

WYROK
z dnia 10 listopada 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 6 listopada 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.10.2017 roku przez wykonawcę R.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Quattro R.B. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Olympia Med. Professional spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przystąpienie z w odpowiedzialnością
siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje
do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2213/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę R.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Quattro R.B. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę R.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Quattro R.B. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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:

Członkowie:

.....

2

UZASADNIENIE

Zamawiający - Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Dostawa części zamiennych do wagonów metra serii 81*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2017 roku pod numerem 217/S 034-062035.

23 października 2017 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- ☐ czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Olympia Med Professional Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Olympia”), pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a złożona przez niego oferta, odrzucona z uwagi na wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zмовie przetargowej wybranego wykonawcy z innym wykonawcą,
- ☐ zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Olympia pomimo, że wykonawca ten składając ofertę działał w zмовie z innym wykonawcą,
- ☐ zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Olympia pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- ☐ zaniechaniu czynności zawiadomienia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz powodach odrzucenia oferty w odniesieniu do Zadania numer 1.

Odwołujący czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów ustawy tj. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy, art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy oraz art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania I — dostawa części elektronicznych a także nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie Olympia w trybie art. 24 ust. 1 pkt 20 lub odrzucenie

3

oferty złożonej przez tego Wykonawcę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, a także ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych, złożonych przez nie wykluczonych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. W zakresie Zadania I Odwołujący złożył ofertę, która została przez Zamawiającego sklasyfikowana na drugiej pozycji za ofertą Olympia, wybraną jako najkorzystniejsza. W przypadku uznania słuszności stawianych zarzutów i w konsekwencji tego faktu, wykonania żądań odwołania, oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą. Aktualna decyzja Zamawiającego w sposób bezprawny pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazał, że może ponieść szkodę wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości ceny złożonej przez Odwołującego oferty, to jest w kwocie 676 445,88 zł.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty. Odwołujący wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2017 roku pod pozycją 2017 /S 034-062035. Tego samego dnia ukazała się na stronie internetowej Zamawiającego, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Zgodnie z pierwotną treścią ogłoszenia i (SIWZ), termin do złożenia ofert wyznaczono na dzień 28 marca 2017 roku. (dowód: ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ w dokumentacji postępowania). W wyniku zadawanych pytań oraz odpowiedzi na nie, Zamawiający w dniu 20 marca 2017 roku wyznaczył nowy termin do złożenia ofert na dzień 12 kwietnia 2017 roku. W tym dniu zainteresowani wykonawcy złożyli oferty. W zakresie zadania numer 1 oferty złożyli następujący wykonawcy: Bas Consultancy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na kwotę 601 420,80 zł, Olympia na kwotę 651 518,70 zł, Quattro R.B. na kwotę 676445,88 zł, Energomasimex Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na kwotę 741 124,20 zł. Wszyscy wykonawcy zaoferowali termin rękojmi wynoszący 30 miesięcy. O końcowej klasyfikacji zdecydować zatem miała cena (dowód: informacja z otwarcia ofert w dokumentacji postępowania). W ustawowym terminie, wszyscy wykonawcy złożyli oświadczenia, że nie znajdują się w

grupie kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184,1618 i 1634) (dowód: oświadczenia wykonawców w dokumentacji postępowania).

4

W wyniku dokonanego wglądu do ofert, za pismem z dnia 21 kwietnia 2017 roku (wpływ do Zamawiającego 24 kwietnia 2017 r), Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo zawiadamiające, że Spółki Bas Consultancy (dalej: Bas) oraz Olympia w treści JEDZ złożyły nieprawdziwe informacje odnoszące się do braku konfliktu interesów wynikającego z udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał na fakt, że z dokumentów dotyczących Spółek Bas oraz Olympia dostępnych w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika, że w dniu złożenia ofert udziałowcem obydwóch tych spółek był Pan Z. J. R. (100% udziałów w Bas oraz 66% udziałów w Olympia). Odwołujący wskazał na możliwość złożenia nieprawdziwych informacji mających na celu zawarcie niekonkurencyjnego porozumienia. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 26 czerwca 2014 roku Sygn. akt KIO 1028/14 oraz KIO 1029/14 Odwołujący wywiódł, że konsekwencją tego faktu powinno być odrzucenie ofert obydwóch wykonawców (Bas i Olympia) w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy. Do pisma Odwołujący załączył dowody, na których oparł swoje zarzuty (dowód: Pismo Odwołującego z dnia 21 kwietnia 2017 roku wpływ do Zamawiającego w dniu 24 kwietnia 2017 roku) wraz z załącznikami w dokumentacji postępowania).

Zamawiający wezwał wykonawców Bas i Olympia do złożenia wyjaśnień. Z ich treści wynikało że udziały Pana R.a w Spółce Bas zostały zbyte przed dniem złożenia ofert. W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę na możliwość poza proceduralnego pozyskania informacji przez Bas W piśmie z 5 maja 2017 roku Pan P. pisze bowiem, że składa wyjaśnienie „W związku z mogącymi się pojawiać wątpliwościami wynikającymi z nieaktualnych informacji o strukturze udziałowców i sposobie reprezentacji spółki uwidocznionych w postaci elektronicznego odpisu z KRS na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości (...)” (dowód: - wyjaśnienia Bas z dnia 05 maja 2017 roku wpływ do Zamawiającego 08 maja 2017 r. w dokumentacji postępowania; wyjaśnienia Olympia z dnia 12 maja 2017 r wpływ do Zamawiającego 15 maja 2017 r. w dokumentami postępowania).

Zdaniem Odwołującego za istotne w przedmiotowej sprawie należy uznać informacje zawarte w kolejnym piśmie Bas datowanym na 15 maja 2017 roku złożonym w dniu 17 maja 2017 roku. Pan D. P. oświadczył w nim między innymi, że w dniu 28 kwietnia 2017 roku Spółka złożyła w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy wnioszek o dokonanie zmian aktualizujących dane podmiotu w rejestrze przedsiębiorców (formularz KRS- 23) wraz z formularzami KRS-ZE -o zmianie współników spółki z o.o. i formularzem KRS-ZK o zmianach organów podmiotu (Dowód - wyjaśnienia Bas z dnia 15 maja 2017 roku wpływ do Zamawiającego 08 maja 2017 r. w dokumentacji postępowania). Podsumowując tą część wyводу Odwołujący podnosi, że przez cały okres od dnia ogłoszenia o zamówieniu, aż do upływu pierwotnie wyznaczonego terminu do złożenia ofert to jest do 28 marca 2017

