

WYROK

z dnia 13 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **12 lipca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **28 czerwca 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie usługi kontroli na miejscu w ramach płatności bezpośrednich metodą FOTO i inspekcją terenową (IT) na terenie 16 województw* (nr postępowania ZOU-XII.271.10.2018.KW)

prowadzonym przez zamawiającego: **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **GEOGIS P.B., Suwałki** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Wykonanie usługi kontroli na miejscu w ramach płatności bezpośrednich metodą FOTO i inspekcją terenową (IT) na terenie 16 województw* (nr postępowania ZOU-XII.271.10.2018.KW) .

Ogłoszenie o tym zamówieniu 15 lutego 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_016 pod poz. 032705.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

20 czerwca 2018 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie {dalej również: „OPGK Rzeszów”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w poszczególnych częściach zamówienia, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w częściach IIIC- FOTO i XI-IT,

28 czerwca 2018 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano inaczej) {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 6 Kodeksu cywilnego – przez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy prawidłowo ocenione okoliczności faktyczne sprawy nie dają żadnych podstaw do przyjęcia, że Odwołujący wraz z innymi wykonawcami zawarł porozumienie, które miało na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ponadto Zamawiający – pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu – nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności sformułowanych przez siebie twierdzeń.
2. Art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 419 ze zm.) – przez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że działanie Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy Zamawiający nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności

swoich twierdzeń.

3. Art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 798 ze zm.) – przez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący uczestniczył w uzgadnianiu warunków składanych ofert, czy też uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu antykonkurencyjnym w rozumieniu powyższego przepisu, podczas gdy Zamawiający nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności swoich twierdzeń.
4. Art. 92 ust. 1 pkt 2 – przez jego niewłaściwe zastosowanie przez Zamawiającego oraz sporządzenie niepełnego i ogólnikowego uzasadnienia czynności w odniesieniu do wykluczenia Odwołującego.
5. Art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w częściach zamówienia: IIIC-FOTO, XI-IT.
6. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 – przez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób godzący w zasadę poszanowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i niewezwanie Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego w częściach zamówienia: IIIC-FOTO, XI-IT.
2. Unieważnienie czynności badania i oceny ofert.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

Dla uzasadnienia wykluczenia OPGK Rzeszów Zamawiający powołał się na otrzymane od wykonawcy JAKETRON J.F. {dalej w uzasadnieniu również: „Jaketron” lub „J.F.”} pismo z 8 maja 2018 r. o podejrzeniu dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przez część wykonawców, do którego załączono kopię e-maila pochodzącego od M.T.

Według Zamawiającego z treści tego e-maila wynika opis daleko idącej współpracy pomiędzy szeregiem podmiotów uczestniczących w postępowaniu, w szczególności, że:

- 1) podmioty wchodzące w skład tzw. „Ekipy” dokonywały ustaleń co do tego, które z nich mają składać oferty, w których częściach postępowania,
- 2) poszczególni członkowie Ekipy mają w tym zakresie przydzielone zadania,

- 3) podmioty wchodzące w skład Ekipy nie konkurowały ze sobą, co miałyby miejsce w przypadku, gdyby porozumienie nie zostało zawarte,
- 4) najprawdopodobniej Ekipa ma wspólny budżet, który zasilany jest z bardziej opłacalnych części zamówienia, a z którego są dofinansowywane podmioty z Ekipy, którym przypadły części mniej opłacalne,
- 5) wskazuje się cel współpracy, którym jest usunięcie konkurencji z rynku właściwego,
- 6) mowa jest o „optymalizacji”, tam gdzie są duże różnice cenowe w złożonych ofertach, co może wskazywać na działanie polegające na wycofywaniu ofert tańszych w tym celu, aby Zamawiający zawarł umowy z oferentami droższymi,
- 7) opisano także zamiar „sprytnego przesunięcia zasobów do zaufanej firmy z Warszawy, spełniającej dużo wymagań”, co zdaje się mieć związek z dalszym wyjaśnieniem, iż „warto mieć część zasobów w dodatkowej dyspozycji” w związku z prawdopodobnym udzieleniem przez Zamawiającego lipcu zamówień z wolnej ręki.

Po otrzymaniu powyższego zawiadomienia od Jaketronu Zamawiający wezwał tego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień m.in. w zakresie:

- 1) udzielenia informacji, do jakich osób został skierowany e-mail M.T.,
- 2) wskazania, z którym z wykonawców występujących w postępowaniu powiązane są poszczególne osoby,
- 3) przekazania drogą elektroniczną oryginalnego e-maila w celu zweryfikowania jego autentyczności,
- 4) przekazania informacji o dacie otrzymania przez Jaketron ww. e-maila i sposobu jego otrzymania,
- 5) przekazania protokołu z otwarcia wiadomości e-mail,
- 6) wskazania działań i czynności podjętych przez Jaketron w celu potwierdzenia wiarygodności treści e-maila,
- 7) przekazania wszelkich dodatkowych informacji, dowodów, dokumentów związanych ze sprawą, mogących potwierdzać zasadność sformułowanych przez Jaketron twierdzeń co do zawarcia porozumienia naruszającego konkurencję, a szczególnie potwierdzających autentyczność treści oraz autorstwa e-maila oraz pozwalających na identyfikację podmiotów pozostających w ewentualnej zмовie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Jaketron poinformował Zamawiającego, że wiedzę o nieuczciwych działaniach M.T. i D.D. oparł na informacjach od nieokreślonych niezadowolonych współpracowników firmy MAPPROJEKT M.T. {dalej w uzasadnieniu również: „Maprojekt” lub „M.T.”}. Ponadto J.F. wyraził przekonanie co do autentyczności treści i pochodzenia wiadomości e-mail od M.T. oraz wyjaśnił, że nie posiada wiedzy, do jakich podmiotów została skierowana wiadomość e-mail, oraz że nie został sporządzony

protokół z otwarcia wiadomości e-mail.

