemicznymi, (5) obaj złożyli podobne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, (6) obaj współdziałają ze sobą w innych postępowaniach z zakresu usług leśnych, (7) ten z nich, którego oferta nie jest najkorzystniejsza nie przedłużył terminu związania ofertą, świadczy o tym, że należą do tej samej grupy kapitałowej.

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Aby można było uznać, że w stosunku do p. M. A. i p. K. A. wystąpiła podstawa wykluczenia, określona w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, należałoby wpierv stwierdzić, że obaj wykonawcy należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275, dalej „UOKiK”).

Stosownie do art. 4 pkt 14 UOKiK przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Zatem dla istnienia grupy kapitałowej kluczowa jest osoba jednego przedsiębiorcy, który kontroluje w sposób bezpośredni lub pośredni pozostałych przedsiębiorców. Grupa kapitałowa składa się więc z przedsiębiorców, pomiędzy którymi zachodzą relacje zależności. Przedsiębiorcy ci pozostają w stosunku zależności do przedsiębiorcy mającego nad nimi kontrolę, który z uwagi na posiadanie tej kontroli ma status przedsiębiorcy dominującego w rozumieniu art. 4 pkt 3 UOKiK.

Choć UOKiK nie zawiera definicji pojęcia „kontrola”, należałoby się posłużyć art. 4 pkt 4 UOKiK. Zgodnie z art. 4 pkt 4 UOKiK przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności: a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę. Wymienione powyżej uprawnienia prowadzące do przejęcia kontroli nie stanowią katalogu zamkniętego. Kluczowym elementem dla ustalenia, czy przedsiębiorca przejął kontrolę nad innym przedsiębiorcą jest wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, sprawowanie nad nim kontroli.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że p. M. A. i p. K. A., pomimo że są spokrewnieni (syn i ojciec), są przedsiębiorcami

prowadzącymi jednoosobowe działalności gospodarcze na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, posiadają inne numery NIP i REGON, są niezależnymi uczestnikami obrotu gospodarczego. Każdy z nich jako przedsiębiorca prowadzi odrębną działalność gospodarczą we własnym imieniu, co oznacza, że każdy z nich prowadzi tę działalność na własny rachunek.

Odwołujący nie wykazał, aby jeden z ww. wykonawców wywierał decydujący wpływ na drugiego. Istniejące powiązania nie wskazują na pozycję dominującą żadnego z tych podmiotów uzasadniającą przejęcie kontroli nad drugim. Z odpisu z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej obu wykonawców nie wynika, aby jeden z nich był pełnomocnikiem drugiego, umocowanym do jego reprezentacji i działania w jego imieniu. Dodatkowo, ich zachowanie w toku postępowania nie wskazuje, aby dążyli do zmiany wyników postępowania, bądź podejmowali działania zmierzające do zakłócenia w nim konkurencji. Faktycznie złożyli dwie niezależne oferty, niemniej sama ta okoliczność nie prowadzi do wniosku, że p. M. A. i p. K. A. należą do tej samej grupy kapitałowej. Skoro nie należą do tej samej grupy kapitałowej, to w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, Zamawiający nie był zobowiązany do badania, czy przedłożyli dokumenty bądź informacje potwierdzające, że powiązania między nimi nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Odnosząc się do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, należy wskazać, że zastosowanie tej przesłanki ma związek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednak te dwie regulacje należy odnieść do dwóch różnych sytuacji. Przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy co do zasady postępowań jednoetapowych. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do postępowań wieloetapowych, w których zamawiający przewidział etap poprzedzający zaproszenie do złożenia ofert, np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Równocześnie Odwołujący nie skonkretyzował zarzutu w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp za niezasadny.

Izba stwierdziła, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie

zamówienia. Ww. przepis składa się z dwóch elementów, których łączne zaistnienie umożliwia dopiero zastosowanie przewidzianej w nim sankcji, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy. Pierwszym z nich jest wykazanie, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, drugim natomiast jest wykazanie, że powyższe mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby procedura wykazania powyższych okoliczności powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a zamawiającym. W przypadku jednak, gdy zamawiający nie poweźmie przekonania o podstawach do wykluczenia wykonawcy, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 534 ust. 1 nPzp, a także w art. 6 Kodeksu cywilnego. Odwołujący winien zatem dowieść przede wszystkim, że kwestionowana przez niego decyzja Zamawiającego, tj. zaniechanie wykluczenia wykonawcy jest nieprawidłowa. Ze swojej strony zaś Zamawiający winien dowodzić, że jest ona uzasadniona.