5

roku, obydwie ubiegające się o zamówienie Spółki pozostawały powiązane osobą Pana R.a. Wszelkie czynności prowadzące do przygotowania i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu takie jak chociażby negocjacje z poddostawcami, odbywały się w czasie, gdy istniało omawiane powiązanie. Co więcej, aż do dnia 28 kwietnia 2017 roku , kiedy to Spółka Bas złożyła w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy wnioszek o dokonanie zmian aktualizujących dane podmiotu w rejestrze przedsiębiorców (formularz KRS-23) wraz z formularzami KRS-ZE o zmianie współników spółki z o.o. i formularzem KRS-ZK o zmianach organów podmiotu, bez żadnych przeszkód mogło dojść do skutecznego cofnięcia oświadczenia Pana R.a o zbyciu udziałów w Bas za zgodą pana D.a P.. Pogląd ten znajduje wsparcie w orzecznictwie. W wyroku z dnia 13 marca 2013 r., Sygn. akt VI ACa 1156/12, Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny orzekł: „Oświadczenie woli złożonej drugiej stronie wywołuje skutek z chwilą jego dotarcia do adresata (art. 61 § 1 zd. 1 k.c.). Cofnięcie tego oświadczenia w terminie określonym w przepisie art. 61 § 1 zd. 2 k.c, skutkuje pozbawieniem go skuteczności prawnej, co oznacza

że skutki związane z jego złożeniem nigdy nie powstają. Cofnięcie oświadczenia woli w takim przypadku, następuje w drodze jednostronnego zachowania podmiotu składającego oświadczenie. Odmienna sytuacja powstaje w przypadku dopuszczalnego w doktrynie cofnięcia oświadczenia po jego dotarciu do adresata, za jego zgodą. W takim przypadku dokonuje się to w drodze *dwustronnej czynności* prawnej, w której jedna ze stron składa oświadczenie o cofnięciu oświadczenia woli, a druga wyraża na to zgodę. Wyrażenie zgody przez adresata oświadczenia jest równoznaczne ze zrezygnowaniem przez niego z ochrony jego interesów jaką daje mu przepis art. 61 § 1 zd. 2 k.c. W tym przypadku odmienne należy również ocenić wpływ dokonanego w takiej formie cofnięcia oświadczenia woli na skutki, które zostały wywołane w chwili jego dotarcia do adresata. Przędę wszystkim należy tu wskazać, że o ile w przypadku cofnięcia oświadczenia woli przed lub równocześnie z jego dotarciem do adresata skutki te nigdy nie powstają, o tyle w przypadku cofnięcia za zgodą skutki te powstały już z chwilą dotarcia oświadczenia do adresata. Cofnięcie oświadczenia za zgodą adresata może być więc w tym przypadku traktowane jedynie jako wyrażenie wspólnej zgody na cofnięcie skutków jakie oświadczenie to wywołało i tym samym doprowadzić do powstania stanu jaki istniał zanim oświadczenie to dotarło do adresata ”

Z uwagi na szczególny charakter czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zмовie horyzontalnej zasadzający się w trudności ustalenia faktu jej powstania i funkcjonowania uznać należy, że samo oświadczenie Pana R.a o zbyciu udziałów w Bas, które nie zostało w dniu złożenia ofert zgłoszone do KRS, nie daje Zamawiającemu rękojmi nie istnienia zмовy. Przeciwnie, możliwość odwołania oświadczenia bez konieczności wykonywania jakichkolwiek czynności formalnych może być odczytywana jako dążenie do zachowania

6

wplywu w zbytej już Spółce przez poprzedniego udziałowca za zgodą tejże Spółki. Co znamienne, wniosek do KRS został złożony przez Bas dopiero po przekazaniu przez Odwołującego zawiadomienia z 21 kwietnia 2017 roku o możliwości wystąpienia powiązań pomiędzy Olympia i Bas.

Zamawiający prowadził dalszy proces wyjaśniania przedmiotowej sprawy. Pismem z dnia 23 maja wzywając Bas do złożenia dowodów - dokumentów (formularze KRS-Z3, KRS-ZE i KRS-ZK oraz kopii umowy sprzedaży udziałów Pana R.a). Tego samego dnia Zamawiający wezwał Bas do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. (Dowód: Pismo Zamawiającego z 23 maja 2017 r wzywające Bas do złożenia dowodów - dokumentów (formularz? KRS-Z3, KRS-ZE i KRS-ZK oraz kopii umowy sprzedaży) udziałów Pana R.a), pismo Zamawiającego z 23 maja 2017 r wzywające Bas do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny - w dokumentami postępowania).

Bas skutecznie złożył wszystkie żądane informacje, gdyż Zamawiający za pismem z dnia 2 czerwca 2017 roku wezwał Bas do złożenia dokumentów potwierdzających nie podleganie wykluczeniu z postępowania oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu (Dowód: Pismo Zamawiającego z 2 czerwca 2017 r wzywające BAS do złożenia dokumentów, w dokumentacji postępowania). Wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy stanowi dla każdego wykonawcy informację, że jego oferta otrzymała najwyższą liczbę punktów co oznacza, że po złożeniu dokumentów, jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Bas zatem, w momencie otrzymania wezwania posiadał wiedzę, że prawdopodobnie otrzyma zamówienie na zadanie numer 1. Dzień wcześniej, 1 czerwca 2017 roku Zamawiający zwrócił się do wykonawców (w tym do Bas) o przedłużenie terminu związania ofertą. (Dowód: Pismo Zamawiającego z 1 czerwca 2017 r wzywające do przedłużenia terminu związania ofertą, w dokumentacji postępowania). Termin związania ofertą upływał 10 czerwca 2017 roku. W dniu 9 czerwca 2017 roku, Bas złożył dokumenty żądane pismem z dnia 2 czerwca 2017 roku. Osobnym pismem odmówił przedłużenia terminu związania ofertą (Dowód: Pismo BAS z dnia 09 czerwca 2017 roku wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków i nie występowanie podstaw wykluczenia z postępowania, Pismo BAS z. dnia 09 czerwca 2017 roku zawierające odmowy przedłużenia terminu związania ofertą - w dokumentacji postępowania).

Interpretacja przedmiotowych oświadczeń oraz momentu ich złożenia posiada kluczowe

Bas posiadał wszystkie niezbędne dokumenty i złożył je Zamawiającemu, czym zabezpieczył się przed utratą wadium w trybie art. 46 ust. 4a. Potwierdził prawidłowo spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie mniej, w przeddzień upływu terminu związania ofertą odmówił jego przedłużenia. Doprowadził zatem do aktualizacji przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 7 a ustawy.