Odwołujący wyjaśnił, że zwrócił się do Zmawiającego o udostępnienie mu wszelkich dokumentów stanowiących podstawę podjętej przez niego decyzji. W odpowiedzi Zamawiający przesłał w formie skanu wszystkie dokumenty, na których podstawie wykluczył z postępowania OPGK Rzeszów (pismo z 8.05.2018 r. wraz z załącznikiem w postaci e-maila, pismo Zamawiającego z 13.06.2018 r. i pismo z 15.06.2018 r.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że decyzja o jego wykluczeniu jest nieuzasadniona i krzywdząca, a ponadto przedwczesna, gdyż została podjęta bez rzetelnej i dokładnej weryfikacji okoliczności faktycznych sprawy.

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 20 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej {wg odwołania wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 7 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2691/14)}, zgodnie z którym *dla stwierdzenia zмовы przetargowej między wykonawcami konieczne jest stwierdzenie, że między uczestnikami rynku doszło do niedozwolonego porozumienia, którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji na rynku. Stwierdzenie zмовы przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Innymi słowy, stwierdzenie zмовы przetargowej, o ile odbywa się nie na podstawie wyraźnego i pozostającego poza jakimikolwiek wątpliwościami porozumienia, wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Oznacza to tyle, że nie jest właściwe ani dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców co do których takie wątpliwości występują. Wszelkie poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego, statycznych prawidłowości jako oczywisty w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami. Stąd nie jest*

wystarczające dla stwierdzenia zmowy między wykonawcami dostrzeżenie istnienia uzasadnionego podejrzenia, iż doszło do zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest wystarczające podejrzenie, ale konieczne jest ustalenie zaistnienia niedozwolonego porozumienia {zacytowano fragment odwołania prezentującego stanowisko Izby bez zaznaczenia, czy to cytat}. Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia konieczne jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) [wyroki Izby wydane: 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14), 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13), 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12) i 20 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 517/13)].

Odwołujący dodał, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem do zaistnienia porozumienia zakłócającego konkurencję konieczne są skoordynowane formy działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 kwietnia 2011 r. sygn. akt XVII AmA 44/09). Także w orzecznictwie unijnym wskazuje się na ten aspekt (wyrok sądu w sprawie T-7/89 SA Hercules Chemicals NV przeciwko Komisji, wyrok sądu w sprawie T-305/94 NV Limburgse Winyl Maatschappij przeciwko Komisji).

Odwołujący stanowczo zaprzeczył wszystkim powołanym przez Zamawiającego okolicznościom na uzasadnienie wykluczenia Odwołującego, tj. aby rzekomo:

- 1) dokonywał jakichkolwiek ustaleń z którymkolwiek oferentem, co do tego, jaki podmiot ma składać oferty w poszczególnych częściach zamówienia,
- 2) nie konkurował z innymi wykonawcami, czy też zawierał jakiegokolwiek i w jakiegokolwiek formie porozumienie ograniczające konkurencję,
- 3) istniał jakiegokolwiek wspólny budżet w związku z organizowanym przez Zamawiającego postępowaniem o udzielenie zamówienia,
- 4) ustalał jakiegokolwiek cel współpracy, którym byłoby usunięcie konkurencji z rynku właściwego,
- 5) podejmował jakiegokolwiek działania zmierzające do wycofywania innych ofert.

Odwołujący oświadczył, że nigdy nie otrzymał ww. wiadomości e-mail (nie był jej adresatem), a informację o jej treści powziął po raz pierwszy z zawiadomienia o wykluczeniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że nie zostało przez Zamawiającego ustalone, kto faktycznie wygenerował tę wiadomość, czy jest ona autentyczna i czy nie została ona celowo sporządzona przez nieznanego autora z zamiarem zaszkodzenia innym wykonawcom.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wykluczył go na podstawie niezweryfikowanej pod względem autentyczności (źródła pochodzenia, jej autora oraz adresatów, do których została przesłana) wiadomości elektronicznej, ograniczając się do prowadzenia ustaleń na podstawie niepotwierdzonych domysłów i przypuszczeń podmiotu uczestniczącego w tym samym przetargu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie oparł się na stosownych środkach dowodowych, które byłyby adekwatne do poczynionych przez niego ustaleń.

Odwołujący podniósł, że z pisma Zamawiającego z 13.06.2018 r. wynika, że sam ma istotne wątpliwości co do rzekomego istnienia porozumienia, jego założeń oraz podmiotów pozostających w ewentualnej zмовie, których nie rozstrzygnął w piśmie z 15.06.2018 r. Jakteron, bo nie potrafił odpowiedzieć na pytania Zamawiającego.

Według Odwołującego Zamawiający przeoczył fakt, że przekazane przez Jaketron informacje o rzekomym zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji odnosiły się wyłącznie do firm GEOCAD D.D. {dalej w uzasadnieniu również: „Geocad” lub „D.D.”} i Mapprojekt M.T. (autor pisma nie czynił zarzutu innym wykonawcom). Stąd Zamawiający rozciągając tezę o dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji na inne podmioty, nie dysponował w istocie żadnym dowodem.

