Sygn. akt: KIO 431/21

WYROK

z dnia 16 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Golden Line Sp. z o.o., z siedzibą w Rzeszowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia, Warszawa,**

przy udziale:

A.wykonawcy **M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MCSupplies M.C., Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B.wykonawcy **Firma Handlowa KOMAX 9 Sp. z o.o., z siedzibą w Olsztynie**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Golden Line Sp. z o.o., z siedzibą w Rzeszowie** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Golden Line Sp. z o.o., z siedzibą w Rzeszowie**tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od **wykonawcy Golden Line Sp. z o.o., z siedzibą w Rzeszowie**na rzecz **zamawiającego Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej Mazovia, Warszawa**kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 431/21

UZASADNIENIE

W dniu 9 lutego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Golden Line Sp. z o.o., z siedzibą w Rzeszowie (dalej „**Odwołujący**") zarzucając zamawiającemu Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej Mazovia (dalej „**Zamawiający**") naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywna dostawa tonerów, tuszów, bębnów, pasów transmisyjnych, zbiorników na zużyte tonery, i taśm barwiących do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych oraz odbiór zużytych materiałów eksploatacyjnych z miejsc wskazanych przez Mazowiecka Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA":

1)art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076), poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w niniejszej sprawie przez Zamawiającego i odrzucenie oferty Odwołującego, której złożenie miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, pomimo, że Odwołujący składając ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również nigdy wcześniej nie zawierał jakichkolwiek porozumień cenowych mających na celu naruszenie konkurencji z wykonawcą M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C.;

2)art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076), poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w niniejszej sprawie przez Zamawiającego i odrzucenie oferty Odwołującego, której złożenie miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, pomimo, że Odwołujący składając ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również nigdy wcześniej nie przynależał do grupy kapitałowej z wykonawcą M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C.;

3)art. 91 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 3 pzp, poprzez wybór oferty Wykonawcy Firma Handlowa KOMAX 9 Sp. z o.o., która w świetle regulacji pzp oraz SIWZ nie mogła zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji bowiem zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z opisanymi naruszeniami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia wszystkich czynności podjętych przez Zamawiającego od momentu otwarcia ofert, tj. czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Handlowa Komax 9 Sp. z o.o.; (ii) powtórzenia przez Zamawiającego czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnej oferty Odwołującego, która nie powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona; (iii) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „Sukcesywna dostawa tonerów, tuszów, bębnów, pasów transmisyjnych, zbiorników na zużyte tonery i taśm barwiących do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych oraz odbiór zużytych materiałów eksploatacyjnych z miejsc wskazanych przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA".