Nie mniej istotna jest treść wyjaśnienia odmowy przedłużenia terminu związania ofertą. Bas stwierdził, że nie przedłuża terminu związania ofertą z uwagi na fakt że KRS nie uznaje skuteczności prawnej odwołania członka zarządu Bas, o czym Spółka dowiedziała „się w ostatnich dniach”, wobec czego nie posiada wystawionego w odpowiednim terminie zaświadczenia o niekaralności tego członka zarządu. Jest rzeczą oczywistą, że wystarczającym dokumentem, który potwierdziłby że widniejący w odpisie z KRS członek zarządu nie pełni już swojej funkcji (nie urzęduje) jest oświadczenie na piśmie tego członka zarządu (wypowiedzenie) albo uchwała odwołująca takiego członka zarządu. Także termin wydania zaświadczenia z KRK w obecnym stanie prawnym nie stanowi żadnego problemu. Zaświadczenia muszą bowiem być ważne na dzień ich złożenia. Zatem odmowy przedłużenia terminu związania ofertą przez Bas nie można wyklądać w inny sposób jak wycofanie się z postępowania przetargowego na rzecz innego wykonawcy (Olympia), który złożył ofertę z wyższą ceną. Jest to modelowy przykład rozstawienia ofert. Gdyby bowiem Bas kierował się własnym interesem, wynikającym na przykład z wygasania umowy z poddostawcą albo nowymi warunkami handlowymi, uniemożliwiającymi dalsze oferowanie przedmiotu oferty po równie korzystnych cenach, wówczas miał możliwość powiadomienia o tym fakcie Zamawiającego, który z kolei miał możliwość wcześniejszego wezwania do zawarcia umowy. Niczego takiego Bas nie zawarł w oświadczeniu o odmowie przedłużenia terminu związania ofertą.

Podsumowanie wszelkiej korespondencji oraz wnioski płynące z powyższego znalazło się w „Zdaniu odrębnym” wyrażonym przez Przewodniczącą Komisji Przetargowej Zamawiającego które zostało załączone do Protokołu numer 9 z posiedzenia Komisji Przetargowej w treści którego wskazano istotne dla sprawy fakty oraz dowody na ich poparcie. W jego treści zawarto nie wymienione wcześniej przez Odwołującego okoliczności takie jak:

- data sprzedaży udziałów przez Pana R.a: 11 kwietnia 2017 roku - w przeddzień złożenia ofert,
- zdawkowe wyjaśnienie przez Bas rażąco niskiej ceny,
- wydanie przez Bas dla Olympia referencji potrzebnych do spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Dowód: Zdanie odrębne Przewodniczącej Komisji Przetargowej Zamawiającego które zostało załączone do Protokołu numer 9 z posiedzenia Komisji

Przetargowej - w dokumentacji postępowania).

Okoliczności te dodatkowo potwierdzają postawione wcześniej zarzuty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający skierował w przedmiotowej sprawie zapytanie do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Organ ten wskazał, że odpowiedź zostanie udzielona 23 października 2017 roku to jest w dniu złożenia niniejszego odwołania.

Podsumowując, w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 kwietnia 2016 r, sygn. akt KIO 423/16 Odwołujący podnosi, że w ustalonych powyżej okolicznościach faktycznych złożenie odrębnych ofert przez Bas oraz Olympia stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 uokik, polegający na zawarciu pomiędzy tymi wykonawcami zakazanego na mocy art. 6 ust. 1 uokik porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, które można zaklasyfikować jako porozumienie stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

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 IGO 309/14; 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. 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 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. 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. Należy jednak zastrzec,

9

że art 6 ust. 1 uokik nie zawiera zamkniętego katalogu zakazanych porozumień ograniczających konkurencję, a zatem wyszczególnienie w kolejnych pkt na czym może polegać zakazane anty konkurencyjne 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 konkurentami. Przy czym w doktrynie wskazuje się, że przejawem takiego niedozwolonego porozumienia anty konkurencyjnego (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 nieuzupełnienia 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. Mąsik, 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 zmowa 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 Winyl 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 zmywy 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; 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 dopuszczone w orzecznictwie.

Ustalone powyżej okoliczności pozwalają na wysnucie jednoznacznego wniosku, że Bas i Olympia zawarły porozumienie dotyczące co najmniej sposobu postępowania w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, którego przedmiotem było spowodowanie, aby wynik tego postępowania przedstawiał się inaczej niż to wynikałoby z porównania złożonych przez nich ofert, gdyby okazało się, że według przyjętych kryteriów oceny złożone oferty zostałyby sklasyfikowane na pierwszym i drugim, miejscu, przez zmuszenie Zamawiającego do odrzucenia oferty Bas, której oferta zawierała niższą cenę, przez odmowę przedłużenia terminu związania ofertą, która została dokonana na fałszywych podstawach. Zachodzące pomiędzy Bas i Olympia powiązania osobowe, współpraca przy ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie przejawiająca się w wystawieniu przez Bas referencji dla Olympia, które pozwalają Olympia spełnić warunki udziału w postępowaniu lub faktycznie zrealizować zamówienie, wskazują, że powyższy wniosek jest

11

racjonalny i uzasadniony. Natomiast takie działanie Bas i Olympia jest nie tylko sprzeczne z dobrymi obyczajami, które nakazują wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia konkurować pomiędzy sobą, ale wprost narusza art. 6 ust. 1 uokik, a także narusza interes Zamawiającego, który mógł uzyskać realizację zamówienia za cenę wynikającą z oferty złożonej przez H.M.. W rezultacie Zamawiający winien był wykluczyć Olympia

z

postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 20 lub odrzucić ofertę Olympia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy. Tym samym wybór tej oferty jako najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący wskazał również, że w treści zawiadomienia o wyniku postępowania Zamawiający winien był zamieścić informację o odrzuceniu Bas wraz z uzasadnieniem. Zamiast tego, zamieszczono informację, że Bas nie otrzymał żadnej punktacji (...). Nie sposób z tego faktu wywieść sposobu usunięcia spośród ofert ocenianych, oferty złożonej przez Bas. Prawidłowe działanie Zamawiającego powinno polegać na poinformowaniu wykonawców o podstawie wykluczenia bądź odrzucenia oferty Bas. W obecnym stanie sprawy Zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 października 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 13 października 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

12

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę akta sprawy, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również przedstawione w złożonych pismach procesowych.

Zamawiający do akt sprawy złożył pismo z dnia 6 listopada 2017 roku „Odpowiedz Zamawiającego na odwołanie R.B. Quattro” wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwolujący przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron złożył do akt sprawy pismo z dnia 6 listopada 2017 roku „Pismo Odwołującego” wraz z załączonymi dowodami – Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego w ww. piśmie i do niego załączone.