Odwołujący zwrócił uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który:

- po pierwsze – nie wykluczył wszystkich wykonawców biorących udział w prowadzonym postępowaniu, których firmy zostały wymienione w treści wiadomości e-mail (np. Geokart Rzeszów sp. z o.o., OPGK Lublin sp. z o.o., Inter-Tim sp. z o.o.);
- po drugie – wykluczył OPGK Rzeszów tylko z dwóch części, choć Wykonawca składał oferty na cztery części (w IXA-FOTO została wybrana oferta IBRA sp. z o.o., a w XIII-IT przetarg unieważniono)

Powyższe świadczy zdaniem Odwołującego o wybiórczym i nierzetelnym zbadaniu okoliczności faktycznych sprawy przez Zamawiającego i nierównym potraktowaniu wykonawców. Zamawiający nie ustalił również kręgu podmiotów mających uczestniczyć w rzekomym niedozwolonym porozumieniu.

W tych okolicznościach według Odwołującego brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych fakt istnienia porozumienia, antykonkurencyjny charakter porozumienia czy podmioty, które rzekome porozumienia miały zawrzeć.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że podejmując decyzję o wykluczeniu zaniechał chociażby wezwania OPGK czy innych podmiotów do złożenia wyjaśnień.

Jednocześnie zwrócił uwagę, że Jakteron został w przeszłości wyeliminowany przez Zamawiającego w związku z czynem nieuczciwej konkurencji (w postępowaniu pn. *Realizacja kontroli na miejscu metodą FOTO na terenie 16 województw*, nr referencyjny

DZID-2610-43/2015 oferta tego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w obu częściach zamówienia), co winno obligować Zamawiającego do szczególnej staranności przy ocenie pochodzących od tego podmiotu informacji, a w szczególności do ich zweryfikowania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest wystarczające wykazanie za pomocą stosownych środków dowodowych istnienia porozumienia, ale dodatkowo wykazanie, że dany wykonawca był uczestnikiem takiego porozumienia oraz że miało ono na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami.

Zdaniem Odwołującego z uzasadnienia wykluczenia nie wynika, aby Zamawiający wykazał, że w rzekomym porozumieniu w jakikolwiek sposób uczestniczył Odwołujący. Zamawiający w treści swojego uzasadnienia ogólnikowo wskazuje przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jednakże ani w jednym zdaniu nie powołał argumentacji, która pozwalałaby powiązać Odwołującego z rzekomym niedozwolonym porozumieniem, oraz nie wskazał, w oparciu o jakie fakty i dowody upatruje uczestnictwo właśnie Odwołującego w takim porozumieniu.

Art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp wymaga stanowczego stwierdzenia zawarcia przez danego wykonawcę porozumienia i wykazania tego przez zamawiającego stosownymi dowodami, a nie jedynie przypuszczenia czy domysłu. Gdyby intencją ustawodawcy było, aby wystarczające było uprawdopodobnienie zaistnienia porozumienia i uprawdopodobnienie udziału wykonawcy w tym porozumieniu, niewątpliwie zrezygnowałby z wymogu posiadania przez zamawiających stosownych dowodów. Racjonalny ustawodawca wprowadzeniem regulacji o treści wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp wprowadził ochronę uczestników postępowań o udzielenie zamówień publicznych przed samowolnymi decyzjami zamawiających czy też decyzjami opartymi na przypuszczeniach, pochodzących w szczególności od konkurentów w tych postępowaniach. Istotna i pomocna jest w tym zakresie reguła, jaka wynika z art. 243 Kodeksu postępowania cywilnego, który przewiduje, że zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne, ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu. Zasadą zatem jest konieczność wykazania zarzucanego działania. Gdyby wystarczające było uprawdopodobnienie danego faktu, znalazłoby to odzwierciedlenie w treści regulacji ustawowej. W przypadku czynów nieuczciwej konkurencji znajdzie zastosowanie zasada wyrażona w art. 6 k.c., tj. ciężar udowodnienia, że czyn miał miejsce spoczywa na podmiocie, który zarzuca jego popełnienie jako wywodzącym z tego faktu skutki prawne (W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Warszawa 2012, s. 285-287).

Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia koniecznym jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) [wyroki Izby wydane: 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14), 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13), 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12) i 20 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 517/13)].

W złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie (datowanej na 12 lipca 2018 r.) Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz odniósł się polemicznie do argumentacji odwołania.

Zamawiający zacytował za uzasadnieniem wyroku Izby 10 czerwca 2016 r. (sygn. akt: KIO 858/16, KIO 871/16, KIO 872/16, KIO 873/16, KIO 874/16, KIO 876/16): *Zdaniem Izby należy jednoznacznie stwierdzić, że przetarg o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozorność w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji.* Ponadto za wyrokiem Izby z 20 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1353/18) stwierdził, że *zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu oraz podejmowanie przez nich działania w toku procedury o zamówienie, które prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji. wpływa negatywnie na uczciwą konkurencję albo stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.*

Zamawiający powołał się na to, że udowodnienie zaistnienia zmowy przetargowej zasadniczo opiera się na dowodach pośrednich (tzw. poszlakach), które wskazują na większe lub mniejsze prawdopodobieństwo antykonkurencyjnego porozumienia. Z uwagi na tajność takich porozumień praktycznie niemożliwe jest oparcie się w tym zakresie na dowodach bezpośrednich (por. wyrok Sądu Najwyższego o sygn. akt III SK 6/06). Oczywistym jest także, że z uwagi na charakter tego rodzaju działania, a także konsekwencje, jakie się z nim wiążą, niespotykaną będzie sytuacja, że uczestnicy tego rodzaju porozumienia dadzą temu formalny wyraz, który pozwoli uchwycić porozumienie. Przeciwnie, tego rodzaju porozumienie jest zazwyczaj starannie ukrywane i zaprzeczane przez zainteresowane podmioty. W konsekwencji stwierdzenie zmowy przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie

miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie (por. także wyrok Izby z 7 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2691/14).