Tymczasem Odwołujący całą swoją argumentację w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oparł o zarzut zaniechania poinformowania Zamawiającego o istnieniu grupy kapitałowej. Zdaniem Odwołującego powyższe działanie było co najmniej niedbałe i dotyczyło kluczowej w sprawie okoliczności polegającej na wzajemnej zależności przedsiębiorców składających odrębne oferty. Na podstawie ww. twierdzeń Odwołującego nie można uznać, że mamy do czynienia z informacjami wprowadzającymi w błąd. Biorąc pod uwagę, iż w ocenie składu orzekającego p. M. A. i p. K. A. nie należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu UOKiK, to składając oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej nie wprowadzili Zamawiającego w błąd, skoro złożyli oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej, zgodnie z istniejącym stanem faktycznym. Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że wykonawcy ci celowo ukrywali fakt wzajemnych powiązań licząc na rozpatrzenie ich ofert oraz wybór tej, która była spośród nich korzystniejsza, w sytuacji gdy okoliczność, że p. M. A. i p. K. A. są spokrewnieni znana była Zamawiającemu, co sam przyznał, zarówno w piśmie procesowym, jak i podczas rozprawy.

W związku z powyższym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił także, że złożenie przez p. M. A. i p. K. A. odrębnych ofert stanowi czynny nieuczciwej konkurencji, co oznacza, że Zamawiający zaniechał odrzucenia

ofert ww. wykonawców, a tym samym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Odwołujący stał na stanowisku, iż odrębne ubieganie się o zamówienie przez syna i ojca nie jest dziełem zbiegu okoliczności, ale świadomego planu bazującego na tzw. zмовie przetargowej. Ustalenia obu wykonawców miały zabezpieczyć ich pozycje przetargowe na wypadek konieczności konkurowania z innymi przedsiębiorcami.

Stosownie do 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. Zgodnie z art. 3 ust. 1 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę generalną, co oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym należy wziąć również pod uwagę art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK, który stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Uregulowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK niedozwolone porozumienie określane jest mianem zмовy przetargowej.

Odnosząc powyższe do ustalonego stanu faktycznego, Izba doszła do przekonania, że w niniejszym postępowaniu złożenie przez p. M. A. i p. K. A. odrębnych ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż nie jest wynikiem zмовy przetargowej. Nie każde bowiem porozumienie między wykonawcami jest zakazane. Zabronione i niedopuszczalne przez prawo są jedynie takie porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji między wykonawcami. Zatem, niewystarczające jest wykazanie jakiegokolwiek porozumienia, musi to być porozumienie antykonkurencyjne, czyli takie, które prowadzi do zakłócenia konkurencji. Zakłócenie konkurencji oznacza sytuację, w której określony wykonawca, dzięki zawartemu z innym wykonawcą porozumieniu, może uzyskać zamówienie, chociaż jego oferta niekoniecznie jest ofertą najkorzystniejszą.

Fakt, iż ww. wykonawcy są powiązani rodzinnie, posługują się tym samym adresem poczty elektronicznej, mają taki sam adres prowadzenia działalności, a p. K. A. został wskazany przez p. M. A. jako osoba posiadająca uprawnienia do pracy ze środkami chemicznymi w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie oznacza automatycznie, że doszło do zawarcia między nimi niedozwolonego porozumienia, które miało na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

Izba dostrzega, że złożone przez p. M. A. oraz p. K. A. na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były w zasadzie identyczne i zawierały tożsame argumenty. Niemniej okoliczność ta nie potwierdza, że złożenie przez nich odrębnych ofert miało na celu zakłócenie konkurencji. Nie doszło bowiem do sytuacji, w której wykonawca wpłynął na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalonych warunków. Jak słusznie zauważył Zamawiający, składając podobne wyjaśnienia, wykonawcy musieli liczyć się z tym, że w przypadku ich uznania, Zamawiający i tak wybierze ofertę korzystniejszą, tj. p. M. A. (która z uwagi na jedyne kryterium oceny ofert w postaci ceny od początku była najkorzystniejsza), a w przypadku ich nie uznania odrzuceniu będą podlegać obie oferty, a w konsekwencji żaden z nich mógł nie uzyskać zamówienia. Gdyby wykonawcy chcieli wpłynąć na wynik postępowania, wystarczyłoby, że p. M. A. nie złożyłby wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji doszłoby do wyboru oferty mniej korzystnej, a złożonej przez p. K. A. .

Ponadto, rację należy przyznać Zamawiającemu, że brak wyrażenia zgody p. K. A. na przedłużenie terminu związania ofertą, skutkujące konieczności odrzucenia jego oferty, nie świadczy o niedozwolonym porozumieniu między nim a p. M. A. . P. K. A. nie miał obowiązku przedłużać terminu związania ofertą, a jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą (uplasowała się na drugiej pozycji). Gdyby doszło do odwrotnej sytuacji, tzn. p. M. A. nie wyraziłby zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wówczas wybór padłby na ofertę droższą, złożoną przez p. K. A. i mógłby wskazywać, że doszło do zawarcia między wykonawcami zмовы przetargowej, która ma na celu zakłócenie konkurencji poprzez wybór oferty mniej korzystnej.

Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania, zgodnie z art. 6 kc oraz art. 534 ust. 1 nPzp, nie uprawdopodobnił, że celem lub skutkiem porozumienia między wykonawcami było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji.

Zatem, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadny.

Reasumując, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy §9 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).

Przewodniczący:

.....

.....