Wykonawca Olympia Med. Professional spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Olympia” lub „uczestnik postępowania odwoławczego”) złożył do akt sprawy pismo z dnia 6 listopada 2017 roku „Pismo przystępującego” wraz z załączonymi dowodami – Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w ww. piśmie i do niego załączone tj. załącznik do pisma nr 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 (te załączniki zostały do pisma załączone).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, tj.:

- (dowód nr 1) – wydruk email z dnia 23 października 2017 roku od Pana I.B. do Pana R.B. przesłany do wiadomości Zamawiającego wraz z załącznikiem (wzorem pełnomocnictwa) oraz kopia pełnomocnictwa z dnia 14 września 2017 roku udzielonego przez Pana I.B. Paniu radcy prawnemu M.M. w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 1928/17,
- (dowód nr 2) – wydruk email z dnia 8 października 2017 roku od Pana I.B. do Zamawiającego wraz z załączonym pismem i zdjęciem oraz kopia Protokołu Rozprawy z dnia 14 czerwca 2017 roku w sprawie prowadzonej przez Sąd Okręgowy w Warszawie XVI Wydział Gospodarczy o sygn. akt XVI GC 62/16,
- (dowód nr 3) – Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 lipca 2015 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę części zamiennych do układu elektrycznego wagonów eksploatowanych w Metrze Warszawskim Sp. z o.o. wraz z dokumentami – ofertami dwóch wykonawców i protokołem z dnia 17 maja 2015 roku,
- (dowód nr 4) - Rejestr zdarzeń dostępu gości stacji postojowo – technicznej Kabaty wskazujących wjazd Pana R.B. oraz Pana R.B. (z dnia 18 sierpnia 2017 roku, z dnia 23 sierpnia 2017 roku, z dnia 24 sierpnia 2017 roku) oraz Protokół odbioru nr 1 podpisany przez Pana R.B..

13

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że odwołanie złożone jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego prowadzonego pod nazwą *Dostawa części zamiennych do wagonów metra serii 81*”i dotyczy zadania nr 1 – *dostawa części elektronicznych*.

II.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie podlega oddaleniu.

III.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”):

Art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 7 ust. 3 ustawy - *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy - *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.*

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej złożenie stanowi czyn*

14

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,*
– *podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Ustawia z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.; dalej ustawa z.n.k.):

- art. 3 ust. 1 ustawy z n.k.- *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta,*

Ustawia z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2017 roku poz. 229 ze zm.; dalej ustawa o.k.k.):

Art. 6 ust. 1 ustawy o.k.k. – *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.*

IV.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody

do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Stronę postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór

15

toczą Stronę postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza)*.

V.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania Izba stwierdziła:

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy, zgodnie z regulacją którego, Zamawiający obowiązany jest do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podkreślenia wymaga, że przepis ten wskazuje również, że Zamawiający ten stan rzeczy musi być w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Tym samym podstawa wykluczenia wykonawcy, w przypadku tzw. zmowy przetargowej, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie i doktrynie poglądem musi być ściśle traktowana, tak samo jak inne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca we wskazanym wyżej przepisie uzależnił, uściślił dodatkowo stosowanie tej podstawy wykluczenia wykonawcy możliwością wykazania za pomocą środków dowodowych przez Zamawiającego. Tak więc, przesłanka ta będzie miała zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca zawrze z innym wykonawcą lub wykonawcami porozumienie. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „porozumienie”, jednakże w ocenie Izby w tym zakresie należało odwołać się w tym miejscu do przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2017 roku poz. 229 ze zm.; dalej ustawa o.k.k.), gdzie w art. 4 pkt 5 ustawodawca wskazał wyczerpujący katalog form, w jakich może zostać zawarte takie porozumienie, a są nimi umowa zawierana pomiędzy przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów; uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej

16

przedsiębiorców lub ich związki; uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że niezależnie od tego jaka formę przybierze porozumienie, w przypadku gdy jego celem będzie zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy). Izba zwraca w tym miejscu uwagę, że zakres przepisu regulowanego ustawą w art. 24 ust. 1 pkt 20 odnosi się do „celu” zawarcia porozumienia pomiędzy wykonawcami, którym jest zakłócenie konkurencji. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o.k.k. zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w

szczegółności 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. Niezależnie od zróżnicowania zakresu określonych ww. przepisami obszarów oczywistym jest także, że z uwagi na charakter tego rodzaju działania wykonawców (delikt gospodarczy), a także konsekwencje, jakie się z nim wiążą, niespotykaną będzie sytuacja, że uczestnicy tego rodzaju porozumienia dadzą formalny wyraz, który pozwoli uchwycić porozumienie - np. zawierając w tej mierze stosowną umowę - czy też w inny sposób będą takie porozumienie afiszować, a przeciwnie, tego rodzaju porozumienie będzie zwykle starannie ukrywane i zaprzeczane przez zainteresowane podmioty. Zaznaczyć również należy, że dla wykazania spełnienia przesłanki wykluczenia nie ma znaczenia w jakiej formie zostało zawarte porozumienie, ale jednocześnie niezbędnym jest, aby to sankcjonowane wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu rzeczywiście, faktycznie było wynikiem takiego porozumienia, a nie było efektem innych zdarzeń, zachowań, czynników, które w istocie nie mają związku z działaniami wykonawców w ramach prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, stwierdzenie istnienia porozumienia wykonawcy z innymi wykonawcami mającymi na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia 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. Stwierdzenie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie,

17

uzgodnienie 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, a także, że nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia.

Przeciwnie - te 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. Podkreślenia jednocześnie wymaga, że przepis ustawy Pzp wymaga dodatkowo aby Zamawiający w przypadku, gdy będzie stosował ową przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania był w stanie wykazać za pomocą stosowanych środków dowodowych przyczyny, które legły u podstaw wykluczenia wykonawcy.

Wskazać należy, że trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający prowadził czynności mające na celu wyjaśnienie, po pierwsze informacji jaką przekazał za pismem z dnia 21 kwietnia 2017 roku Odwołujący, a odnoszącej się do tego, że w dniu składania ofert udziałowcem w spółkach Olympia i Bas był Pan Z. R., jak również, po drugie, podjął Zamawiający szereg czynności (wezwania do złożenia wyjaśnień) odnoszących się do oceny przedstawionego w wyniku wyjaśnień przez Bas i Olympa stanu faktycznego odnoszącego się do tych spółek, a który to mógł mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności odnosząc się do argumentacji prezentowanej przez Odwołującego Izba wskazuje, że zgodnie Zamawiający jak i Odwołujący w rozpoznawanej sprawie przyznali w trakcie rozprawy, że rynek podmiotów sprzedających część do wagonów metra serii 81 będących w posiadaniu Zamawiającego jest dosyć wąski i dotyczy około 10 podmiotów, które mają możliwość składania ofert w postępowaniu. Z przedstawionej argumentacji i dowodów przez Zamawiającego wynika, że prezesi, członkowie zarządów poszczególnych podmiotów jak również wspólnicy poszczególnych podmiotów znają się, tym samym ich kontakty nie są rzeczą nieoczywistą, nielogiczną. Z dokumentów

przedstawionych przez Zamawiającego wynika, że Pan R.B. (Quattro) oraz Pan R.B. (E.P.R.I. Anders) wymieniają między sobą korespondencję, korzystają z usług jednego prawnika (dowód nr 1) jak również razem przyjeżdżają do Zamawiającego z dostawami (dowód nr 4). W trakcie rozprawy pełnomocnik Odwołującego Pan R.B. potwierdził, że zna Pana R.B. i razem z nim przejeżdżał przez bramę u Zamawiającego w stacji postojowo – technicznej Kabaty. Ten sam pełnomocnik również oświadczył w trakcie rozprawy, że zna