Za istotne dla sprawy uznał także Zamawiający rozważania prawne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 26 października 2015 r. (sygn. akt: KIO 2193/15, KIO 2194/15), w szczególności z uwagi na fakt odniesienia się w jego uzasadnieniu także do prawodawstwa unijnego, którego implementację do krajowego porządku prawnego stanowi regulacja ustawy, a także do poglądów sądownictwa europejskiego i krajowego. *W pierwszej zatem kolejności podkreślić należy, że krajowe jak i unijne regulacje dotyczące zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wynikające odpowiednio, z art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 UOKiK, wyznaczają zbliżony zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję, stanowiąc, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie, zapobieżenie, zakłócenie, wyeliminowanie lub naruszenie „w inny sposób” konkurencji na rynku właściwym. Kluczowym więc elementem oceny danego zachowania przedsiębiorców na rynku jest ustalenie czy dane zachowanie może być uznane za „porozumienie” oraz czy ma antykonkurencyjny „cel lub skutek”. Jeśli chodzi o pierwszy wskazany element tj. „porozumienie”, w doktrynie wskazuje się, iż jest to możliwość przypisania przedsiębiorcom będącym stronami tego porozumienia minimum wzajemnej kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej. Wskazane w doktrynie szerokie rozumienie „porozumień”, powoduje, iż objęte są jego zakresem również niesformalizowane uzgodnienia przedsiębiorców, a więc również takie których antykonkurencyjny „cel” lub „skutek” nie wynika z umów, uchwał czy też innych pisemnych uzgodnień (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 listopada 2005 r. XVII Ama 26/04). Co do drugiego z elementów tj. „antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia”, to wskazać należy, że wymienione przesłanki mają charakter alternatywny. Cel danego zachowania należy określić poprzez obiektywnie ustalony cel samego porozumienia, przy czym ustalenie to powinno nastąpić z uwzględnieniem gospodarczego kontekstu, w jakim zawarte zostało (jest wykonywane) dane porozumienie. Cel porozumienia należy więc badać w oparciu o kryteria obiektywne i w okolicznościach konkretnej sprawy (tak m.in. K. Kohutek Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Wydanie II). Podkreślić należy również, że dla objęcia danego porozumienia zakazem z art. 6 UOKiK nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części). Stosowanie tego przepisu nie jest bowiem zależne od faktu, czy porozumienie zostało tylko zawarte przez przedsiębiorców (ich związki), czy też strony rzeczywiście zrealizowały (lub realizują) je w praktyce. (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 marca 2003 r. XVII Ama 40/02). Dalej wskazać należy, że z art. 6 ust. 1 UOKiK wynika, że zakazem objęte są także porozumienia, których celem*

nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Bez znaczenia jest brak występowania po stronie przedsiębiorców (subiektywnego) zamiaru ograniczenia konkurencji (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2006 r. XVII Ama 9/05). Oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia. Okoliczność, iż naruszenie przepisów ustawy nastąpiło w sposób niezamierzony przez przedsiębiorców, którzy nie mieli intencji wywoływania skutków antykonkurencyjnych, nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania. Ustawodawca w art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK wskazał, iż jedną z form niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych jest porozumienie przetargowe, wskazując, iż są to uzgodnienia zawierane przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu co do warunków składanych ofert {zacytowano fragment odpowiedzi na odwołanie prezentującej stanowisko Izby bez zaznaczenia, czy to cytata}.

Zamawiający podkreślił, że poza „całokształtem zastanawiających zdarzeń”, które być może „mogą być z takim samym prawdopodobieństwem spowodowane splotem przypadkowych okoliczności, jak i zawarcia między zainteresowanymi podmiotami niedozwolonego porozumienia” (jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby z 7 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2691/18), zaistniały dodatkowe okoliczności i są dostępne dowody pozwalające na stwierdzenie zмовы.

Zdaniem Zamawiającego nie ma znaczenia, że Jaketron samodzielnie nie formułował zarzutów dotyczących OPGK Rzeszów, gdyż jako prowadzący postępowanie zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców nie tylko był uprawniony, ale i obowiązany do dokonania samodzielnej oceny przedstawionych przez tego wykonawcę okoliczności i dowodów. Analiza treści załączonego e-maila doprowadziła Zamawiającego do wniosku, że co do pozostałych wykonawców wymienionych w nim z nazwy brak podstaw do dopatrywania się ich udziału w zмовы.

W ocenie Zamawiającego w innym kontekście wymieniany i opisywany jest w treści maila Odwołujący. W odniesieniu do województwa pomorskiego „OPGK Rzeszów miał zadanie wygrać i najlepiej z lepszą ceną, żeby na tym województwie był budżet na dodatki za trudniejszy teren”. Czyli zmawiający się uzgodnili między sobą, kto z nich będzie ofertował w tej części (OPGK Rzeszów), a w razie uzyskania zamówienia w tej części za korzystną cenę z wynagrodzenia za nią dofinansować pozostałych uczestników zмовы, którym przypadły mniej atrakcyjne części zamówienia. Podobnie we fragmencie dotyczącym województwa świętokrzyskiego autor maila stwierdza: „(...) To jednak na to województwo się nie zdecydowałem (...)”. Co wskazuje na okoliczności rezygnacji OPKG części XIII-IT (woj. świętokrzyskie) z dalszego uczestnictwa w przetargu dzięki nieprzedłużeniu terminu

związania ofertą i potwierdza, że już 28 marca 2018 r. decyzja o tym była podjęta.