Wartość zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.
Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp informując, że w jego ocenie Odwołujący składając ofertę dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Uzasadniając przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający zarzucił, że Odwołujący składając ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zawarciu porozumienia cenowego ograniczającego konkurencję albowiem Odwołujący miał działać w porozumieniu z innym wykonawcą biorącym udział w postępowaniu tj. z Panem M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C.. Zdaniem Zamawiającego o zawarciu porozumienia pomiędzy w/w podmiotami świadczy fakt, że (1) swoje oferty jak również (2) oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej podmioty te miały złożyć za pośrednictwem tej samej firmy kurierskiej, a nadto dokumenty te nadane zostały z siedziby Odwołującego. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że oferty obydwu podmiotów sporządzone zostały w identyczny sposób, zaś ceny poszczególnych produktów zaoferowanych przez obu przedsiębiorców różniły się dokładnie o 30%. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożył wykonawca: Firma Handlowa Komax 9 Sp. z o.o. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 04.02.2021 r. dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty Firmy Handlowej K0MAX 9 Sp. z o.o. celem wykazania faktu odrzucenia oferty Odwołującego oraz przesłanek, którymi kierował się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego; wyboru najkorzystniejszej oferty Firmy Handlowej K0MAX 9 Sp. z o.o.
BRAK PRZESŁANEK DO ODRZUCENIA OFERTY ODWOŁUJĄCEGO W TRYBIE ART. 89 UST. 1 PKT 3) P
ZW. Z ART. 3 UST. 1 USTAWY Z DNIA 16 KWIETNIA 1993 ROKU O ZWALCZANIU NIEUCZCIWEJ KONKURE
(Dz. U. Z 2020 R. POZ. 1913) W ZW. Z ART. 6 UST. 1 USTAWY Z DNIA 16 LUTEGO 2007 ROKU 0 OCHRO
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW (DZ.U. Z 2020 R. POZ. 1076)
W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie brak jest przesłanek do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie ocenił, że złożenie przez Odwołującego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zawarciu i realizowaniu porozumienia cenowego z wykonawcą Panem M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C.. Odnosząc się do uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, Odwołujący oświadczył, że nie zawierał i nie łączy go z Panem M.C. żadne porozumienie cenowe, tym bardziej takie które miałoby na celu ograniczenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wyjaśnił, iż Pan M.C. przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C. był uprzednio zatrudniony w przedsiębiorstwie Odwołującego zanim założył własną działalność gospodarczą, której przedmiotem jest m. in. sprzedaż materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących oraz sprzedaż elementów i substancji niezbędnych do produkcji materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących. W czasie pracy u Odwołującego Pan M.C. miał okazję poznać szczegóły przygotowywania ofert w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego w których udział brał Odwołujący. W ocenie Odwołującego Pan M.C. wykorzystywał doświadczenie nabyte podczas pracy u Odwołującego w zakresie sposobu sporządzenia ofert. Stąd też prawdopodobni wynika podobieństwo dotyczące sposobu uzupełnienia załączników nr 3 i 3A do SIWZ.
Odwołujący wskazał, że od momentu zakończenia stosunku pracy pomiędzy Odwołującym a Panem M.C. podmioty te łączy stosunek handlowy polegający na tym, że Pan M.C. w ramach prowadzonego przedsiębiorstwa kupuje materiały eksploatacyjne do urządzeń drukujących od Odwołującego, a następnie oferuje je swoim kontrahentom. Jest to przejaw zwykłego prowadzenia działalności gospodarczej. Taka sytuacja wystąpiła najprawdopodobniej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie Pan M.C. zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o przygotowanie wyceny materiałów eksploatacyjnych, które zamierzał zaoferować Zamawiającemu na potrzeby realizacji przedmiotowego przetargu. Odwołujący dokonał wyceny wnioskowanej przez Pana M.C. jednocześnie nie informując tej osoby o tym, że Odwołujący zamierza również złożyć własną ofertę w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
W ocenie Odwołującego współpraca handlowa pomiędzy w/w podmiotami polega również na tym, że Odwołujący kupuje od Pana M.C. elementy i substancje niezbędne do produkcji materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących. Odwołujący wskazał, iż jest producentem materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących w związku z czym zakup produktów niezbędnych do wytworzenia takich materiałów stanowi znaczną część działalności handlowej Odwołującego.
Dodatkowo Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę dobre relacje pomiędzy obydwoma podmiotami wypracowane najpierw podczas trwania stosunku pracy, zaś następnie podczas współpracy handlowej, Odwołujący zgodził się spełnić prośbę Pana M.C. i wysłać ofertę tego wykonawcy jak również jego oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z siedziby Odwołującego z wykorzystaniem firmy kurierskiej, która świadczy usługi na rzecz Odwołującego. Prośba Pana M.C. w tym zakresie motywowana była faktem, że osoba ta miała przekonanie, że firma kurierska, która stale współpracuje z Odwołującym zapewni gwarancję doręczenia w/w dokumentów Zamawiającemu w zakreślonym terminie.
Ponadto Odwołujący wskazał, że cena materiałów eksploatacyjnych zaaferowanych przez Pana M.C. jest o 30% wyższa ze względu na nałożoną przez tego wykonawcę marżę na produkty, które uprzednio Wykonawca ten kupi od Odwołującego. Z doświadczenia życiowego wiadomo bowiem, że celem prowadzenia działalności gospodarczej jest osiągnięcie dochodu w związku z czym trudno wymagać, aby Pan M.C. zaoferował materiały eksploatacyjne do urządzeń drukujących po cenie jaką określił Odwołujący, który jest producentem tych materiałów.
Końcowo Odwołujący zauważył, że nie łączą go z Panem M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C. żadne powiązania osobowe ani kapitałowe. Wskazać należy, iż Pan M.C. nie jest wspólnikiem Golden Line Sp. z o.o. jak również nie pełni funkcji w organach tej Spółki, wobec czego nie ma żadnego wpływu na działania Odwołującego. Podobnie Golden Line Sp. z o.o. nie posiada żadnych uprawnień do wpływania na decyzje handlowe przedsiębiorstwa prowadzonego przez Pana M.C., zaś obydwa podmioty nie zawierały jakichkolwiek porozumień cenowych mających na celu ograniczenie konkurencji.
Wskazać również należy, że Odwołujący składając ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również nigdy wcześniej nie przynależał do grupy kapitałowej z Wykonawcą M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C.. DOWÓD: wydruk informacji pełnych z KRS dot Odwołującego; wydruk CEIDG dot. P.D. przedsiębiorcy uprzednio prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Golden Line P.D. wraz z rejestrem zmian wpisu; wydruk CEIDG dot. M.C. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C. wraz z rejestrem zmian wpisu; zeznania świadka M.C. celem wykazania faktu:

braku powiązań osobowych oraz kapitałowych pomiędzy Golden Line Sp. z o.o. a M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C.; braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej pomiędzy Golden Line Sp. z o.o. a M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C.; braku istnienia pomiędzy Golden Line Sp. z o.o., a M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C. porozumienia cenowego mającego na celu ograniczenie konkurencji.
W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie stwierdził, iż złożenie przez Odwołującego oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zawarciu przez Odwołującego z M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C. porozumienia cenowego ograniczającego konkurencję. Podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający oparł swoją decyzję na subiektywnym przekonaniu, że doszło zawarcia pomiędzy w/w podmiotami zmowy cenowej całkowicie pomijając przy tym wyjaśnienia złożone w tym zakresie przez obu oferentów. Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów celem wykazania zawarcia porozumienia cenowego pomiędzy obydwoma wykonawcami. W tym miejscu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający byłby uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp w sytuacji udowodnienia zarzutu popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie nie jest możliwe odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie samego tylko przekonania Zamawiającego o popełnieniu takiego czynu. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2013 r. o sygn. akt KIO 1938/13.
W ocenie Odwołującego nie sposób uznać istnienia pomiędzy wykonawcami zmowy cenowej w oparciu o stwierdzenie podobieństwa w wypełnieniu dwóch załączników do SIWZ. W podobnej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2489/14 stwierdziła, że podobieństwo dokumentacji złożonej przez wykonawców nie może dowodzić działań niezgodnych z prawem, polegających na niedopuszczalnym uzgadnianiu przez tych wykonawców warunków ofert. W ocenie Odwołującego podobieństwo ofert obydwu wykonawców wynikało z tego, że podczas trwania stosunku pracy pomiędzy oferentami Odwołujący przekazał Panu M.C. wiedzę i doświadczenie dotyczące sposobu uzupełniania ofert w przetargach. Pan M.C. wykorzystał o doświadczenie uzupełniając w sposób identyczny załączniki do SIWZ tak jak to uczynił Odwołujący, jednakże w żaden sposób nie świadczy to o zmowie cenowej istniejącej pomiędzy obydwoma podmiotami. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 15 września 2017 r. sprawie o sygn. akt KIO 1819/17. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że chcąc zarzucić wykonawcy działanie w ramach tzw. zmowy cenowej Zamawiający winien udowodnić, że do zmowy takiej doszło w celu ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tej sytuacji nawet jeżeli przyjąć, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zachodzą okoliczności mogące świadczyć o zawarciu przez dwóch oferentów porozumienia cenowego to brak jest przesłanek do stwierdzenia, że porozumienie to zawarte zostało w celu ograniczenia konkurencji, wobec czego nie doszło do popełnienia przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2015 r. o sygn. akt KIO 721/15
WYBÓR OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ Z NARUSZENIEM ART. 91 UST. 1 PZP W ZW. Z ART. 7 UST. 3 PZP
Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryteriami oceny ofert była cena/termin dostawy oraz termin wymiany wadliwego materiału. W zakresie terminu dostawy i terminu wymiany wadliwego materiału każdy z wykonawców zaoferował, że dokona w/w czynności w terminie 3 dni roboczych. W tej sytuacji wybór najkorzystniejszej oferty oparty został na najniższej z zaoferowanych cen. Odwołujący wskazał, iż zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Handlowa KOMAX 9 Sp. z o.o., która obejmowała kwotę 658.093,03 zł brutto (słownie: sześćset pięćdziesiąt osiem tysięcy dziewięćdziesiąt trzy złote 03/100 groszy). Pokreślenia wymaga fakt, iż oferta Odwołującego zawierała niższą cenę bowiem obejmowała kwotę 304.050,34 zł brutto (słownie: trzysta cztery tysiące pięćdziesiąt złotych 34/100 groszy: DOWÓD: Informacja z otwarcia ofert z dnia 14 stycznia 2021 roku. celem wykazania faktu: cen zaproponowanych przez Wykonawców w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 pzp bowiem oferta Odwołującego, która nie powinna ulec odrzuceniu, uzyskałaby większą liczbę punktów w odniesieniu do kryterium ceny przez co to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Skoro zatem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z art. 91 ust. 1 pzp to jego zachowanie winno zostać zakwalifikowane jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 3 pzp. Odwołujący powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2019 roku, o sygn. akt KIO 621/19.