18

Pana J.B. od około 2 lat, natomiast Pana Z.a R. od roku 2013. W trakcie rozprawy Pan J.B. wskazał również, że osobiście zna Pana R.B., a ich zażyłość była tak, że bywał u tego ostatniego w domu. Podkreślenia wymaga również w tym miejscu, że uczestnik postępowania odwoławczego w złożonym piśmie procesowym jak również w trakcie rozprawy podniósł, że Pan R.B. był do 20 marca 2015 roku Prezesem Zarządu uczestnika postępowania odwoławczego (Olympia Med. Professional spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie), co też sam Pan R.B. potwierdził w czasie rozprawy, a wynika to w sposób jednoznaczny z dowodu załączonego do pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego tj. Uchwały Zgromadzenia Wspólników z dnia 20 marca 2015 roku podpisanej przez Pana Z.a R.a oraz Pana R.B. (załącznik nr 2). Odwołujący nie kwestionował również argumentacji wskazanej w piśmie procesowym uczestnika postępowania odwoławczego, że Olympia pierwotnie była wspólnym przedsięwzięciem biznesowym Panów Z.a R.a, R.B. oraz R.B., a w miejsce odwołanych Panów Z.a R.a, R.B. dopiero po dwóch latach został powołany obecny Prezes Pan J.B.. Powyższe uwypukla w sposób istotny fakt, że na tak niewielkim rynku dostaw części zamiennych do wagonów metra serii 81 działa niewiele podmiotów, a formy prowadzenia działalności ewoluowały na przestrzeni lat, jak również ewoluowały składy osobowe zarządów spółek, powstawały podmioty gospodarcze będące jednoosobowymi działalnościami gospodarczymi, a poszczególne osoby zajmowały różne stanowiska w organach zarządzających bądź tworzyły własne działalności, bądź kończyły współpracę. Tym samym nie sposób uznać, niepodobieństwem jest, że kolejne „przekształcenia” polegające na sprzedaży udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością miałyby świadczyć o zawarciu porozumienia w celu zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślić należy, że zmiany osobowe w poszczególnych podmiotach dokonywały się, powstawały nowe podmioty gospodarcze oraz następowały zmiany personalne w poszczególnych organach podmiotów i oferty były składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika z dowodów załączonych do pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego (załącznik nr 2, 5, 7). Dokumenty te dowodzą, że Pan R.B. jako Quattro R.B. brał udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w roku 2015, w których uchylił się od podpisania umowy, a których wyniki – ponowne zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – pochodzą z dnia, odpowiednio 6 sierpnia 2015 roku oraz 17 sierpnia 2015 roku, co biorąc pod uwagę, że były to kolejne wybory ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia, które to postępowaniu musiały zostać odpowiednio wcześniej ogłoszone zgodnie z przepisami ustawy dla danego rodzaju postępowania, jak również prowadzone musiały być zgodnie z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, również wymagające stosownych terminów to postępowania te musiały zostać odpowiednio

19

wcześniej ogłoszone. Natomiast zgodnie z wcześniej już wskazywaną Uchwałą Zgromadzenia spółka z Wspólników Olympia Med. Professional ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Pan R.B. został odwołany w dniu 20 marca 2015 roku ze stanowiska Prezesa Zarządu Spółki, a niewątpliwie stanowisko Prezesa Zarządu Spółki predestynowało do zajmowania się bieżącym zarządzaniem spółki, w tym negocjowaniem umów, pozyskiwaniem klientów i szerokiego prowadzenia jej spraw. Choć pełnomocnik Odwołującego Pan R.B. w trakcie rozprawy dezawuował swoją ówczesną pozycję w spółce, to nie sposób uznać, że jako Prezes Zarządu Spółki nie był uprawniony do zarządzania podmiotem, mimo tego, że jak wskazał w swoim piśmie uczestnik postępowania odwoławczego spółka Olympia Med. Professional spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w tym czasie nie rozpoczęła działalności, sprzedaży, nie pozyskała kontraktów ani klientów.

Przechodząc dalej Izba wskazuje, że w rozpoznawanej sprawie, uzasadniając stanowisko prezentowane w złożonym odwołaniu, Odwołujący zasadził swoją argumentację na przyjęciu, że *kluczowym w tej sprawie jest termin składania ofert*. Izba ustaliła, że termin składania ofert pierwotnie był wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 28 marca 2017 roku, jednakże z uwagi na wniesione do Zamawiającego pytania (33 pytania przez inny niż Bas i Olympia podmiot gospodarczy) w dniu 20 marca 2017 roku Zamawiający udzielając odpowiedzi jednocześnie zmienił termin składania ofert na dzień 12 kwietnia 2017 roku. Jednocześnie Odwołujący w swojej argumentacji prezentowanej w trakcie rozprawy podniósł, że *w dacie ogłoszenia postępowania przetargowego, jeżeli istnieją pomiędzy spółkami powiązania kapitałowe, tak jak było to z BAS i Olympią, to powinny one podlegać wykluczeniu*.

Izba wskazuje, że zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy każdy z wykonawców może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) i aby te wyjaśnienia uzyskał, wniosek taki musi wpłynąć do Zamawiającego w określonym terminie, a Zamawiający obowiązany jest do udzielenia stosownych wyjaśnień również w określonych ustawą terminach (art. 38 ust. 1 ustawy). Niewątpliwie obowiązkiem jak i prawem Zamawiającego jest zmiana terminu składania ofert w przypadku, gdy udzielone wyjaśnienia prowadzą mają znaczenie dla składani oferty w postępowaniu, co stanowi gwarancję zachowania w postępowaniu określonych ustawą zasad. Skoro obowiązkiem Zamawiającego jest udzielenie wyjaśnień, jak również prawem Zamawiającego jest udzielenie wyjaśnień do SIWZ to nie sposób uznać, że wnioski (pytania) które wpłynęły do Zamawiającego stanowiły jakieś szczególne, nietypowe, niemożliwe do przewidzenia, zaskakujące czy też zupełnie nieoczywiste zdarzenie. Odwołujący w sposób zupełnie niezrozumiały przypisuje zdarzeniu niezależnemu od Zamawiającego jak