Dla Zamawiającego znamienne jest, że Odwołujący nie podejmuje nawet próby wskazania jakiegokolwiek alternatywnej przyczyny takiego właśnie swojego postępowania, a zamiast tego ogranicza się do negowania autentyczności maila i bycia uczestnikiem porozumienia. Stąd jedynym logicznym wyjaśnieniem co do okoliczności towarzyszących dokonywaniu powyższych czynności w postępowaniu przez Odwołującego pozostaje to opisane w kontestowanym emailu. W opinii Zamawiającego argumentacja odwołania potwierdza zasadność zaniechania przez niego wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, gdyż wpisuje się we wskazywaną w orzecznictwie i doktrynie oczywistość zaprzeczania przez zamawiających się istnieniu porozumienia.

Według Zamawiającego brak wskazania adresatów wiadomości wynikać może z wielu okoliczności, choćby z użycia przez nadawcę odpowiedniej opcji pozwalającej na ukrycie przed każdym z odbiorców pozostałych adresatów. Przede wszystkim istotna dla oceny tego dowodu winna być przede wszystkim jego treść, która dość dokładnie opisuje przyczyny i skutki zdarzeń, które faktycznie miały miejsce w postępowaniu. Zamawiający podkreślił, że sam Odwołujący nie wskazuje, aby w treści e-maila odnoszono się do wydarzeń, które nie miały miejsca w prowadzonym postępowaniu.

Podobnie zdaniem Zamawiającego kwestia otrzymania tej wiadomości przez Odwołującego nie ma przesądzającego znaczenia. Opisano tam bowiem porozumienie, wymieniono jego uczestników, cele i metody działania. Dla oceny wiarygodności tej wiadomości email zbędne jest dowiedzenie, czy był adresowany także do pozostałych zamawiających się, do jednego lub niektórych z nich czy też do żadnego.

Zamawiający skonstatował, że nie dysponuje kompetencjami właściwymi dla organów ścigania, nie może w szczególności dokonać np. zajęcia nośników, czy też monitorować poczty elektronicznej podmiotów trzecich. Stąd jak wszyscy zamawiający przy ocenie wiarygodności dowodów takich jak wiadomość elektroniczna musi oprzeć się na analizie całokształtu okoliczności, czy doprowadzają one łącznie do wniosku, przy uwzględnieniu wskazań doświadczenia życiowego, że dane zdarzenia nie miałyby miejsca, gdyby nie niedozwolone porozumienie. W tym przypadku Zamawiający doszedł do wniosku, że przekazany email opisuje rzeczywisty stan rzeczy, jest logicznie powiązany ze zdarzeniami, które faktycznie zaistniały w postępowaniu, co wraz z pozostałymi okolicznościami tworzy komplementarną całość.

Zamawiający podniósł, że ostatecznie o autentyczności rzeczono e-maila, zarówno co do treści, jak i autorstwa, przesądza oświadczenie złożone przez samego M.T. w piśmie z 29 czerwca 2018 r., które na zasadzie art. 191 ust. 2 pzp powinno być wzięte pod uwagę przez Izbę jako okoliczność istotna dla rozstrzygnięcia.

Zamawiający dodał, że wyjaśnienia M.T. sprowadzają się do twierdzenia, iż treść wysłanego przez niego e-maila jest wytworem jego własnej fantazji, co w świetle zasad doświadczenia życiowego, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru prowadzonej przez tę osobę działalności gospodarczej, należy uznać za całkowicie niewiarygodne. Nie sposób przyjąć, że profesjonalista sam rozsyła do szeregu pracowników i współpracowników („stałej kadry”) wiadomości zawierające jednoznaczny opis antykonkurencyjnego porozumienia, którego w rzeczywistości nigdy nie zawarł. Zamawiający podkreślił, że Mapprojekt systematycznie bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem doskonale zdającym sobie sprawę ze skutków ujawnienia takiego porozumienia nie tylko, ale przede wszystkim, na gruncie Prawa zamówień publicznych. Stąd jedyne logiczne wytłumaczenie dla samodzielnego wytwarzania dowodów potwierdzających istnienie zмовы i udział w niej różnych podmiotów, w tym własny, i rozsyłania ich, jest takie, że faktyczne doszło do zawarcia takiego porozumienia. Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, że w tym samym piśmie M.T. zarzuca Zamawiającemu, że sam doprowadził wykonawców do takich działań przez ustanowienie limitu części zamówienia, na które mogą składać oferty. W ten sposób potwierdza, że celem zamawiających się było w szczególności obejście tego postanowienia.

Dla Zamawiającego znamienne jest, że dwaj pozostali wykonawcy (tj. Mapprojekt M.T. oraz Geocad D.), których wykluczył za udział w tej samej zмовы, nie skorzystali ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający wyjaśnił, że nazwy wykonawców innych niż trzej wykluczeni pojawiają się w treści maila jedynie w kontekście rozważań co do złożenia tym podmiotom lub przez te podmioty propozycji podwykonawstwa, przy jednoczesnym braku informacji mogących wskazywać na to, iż działania te były elementem lub wynikały z zawartej wcześniej z tymi podmiotami zмовы.