20

również potencjalnych zainteresowanych danym postępowaniem o udzielenie zamówienie publiczne podmiotom, szczególne i najważniejsze znaczenie dla poparcia swoich twierdzeń odnoszących się do wskazywanej przez Odwołującego umowy przetargowej. Podkreślić należy, że zmiana terminu składania ofert jest indywidualną i suwerenną decyzją każdego Zamawiającego. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zmiana terminu składania ofert

była w jakiś sposób niecelowa, niezasadna w obliczu udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień i przez to tak istotna w jego ocenie, w zasadzie w tym zakresie Odwołujący nie podjął żadnej argumentacji poprzestając jedynie na twierdzeniu. Podkreślić ponownie należy, że taka zmiana terminu składania ofert jest obowiązkiem i prawem Zamawiającego, co istotne ani Bas ani Olympia nie składały w tym postępowaniu pytań – tym samym nie mogły z założenia liczyć na zmianę terminu składania ofert przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też zupełnie niezasadne staje się stanowisko Odwołującego, że zmiana terminu składania ofert umożliwiała sprzedaż udziałów spółki Bas. W świetle zasad logicznego, opartego na rzeczywistym, faktycznym stanie rzeczy rozumowaniu raczej wynika odmienne, odwrotne od prezentowanego przez Odwołującego stanowisko – tzn. że zmiana terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu stanowił w stosunku do Bas i Olympia przypadek, którego podmioty te nie mogły ani zaplanować, ani przewidzieć. Podkreślić należy również, że żaden z podmiotów zainteresowanych prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem nie mógł i w zasadzie nigdy nie jest w stanie przewidzieć, czy podany termin składania ofert jest ostatecznym, bowiem zawsze mogą wpłynąć do Zamawiającego wnioski wykonawców na które będzie on obowiązany odpowiedzieć i w efekcie doprowadzi to do kolejnej zmiany terminu składania ofert, jak również zgodnie z obowiązującymi przepisami sam Zamawiający może zmienić przed upływem terminu składania ofert SWIZ, co również może wiązać się ze zmianą terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, na co w swojej argumentacji wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego, żaden przepis ustawy nie określa i nie wymaga od podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne powstrzymania się, zaprzestania w określonym przepisem prawa okresie sprzedaży udziałów w spółce. Istotnym również jest, co Izba podkreśla, że przepisy prawne również nie określają takich terminów dla wszelakiego rodzaju przekształceń podmiotowych, a które stanowią normalną i dziejącą się każdego dnia rzeczywistość gospodarczą.

W dniu 11 kwietnia 2017 roku Pan Z. R. Umową Sprzedaży Udziałów zbył udziały (100

udziałów) w spółce „BAS Consultancy” Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, czyli przed terminem składania ofert. Natomiast zgodnie z obowiązującymi przepisami wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu

21

informacji o przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej w terminie 3 dni od zamieszczenia na stronie internetowej informacji dotyczących między innymi firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie. Nie sposób uznać argumentacji przedstawianej przez Odwołującego, a dotyczącej stwierdzenia, że spółki, które były powiązane kapitałowo w dacie ogłoszenia postępowania powinny podlegać wykluczeniu

z postępowania. Podkreślenia wymaga, że z gruntu jest to nielogiczne rozumowanie bowiem taka koncepcja nie jest zgodna z ustawą, jak również z perspektywy obrotu gospodarczego byłaby także niewłaściwa. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego trwają czasami wiele tygodni jak również miesięcy, a w niektórych przypadkach również kilka lat, stanowisko jakie prezentuje Odwołujący mogłoby prowadzić do całkowitego paraliżu przekształceń podmiotowych spółkę, sprzedaży np. ich udziałów, jak również zmian osobowych w organach zarządzających powodując zupełną nieefektywność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy również, że w dniu składania ofert termin do złożenia wniosku o dokonanie zmian w Krajowym Rejestrze Sądowym był otwarty, bowiem zgodnie z obowiązującymi przepisami (art. 22 ustawy o KRS) wniosek o wpis do rejestru powinien być złożony nie później niż w terminie 7 dni od dnia zdarzenia. W rozpoznawanie sprawie spółka BAS taki wniosek złożyła po upływie 17 dni. Podkreślenia wymaga, że wspólnik, który sprzedała udziały nie ma wpływu na to w jakiej dacie zbycie udziałów zostanie zgłoszone do Krajowego Rejestru Sądowego, bowiem zmiany w strukturze właścicielskiej spółki zgłaszane są przez jej zarząd, a nie byłych wspólników. Pełnomocnik Zamawiającego przedstawiając dowód nr 2 poza potwierdzeniem, że osoby wchodzące w struktury właścicielskie bądź organy zarządzające poszczególnych podmiotów gospodarczych funkcjonujących na rynku sprzedaży części do wagonów metra będących w posiadaniu Zamawiającego się znają, to wyjaśniła także, że w sprawie sądowej (w przerwie której zrobione zostało zdjęcie w Sadzie Okręgowym w Warszawie) w Krajowym Rejestrze Sądowym firmy będącej powodem przez około dwa lata nie został ujawniony fakt zbycia udziałów przez wcześniejszych udziałowców (nie zostali ujawnieni jako nabywcy Panowie R. B. i Z. R.). Pokazuje to, że termin do złożenia wniosku o dokonanie zmian w Krajowym Rejestrze Sądowym nie jest przestrzegany przez podmioty gospodarcze i choć nie należy tego pochwalać, a raczej ganić, nie sposób uznać braku złożenia wniosku w terminie 7 dni za zdarzenie o niebywale istotnym znaczeniu dla oceny rozpoznawanej w tym postępowaniu sprawy. Uwzględniając fakt, że w dacie złożenia ofert termin na złożenie wniosku o dokonanie zmian w Krajowym Rejestrze Sądowym był otwarty oraz fakt, że wniosek taki został złożony w dniu 28 kwietnia 2017 roku oraz mając na uwadze, że zgłoszenie zmian w strukturze właścicielskiej spółki

nie jest zależne od woli wspólnika, który zbył udziały lecz zgłaszane są przez zarząd spółki – to nie sposób w ocenie lżyć uznać, że taki stan rzeczy nie może zsinieć w wyniku zwykłego

22

przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, a skoro może zaistnieć, co choćby pokazuje przykład przytoczony przez Zamawiającego to nie można uznać za prawidłowe i zasadne twierdzenie, że źródłem takiego stanu rzeczy jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy.

W zakresie podniesionego przez Odwołującego stanowiska, a odnoszącego się do możliwości cofnięcia oświadczenia o zbyciu udziałów przez Pana Z.a R.a za zgodą Pana D.a P. z uwagi na późniejsze, przekraczające 7 dni złożenie wniosku do Krajowego Rejestru Sądowego, Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał jakie ma to znaczenie w kontekście dyspozycji art. 61 Kodeksu cywilnego i jaka w zasadzie zachodzi relacja między tymi instytucjami, która to uprawdopodobniałaby istnienie jakiegoś celowego porozumienia pomiędzy wykonawcami. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Odwołujący w uzasadnieniu pisemnym odwołania wskazał, że „uznać należy, że samo oświadczenie Pana R.a o byciu udziałów w Bas, które nie zostało w dniu złożenia ofert zgłoszone do KRS, nie daje Zamawiającemu rękojmi nie istnienia zмовы.”- ale nie wyjaśnił Odwołujący ani w