Z kolei odnośnie wykluczenia Odwołującego z postępowania jedynie w dwóch spośród czterech części, na które złożył ofertę, Zamawiający wskazał, że odnośnie części XIII-IT w odwołaniu przemilczano powód unieważnienia przetargu, którą było brak wyrażenia przez obydwu wykonawców, w tym Odwołującego, zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Co więcej w dacie unieważnienia postępowania w tym zakresie (4 czerwca 2018 r.) Zamawiający nie posiadał jeszcze informacji przekazanych przez Jaketron (8 czerwca 2018 r.). Brak wykluczenia w części IXA-FOTO Zamawiający wytłumaczył brakiem wpływu tej czynności na wynik postępowania w tej części i kierowaniem się ekonomią postępowania.

Zamawiający podniósł, że na powiązania Odwołującego z Mapprojekt i Geocad wskazują również inne okoliczności.

Po pierwsze, Zamawiający zwrócił uwagę, że Urząd Ochrony Konkurencji

i Konsumentów w Broszurze pt. „Zmowy przetargowe” (wyd. 3 zaktualizowane, Warszawa 2017) w pkt 5.3. – jak wykryć znowę przetargową, wskazuje m.in. na „stawienie się na otwarciu ofert tylko jednego z wykonawców, który następnie informuje pozostałych o przebiegu czynności”. Zamawiający podał, że na otwarciu ofert 27 marca 2018 r. według podpisanej listy obecności wykonawców stawiał się jedynie M.T., a przesłany przez niego następnie mail zawiera informacje o przebiegu tej czynności.

Po drugie, żaden z tych trzech wykonawców nie składał ofert w tych samych częściach, wykonawcy nie konkurowali zatem pomiędzy sobą, co wskazuje na podział rynku pod względem geograficznym.

Po trzecie, w postępowaniach dotyczących tożsamego przedmiotu zamówienia w latach poprzednich (2016-2017) w każdej z umów zawartych przez OPGK Rzeszów (2 umowy w 2017, 1 umowa w 2016) podwykonawcą był Maprojekt M.T.

Po czwarte, jak wynika z powszechnie dostępnych informacji M.T. jest byłym pracownikiem OPGK Rzeszów.

Zamawiający podsumował, że już w poprzednich latach obserwował podobne działania tych samych wykonawców. Brakowało jednak dodatkowego dowodu, pozwalającego na przesądzenie, że przyczyną takiego stanu rzeczy jest niekonkurencyjne porozumienie. Wyjątkowość obecnej sytuacji polega na tym, że choć nie udało się pozyskać dowodu w postaci umowy znowy, to pozyskany email jest autentycznym wyrazem wiedzy jednego ze znowających się na temat zarówno samego faktu dokonania znowy, jak i jej warunków (podziału zadań i celu). Stąd wbrew stanowisku Odwołującego na istnienie tej znowy istnieje niezwykle rzadko spotykany dowód, którego autentyczność została dodatkowo potwierdzona przez jego wytwórcę. Analizowany wraz z pozostałymi okolicznościami towarzyszącymi przebiegowi postępowania pozwala na stwierdzenie, że całokształt okoliczności sprawy prowadzi do racjonalnego i logicznego wniosku, że doszło do zawarcia znowy przetargowej.

Zamawiający poinformował Izbę, że 28 czerwca 2018 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

2 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez GEOGIS P.B. z Suwałk przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania tego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, a w piśmie z 6 lipca 2018 r. przedstawił argumentację zbieżną ze stanowiskiem Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron (w tym Przystępującego), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie go z postępowania w dwóch częściach zamówienia uniemożliwia mu uzyskanie w tym zakresie zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Zrelacjonowane powyżej za odpowiedzią na odwołanie okoliczności faktyczne odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy.

Za udowodnione należy uznać, że:

- M.T., aktualnie prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Mapprojekt M.T., jest byłym pracownikiem OPGK Rzeszów {okoliczność bezsporna};
- w kolejnych trzech latach (2016-2018) w postępowaniach dotyczących analogicznego

przedmiotu zamówienia OPGK Rzeszów i Mapprojekt zawsze składali oferty na inne części zamówienia, dodatkowo w aktualnie prowadzonym postępowaniu dotyczy to również Gecocadu D.D. {protokół z otwarcia ofert 16 marca 2016 r., informacje z otwarć ofert 27 marca 2017 r. i 27 marca 2018 r. – złożone na rozprawie lub znajdujące się w dokumentacji aktualnie prowadzonego postępowania};

- w kolejnych trzech latach (2016-2018) w postępowaniach dotyczących analogicznego przedmiotu zamówienia na publicznym otwarciu ofert obecny był M.T., a nie było nikogo z ramienia OPGK Rzeszów, dodatkowo w aktualnie prowadzonym postępowaniu na otwarciu nie stawił się też D.D. {listy obecności wykonawców na otwarciach ofert 16 marca 2016 r., 27 marca 2017 r. i 27 marca 2018 r. – złożone na rozprawie przez Zamawiającego lub znajdujące się w dokumentacji aktualnie prowadzonego postępowania};

- podwykonawcą zawartych w poprzednich latach (2016-2017) umów na analogiczny przedmiot zamówienia z OPGK Rzeszów (umowa z 2017 r. dotycząca woj. podlaskiego, umowy z 2017 i 2016 r. dot. woj. lubelskiego) był Mapprojekt M.T., który oprócz tego był bezpośrednim wykonawcą 1 umowy w 2016 r. i 4 umów w 2017 r. {wyciągi z umów i zestawienie złożone na rozprawie przez Zamawiającego}.