odwołaniu ani na rozprawie dlaczego postawił taką tezę, skoro w dniu złożenia ofert termin na złożenie wniosku o dokonanie zmian w Krajowym Rejestrze Sądowym był otwarty. Opierając się na zasadach logicznej argumentacji wskazać należy, że udziały zostały zbyte w dniu 11 kwietnia 2017 roku, a termin składania ofert to 12 kwietnia 2017 roku, trudno więc uznać, że brak zgłoszenia wniosku o dokonanie zmian w Krajowym Rejestrze Sądowym w dacie składania ofert stanowi jakieś nadzwyczajne zdarzenie, które można tłumaczyć li tylko jako działanie celowe prowadzące do zakłócenia konkurencji między wykonawcami, mając również na uwadze, że ustawodawca przewidział na to 7 dni. Odwołujący wskazał również w odwołaniu, że w jego ocenie znamienne jest to, że zgłoszenie wniosku o dokonanie zmiany w Krajowym Rejestrze Sądowym wykonawca Bas dokonał po przekazaniu przez Odwołującego do Zamawiającego, pismem z dnia 21 kwietnia 2017 roku, zawiadomienia że w dniu składania ofert udziałowcem w spółkach Olympia i Bas był Pan Z. R. – jednakże co podkreśla Izba Odwołujący nie wyjaśnił co też w tym działaniu jest znamienne, nie wykazał tego Odwołujący. Samo określenie, że jakieś działanie jest znamienne czyli specyficzne, charakterystyczne nie jest wystarczające do tego aby ocenić na czym owa swoistość danego zachowania polegała. Odwołujący powinien był wykazać na czym owa reprezentatywność tego działania polegała jak również to, że stanowiło taki układ zdarzeń, które w innym przypadku nie miałyby sensu. Resumując tę część należy podkreślić, że w żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca w obliczu zasad normalnego, zwyczajnego postępowania, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami.

23

W zakresie argumentacji odnoszącej się do nieprzedłużenia terminu związania ofertą przez Bas, Izba wskazuje, że zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawnieniem każdego podmiotu startującego w postępowaniach przetargowych jest przedłużenie terminu związania ofertą bądź nie wyrażenie zgody na takie przedłużenie terminu związania ofertą, które nie wiąże się z zatrzymaniem wadium (art. 85 ust. 2 i 3 ustawy). W tym miejscu Izba wskazuje, wykonawcy składając ofertę są nią związani przez określony w ustawie czas (art. 85 ust. 1 ustawy), Zamawiający w tym czasie powinien przeprowadzić wszystkie czynności jakie wymaga od niego ustawa w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli z jakichś przyczyn nie jest to możliwe to może zwrócić się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Podkreślenia wymaga również, że wykonawcy sami mogą przedłużyć termin związania ofertą. Tym samym, czas w jakim wykonawcy związani są ofertą może w trakcie prowadzenia procedury zamówieniowej ulegać zmianie i w zasadzie nie jest zależny od wykonawców, bo składając ofertę nie mają oni wiedzy co do tego, czy termin związania w danym postępowaniu będzie przedłużany, a ustawodawca sam określił, że nieprzedłużenie terminu związania ofertą nie wiąże się z utratą wadium przez wykonawcę czym podkreślił, że nie uznaje takie działania (nieprzedłużenia terminu związania ofertą) za działanie dozwolone, nakierowane na jakieś szczególne cele i zależne jedynie od wykonawcy. Jest to zrozumiałe i gospodarczo uzasadnione, że każdy z wykonawców ma prawo złożyć ofertę, która jest ważna w określonym z góry terminie (art. 85 ust. 1 ustawy), natomiast w przypadku, gdy Zamawiający nie wykona ciężących na nim obowiązków w terminie pierwotnego związania ofertą, każdy z wykonawców ma prawo bez konsekwencji nie utrzymywać oferty w postępowaniu. Słusznie w ocenie Izby uczestnik postępowania odwoławczego wskazał, że niekorzystanie z uprawnienia przedłużenia terminu związania ofertą nie stanowi odmowy przedłużenia terminu związania ofertą, do której referował w swoim uzasadnieniu Odwołujący, a które to sformułowanie kreowane przez Odwołującego (tj. odmowa) niesie ze sobą negatywną konotację. W doktrynie i orzecznictwie wielokrotnie było podnoszone, że instytucja terminu związania ofertą stanowi główne zabezpieczenie interesów Zamawiającego, a upływ pierwotnie wyznaczonego terminu związania ofertą i dalsze po nim postępowanie wykonawcy stanowi jego suwerenną decyzję. Biorąc pod uwagę fakt, że wykonawcy nie mają w chwili składania ofert pewności co do tego czy Zamawiającym wykona czynności zgodnie z ustawą w pierwotnym terminie związania ofertą, to wskazywanie przez Odwołującego, że nieprzedłużenie związania ofertą jest działaniem mającym na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami wymagałoby wykazania chociażby przyczynienia się tych wykonawców do konieczności przedłużenia przez Zamawiającego terminu związania ofertą w postępowaniu, a co w efekcie pozwoliłoby wykonawcy

nie podjął nawet próby takiej argumentacji, *a priori* zakładając, że działanie to było celowe, a przecież żaden przepis ustawy nie wymaga od wykonawców permanentnego utrzymywania oferty w postępowaniu, a przedłużenie terminu związania ofertą stanowi uprawnienie wykonawcy, a nie jego obowiązek. Tak więc to Zamawiający jest kreatorem czynności w postępowaniu i od niego w dużej mierze zależne jest czy pierwotny termin związania ofertą będzie wymagał przedłużenia, trudno więc z prawa wykonawcy do odmowy przedłużenia terminu związania ofertą, bez żadnych konsekwencji, czynić zarzut. Izba zaznacza również, że decyzja o skorzystaniu bądź nie z prawa do przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą nie wymaga również jakiegokolwiek uzasadnienia, co więcej skoro postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem pisemnym, to brak złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w określonym terminie należy odczytywać jako brak wyrażenia takiej zgody. Tym samym, w przypadku, gdy wykonawca nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie ma znaczenia uzasadnienie jego decyzji, a samo podanie uzasadnienia stanowi przejaw woli tego wykonawcy.

Izba w tym miejscu wskazuje, że również postępowaniach u tego Zamawiającego zdarzały się sytuacje, gdy podmiot, którym jest Odwołujący odmawiał podpisania umowy na co wskazywał Zamawiający (dowód nr 3) jak również co wykazywał załączonymi do pisma procesowego uczestnik postępowania odwoławczego (załącznik nr 4, 5, 6, 7), a z których to dokumentów wynika, że w czterech przypadkach, czterech postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca Quattro R.B. uchylił się od zawarcia umowy. Izba podkreśla, że w trakcie rozprawy Pan R.B. (tu Odwołujący) wyjaśnił powody odstąpienia od podpisania dwóch umów, jednocześnie Odwołujący mając uprzednio czas na zapoznanie się z pismami procesowymi (co znajduje odzwierciedlenie w protokole rozprawy) nie kwestionował przedstawionych informacji. Ta sytuacja pokazuje, że mimo udziału w postępowaniu wykonawcy nie podpisują umów, czasami nawet tracąc wadium, tym samym nie jest to okoliczność jakaś nietypowa. Zamawiającym wskazał również, że Olympia nie uchyliła się od podpisania umowy, a w przypadku wykonawcy Bas takiej sytuacji również nie pamięta. Co istotne Odwołujący również nie podnosił, aby wykonawcy Ci kiedykolwiek odstąpili od podpisania umowy.

Pełnomocnik Odwołującego Pan R.B. wskazał w trakcie rozprawy, że *w jego opinii nie wiadomo, która ze stron czy Olympia czy BAS był inicjatorem zmowy wskazywanej przez Odwołującego*. Takie stanowisko Odwołującego w trakcie rozprawy również potwierdza brak jakichkolwiek logicznie dających się wyjaśnić argumentów, których to nie przedstawił Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska. Dodać również należy w tym miejscu, że

Odwołujący nie odniósł się również do wskazywanej przez uczestnika postępowania odwoławczego różnicy cenowej pomiędzy ofertą Olympia a ofertą Bas w zadaniu nr 1, która wynosiła 8%, co jak wyjaśnił uczestnik postępowania odwoławczego stanowiło normalną, rynkową różnicę. Odwołujący nie wskazywał, że jest to jakaś szczególna, inaczej niż przez porozumienie podmiotów nie dając się wytłumaczyć różnica cenowa, choć sam Odwołujący podnosił, że ceny dostaw z podmiotami, od których pozyskuje się części zamienne negocjowane są kilka tygodni przed terminem składania ofert. W innych zadaniach ta różnica pomiędzy ceną oferty najtańszej a kolejną w rankingu ofert była większa np. w zadaniu 2 wynosiła ona 21%, co również nie spotkało się z argumentacją Odwołującego. Również w zakresie podnoszonego przez Odwołującego użyczenia doświadczenia, Izba wskazuje, że po stronie Odwołującego wydaje się doszło do niezrozumienia instytucja prawa zamówień publicznych, bowiem w tym wypadku nie mamy do czynienia z użyczeniem doświadczenia lecz z okazaniem się jednego podmiotu tj. Olympia referencjami wystawionymi przez Bas w wyniku zrealizowania na rzecz tego ostatniego dostaw przez Olympia – Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, jakie znaczenie miałyby to dla rozpoznania tego zarzutu odwołania, jednocześnie nie kwestionował w odwołaniu wykazanego przez Olympia doświadczenia.

W trakcie rozprawy Pan R.B. oświadczył, że *zależności ze spółki cywilnej nie są istotne, a istotna jest data 20.03.2017 r., kiedy to zamawiający przesunął termin składania ofert na dzień 12.04.2017 r.*, tym samym w ocenie Izby zdevaluował przedstawione za pismem procesowym Odwołującego dowody, tym samym dowody te nie przedstawiają żadnej wartości w obliczu oświadczenia strony je składającej. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że uczestnik postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy oświadczył, że *spółka cywilna nigdy ona nie funkcjonowała, założona była 25 lat temu, miała prowadzić działalność artystyczną i rozrywkową, nie wykazuje żadnej aktywności, żadnych przychodów, nie jest ujawniona w CEDiG.*

Uwzględniając powyższą argumentację Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku ze złożeniem przez Bas i Olympia odrębnych ofert, które to działanie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej wyrażonej w art. 3 ust. 1 ustawy o z.n.k. polegający na zawarciu pomiędzy tymi wykonawcami zakazanego na mocy art. 6 ust. 1 ustawy o o.k.k porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na runku właściwym, które można

26

zakwalifikować jako porozumienie polegające na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składania ofert, w szczególności z zakresu pracy lub ceny.

Izba wskazuje, że do czasu nowelizacji przepisów z roku 2016, podstawę do eliminacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zawierali niedozwolone porozumienia naruszające konkurencję dawał jedynie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym to przepisem Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy mieć na uwadze, że ustawodawca wprowadził regulację art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy, który funkcjonuje przez cały okres prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie uznała zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy za zasadny i w tym zakresie podtrzymuje swoją argumentację wyrażoną powyżej w uzasadnieniu tego orzeczenia jednocześnie wskazując, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy jest naruszenie zasady konkurencji. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać udowodniony i skonkretyzowany przez Odwołującego.

Dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest wystarczające podejrzenie, ale konieczne jest ustalenie zaistnienia niedozwolonego porozumienia. Odwołujący jako uzasadnienie swojego stanowiska w tym zakresie również wskazał nieuprawnione porozumienie wykonawców składających oferty w postępowaniu (art. 6 ust. 1 ustawy o o.k.k), jednakże, co zostało wykazane powyżej nawet Odwołujący nie uprawdopodobnił takiego stanu rzeczy, nie wykazał aby poszlakowe argumenty dały się w jakikolwiek logiczny sposób wyjaśnić i świadczyć o tym, że ich rozumienie – jedyne możliwe w świetle zasad logicznej interpretacji – mogłoby wskazywać na zaistnienie celowego porozumienia między wykonawcami składającymi oferty w postępowaniu, tym samym w zakresie tego zarzutu kwalifikacja oceny podnoszonych argumentów Odwołującego pozostaje taka sama jak wyżej, co w efekcie prowadzi do nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy wskazując, że Zamawiającym w zawiadomieniu o wyniku postępowania powinien był zamieścić informację o odrzuceniu Bas wraz z uzasadnieniem. Zgodnie z podstawą prawną wskazaną przez Odwołującego, Zamawiający niezwłocznie informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców – czyli podmioty, które w przedmiotowym

27

postępowaniu złożyły oferty – między innymi o wykonawcach, których oferty zostały

odrzucone i powodach odrzucenia oferty. Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 13 października 2017 roku skierowanym do: „Wykonawcy biorący udział w postępowaniu” znajduje się informacja o odrzuceniu oferty Bas ze wskazaniem uzasadnienia faktycznego takiej czynności Zamawiającego a odnoszącego się do tego, że Zamawiającym wzywał o przedłużenie terminie związania ofertą o kolejne 60 dni, natomiast wykonawca złożył pismo z informacją, że nie wyraża zgody na przedłużenie związania ofertą. Zamawiający podał również pełne podstawy prawne swojej decyzji. Tym samym zarzut odwołania naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy jest niezasadny. Izba wskazuje, że Odwołujący błędnie zinterpretował informację zamieszczoną na stronie internetowej Zamawiającego, a której wydruk jest aktach postępowania odwoławczego pomijając w zupełności regulację art. 92 ust. 2 ustawy, który zakreśla i ogranicza krąg informacji jakie Zamawiającym zamieszcza na stronie internetowej, w tym właśnie wyłącza informacje objęte regulacją art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W konsekwencji powyższych rozstrzygnięć, Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała, że działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i

nie naruszyło zasad zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie*

28

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

29