Ponadto w treści kluczowego maila z 28 marca 2018 r. M.T. wspomina, że tego dnia „były rozszady, uzgodnienia, potwierdzanie” i dlatego dopiero teraz podaje informację „ad. przetargu i perspektyw”, w szczególności, że:

- przed przetargiem zadbał o utrzymanie tego, co zostało osiągnięte w latach poprzednich oraz poszukał nowych perspektyw, m.in., że umowy przedwstępne kontynuacji współpracy przedłużyły: OPGK Rzeszów S.A., Geokart Rzeszów sp. z o.o., OPGK Lublin sp. z o.o., Inter-TIM/EcoGIS Warszawa sp. z o.o., co podsumował: „Czyli mamy wszystkie najważniejsze firmy po naszej stronie, co jest gwarantem pracy na dłuższe lata”;

- D.D., jak to określił, „z naszej ekipy”, który aktywnie udziela się w sprawach formalnych, zaproponował, żeby „wspart nas swoją firmą na większą skalę, tj. już na etapie przetargu i realizacji”, gdyż w ten sposób najłatwiej będzie sprostać nowemu limitowi, o którym mowa w rozdziale I pkt 6 {czyli ograniczeniu do 4 części zamówienia, które może wykonywać jeden podmiot, niezależnie od tego, czy występuje jako samodzielny lub działający w konsorcjum wykonawca czy jako podwykonawca}; „D.D. miał za zadanie odzyskać dla nas woj. łódzkie i to też się udało”;

- „natomiast duże podmioty, wykonały dla nas pozostałe zadania – z różnym skutkiem” – w tym kontekście m.in. w odniesieniu do woj. pomorskiego stwierdził, że „(...) OPGK Rzeszów miał za zadanie wygrać i najlepiej z lepszą ceną, żeby na tym województwie był budżet na dodatki za trudniejszy teren”, a ponadto, że „zagospodarować będzie trzeba też IT na świętokrzyskim, które przez przypadek wygrał OPGK Rzeszów S.A., bo nie za bardzo

wiedzieli gdzie strzelać”;

- „Reasumując: Sezon 2018 – na pewno więcej obiektów i więcej gospodarstw. Na pewno też większy budżet dający realne możliwości do powiększenia stawek i dodatków (...), widać, że nastąpiło ogólne odbicie. Część konkurencji została wykoszona. (...) Ponadto nasza cierpliwie wypracowana pozycja, daje dobre i pewne perspektywy na dłuższe lata. Agencja sobie nie radzi, co roku zwiększa Wykonawcom ilości gospodarstw. Zatem trzeba to wszystko wykorzystać”.

W postępowaniu OPGK Rzeszów w części XIII-IT (woj. świętokrzyskie) zrezygnowała z dalszego uczestnictwa w przetargu dzięki nieprzedłużeniu terminu związania ofertą, co koresponduje z zawartą w powyższym mailu oceną M.T., {który był wykonawcą tego zadania w 2017 r.} że ze wspomnianych tam szczegółowo powodów, nie należy się na to zadanie decydować, choć dzięki wykonaniu zamówienia na tym terenie w 2017 r. „zdobyliśmy (...) szacunek w całej ARiMR”.

W piśmie z 29 czerwca 2018 r. przesłanym do Zamawiającego M.T. wprost potwierdza, że jest autorem powyższego maila, a także potwierdza jego treść {od której próbuje się jedynie zdystansować} oraz fakt, że został on przesłany do wielu odbiorców, w tym jego pracowników. Koresponduje to z zawartą w piśmie Jaketronu z 15 czerwca 2018 r. wyjaśnieniem J.F., że swoją wiedzę opiera na informacjach od niezadowolonych współpracowników Mapprojektu, z których jedna z osób przesłała mu ten mail.

Izba podziela ocenę Zamawiającego, że wyjaśnienia M.T. odnośnie maila z 28 marca 2018 r. są niespójne, nielogiczne i nieprzekonujące, a doświadczenie życiowe wskazuje, że stanowią jedynie nieudolną próbę ratowania sytuacji po tym, jak na skutek ujawnienia informacji w nim zawartych Mapprojekt, Geocad i OPGK Rzeszów zostały wykluczone z postępowania.

Ponadto w toku rozprawy Odwołujący nie przedstawił żadnych przeciwdowodów, choć zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp spoczywał na nim ciężar na odparcie popartych dowodami twierdzeń Zamawiającego. Odwołujący nie był w stanie w przekonujący sposób podnieść jakichkolwiek istotnych nowych argumentów po tym, jak jego linia obrony z odwołania – oparta na kwestionowaniu autentyczności maila, który rzeczywiście miał kluczowe znaczenie w sprawie – okazała się nieaktualna. Znaczące jest również, że pomimo obszerności odwołania przemilczano kwestię dotychczasowej współpracy pomiędzy OPGK Rzeszów a M.T., zamiast tego skupiając się na generalnych rozważaniach natury prawnej w oderwaniu od tych konkretnych uwarunkowań, które niewątpliwie są elementem całokształtu okoliczności istotnych dla tej sprawy.

W zawiadomieniu z 20 czerwca 2018 r. Zamawiający zawarł wystarczające uzasadnienie faktyczne, w szczególności na podstawie jakich okoliczności i dowodów

stwierdził zawarcie przez wykluczanych wykonawców porozumienia antykonkurencyjnego, a także zidentyfikował na czym ono polegało.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezpodstawny okazał się zarzut, że Zamawiający nie miał podstaw, aby wykluczyć OPGK Rzeszów na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp, gdyż w ustalonych powyżej okolicznościach faktycznych Zamawiający był w stanie wykazać za pomocą stosowanych dowodów, że Odwołujący jest uczestnikiem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Przepis ten stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej również: „dyrektywa 2014/24/UE” lub „dyrektywa klasyczna”), zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji. W obecnym stanie prawnym do katalogu przesłanek wykluczenia została wprowadzona sytuacja, która uprzednio podpadała pod zakres zastosowania przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy czym zarówno według orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki wydane: 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12), 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14) i 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13)), jak i doktryny (zob. D. Szczepański, *Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, komentarz praktyczny*, Wydawnictwo ABC) należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z kolei art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) stanowi, że 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. Wobec tego należy brać pod uwagę również art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), według którego 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 pracy i ceny. Przy czym art. 6 ust. 1 uokik nie zawiera zamkniętego katalogu zakazanych porozumień ograniczających konkurencję, a zatem wyszczególnienie w kolejnych pkt, na czym może polegać zakazane antykonkurencyjne porozumienie, nie ma charakteru katalogu zamkniętego.

W doktrynie i orzecznictwie dotyczącym ochrony konkurencji porozumienie stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik określane jest w skrócie jako tzw. zmowa przetargowa. Zmowa taka może mieć w szczególności charakter porozumienia horyzontalnego (poziomego) tj. zawieranego pomiędzy przedsiębiorcami, którzy w normalnych warunkach konkurują ze sobą. Przy czym w doktrynie wskazuje się, że przejawem takiego niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego (zmowy przetargowej) mogą być: 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek niezuzpełnienia dokumentów, wadium itp.); 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór {zob. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Lex 2012; K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s.

286; D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004; E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002}.

W przypadku zmowy przetargowej, która stanowi jedno z najcięższych naruszeń prawa konkurencji, nie wymaga się, aby porozumienie było wykonane albo odniosło jakiś skutek. Wystarczający jest sam zamiar wpłynięcia przez przedsiębiorców na wynik lub przebieg postępowania. Z tego względu na mocy art. 7 ust. 3 uokik zмова przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu zakazu w trybie art. 7 ust. 1 uokik {zob. K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 286; E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 86}

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem nie ma żadnego znaczenia forma porozumienia, które może być pisemne, ustne, a nawet dorozumiane. Wystarczające jest, aby zaistniały skoordynowane formy działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji {wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 kwietnia 2011 r. (sygn. akt XVII AmA 44/09)}. Także w orzecznictwie unijnym wskazuje się na ten aspekt {wyrok sądu w sprawie T-7/89 SA *Hercules Chemicals NV p-ko Komisji*, wyrok sądu w sprawie T-305/94 *NV Limburgse Wijnl Maatschappij p-ko Komisji*}.

Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) {wyroki Izby wydane: 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14), 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13), 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12) i 20 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 517/13)}. Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06) wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 kpc.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczalne w orzecznictwie.

Powyższe rozważania, przywoływane również w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, należy uznać za mające znaczenie również przy stosowaniu art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp, który w istocie stanowi stypizowanie w ramach przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia horyzontalnej zmowy przetargowej z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, bez odwoływania się do rynku właściwego. W szczególności „wykazanie za pomocą stosownych dowodów” nie oznacza, że zamawiający mają obowiązek uzyskania bezpośrednich dowodów zawarcia zmowy przetargowej przez wykonawców. Wprowadzenie bezpośrednio do przepisów dotyczących zamówień publicznych sankcji za uczestniczenie wykonawcy w horyzontalnej odmianie zmowy przetargowej wskazuje, że zwalczanie tego typu porozumień wykonawców ma kluczowe znaczenie dla zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. A interpretacja rozumienia „wykazania za pomocą stosownych dowodów” nie może abstrahować od tego, że krajowy przepis stanowi implementację przepisu dyrektywy klasycznej, w którym mowa o „stwierdzeniu na podstawie wiarygodnych przesłanek”, że doszło do takiej zmowy.

W ocenie Izby ustalone powyżej okoliczności pozwalają na wyprowadzenie jednoznacznego wniosku, że OPGK Rzeszów, tak jak dwaj pozostali wykluczeni wykonawcy (Maprojekt M.T. oraz Geocad D.D.) zmówili się w celu obejścia wprowadzonego w tegorocznym postępowaniu ograniczenia liczby części zamówienia, o których wykonanie można się ubiegać, niezależnie od tego, czy samodzielnie lub w konsorcjum lub jako podwykonawca. Porozumienie obejmowało również ustalenie, na które części zamówienia będą składali oferty poszczególni uczestnicy, aby nie musieli ze sobą konkurować. Wreszcie ustalono również, że w zależności oceny sytuacji po otwarciu ofert, nastąpi rezygnacja z dalszego ubiegania się o najmniej korzystne części zamówienia.

Zachodzące pomiędzy OPGK Rzeszów i M.T. powiązania (wpierw na linii pracodawca-pracownik, a potem pomiędzy samodzielnymi formalnie przedsiębiorcami), wieloletnia współpraca przy ubieganiu się i realizacji zamówień udzielanych przez ARiMR na analogiczny przedmiot zamówienia, choć same w sobie dopuszczalne i prawnie indyferentne, pozwalają na stwierdzenie, że treść e-maila ujawnia uczestnictwo tych wykonawców w zмовie przetargowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp. Ponadto takie postępowanie – nie tylko sprzeczne z dobrymi obyczajami, które nakazują wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia uczciwie konkurować pomiędzy sobą, ale wprost naruszające art. 6 ust. 1 uokik, a także interes Zamawiającego jako organizatora przetargu nieograniczonego, z założenia służącego wyłonieniu najkorzystniejszej oferty spośród uczciwie konkurujących ze sobą na równi wykonawców – oznacza, że złożenie przez tych wykonawców ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz.972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

.....