Izba ustaliła co następuje:

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (28 grudnia 2020 r.) w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp".

Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „nPzp".

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o udzielenie zamówienia pn. „Sukcesywna dostawa tonerów, tuszów, bębnów, pasów transmisyjnych, zbiorników na zużyte tonery, i taśm barwiących do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych oraz odbiór zużytych materiałów eksploatacyjnych z miejsc wskazanych przez Mazowiecka Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA".
Izba ustaliła, że Załącznikiem nr 1 do SIWZ był formularz oferty. Załącznik nr 2 stanowił szczegółowy opis przedmiotu zmówienia określający oferowane materiały wraz z miejscem dostarczenia.
Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone następujące oferty wykonawców:

- oferta nr 1 Firma Handlowa KOMAX 9 Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 2, 10 - 418 Olsztyn (Oferta odebrana przez Zamawiającego w dniu 05.01.2021 r. godz.. 11:35, zmiana oferty w dniu 12.01.2021 r. godz. 12:00); cena brutto: 658 093,02 PLN

- oferta nr 2 - GOLDEN LINE Sp. z o.o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów (Oferta odebrana przez Zamawiającego w dniu 13.01.2021 r. godz. 8:56), cena brutto: 304,050,34 PLN;
- oferta nr 3 - MCSupplies M.C., ul. Maksymiliana Marii Kolbego nr 2 lok 22, 35-512 Rzeszów (Oferta odebrana przez Zamawiającego w dniu 14.01.2021 r. godz. 8:35), cena brutto: 395 265,44 PLN.

Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert w dniu 14.01.2021 roku o godzinie 10:30. Izba ustaliła, że nadawcą listu przewozowego za pośrednictwem firmy kurierskiej DHL Parcel, potwierdzającego nadanie przesyłki zawierającej ofertę wykonawcy MCSupplies M.C., ul. Maksymiliana Marii Kolbego nr 2 lok 22, 35-512 Rzeszów była firma GOLDEN LNE S z o.o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów.

Ponadto, Izba ustaliła, że oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, dostarczone za pośrednictwem firmy kurierskiej DHL Parcel, według listu przewozowego zostały nadane (dwiema oddzielnymi kopertami kurierskimi w dniu 15.01.2021 r. godzina nadania 08:38 oraz 08:49) z adresu wykonawcy GOLDEN LINE Sp. z o.o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów zarówno dla wykonawcy GOLDE LINE Sp. z o.o., jak również wykonawcy MCSupplies M.C..

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 25 stycznia 2021 r. wezwał Odwołującego oraz wykonawcę MCSupplies M.C. do złożenia wyjaśnień przyczyn, dla których oferta oraz oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej wykonawcy MCSupplies M.C., ul. Maksymiliana Marii Kolbego nr 2 lok 22, 35-512 Rzeszów została wysłana z adresu GOLDEN LINE Sp. z o.o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie w dniu 27 stycznia 2021 r. Wykonawca MCSupplies M.C. wyjaśnił, że zwrócił się z prośbą do wykonawcy GOLDEN LINE Sp. z o.o. o wykonanie wyceny w przedmiotowym postępowaniu oraz nadprogramowo poprosił ww. wykonawcę o wysłanie oferty oraz oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej. Jednocześnie też stwierdził, że pomiędzy wykonawcami występują relacje tylko i wyłącznie czysto handlowe.

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 27.01.2021 Odwołujący wyjaśnił, że Pan M.C. jako kontrahent zwrócił się z prośbą o przygotowanie wyceny w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Owa wycena opiewała na kwotę 334 455,38 brutto, czyli o 10% większą aniżeli firmy Golden Line Sp. z o.o. tj. 304 050,34 brutto. Jak wynika z dalszych wyjaśnień Pan C. nie został poinformowany przez firmę Golden Line Sp. z.o.o., że również będzie brała udział w przedmiotowym postępowaniu, gdyż wykonawca uznaje to za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto Pan M.C. zwrócił się do wykonawcy Golden Line o nadanie swojej oferty przesyłką kurierską priorytetową z gwarancją dostarczenia jej na następny dzień roboczy, ponieważ sam nie był w tym zakresie dyspozycyjny. Wykonawca nie wyjaśnił przyczyny nadania oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej wykonawcy MCSupplies M.C. z adresu własnej siedziby. Dodatkowo wykonawca Golden Line Sp. z o.o. podniósł fakt, że Pan M.C. nie jest powiązany ani kapitałowo ani osobowo z firmą Golden Line Sp. z o.o. i nie wchodzi w skład grupy kapitałowej. Jedyne relacje jakie zachodzą między Wykonawcami są to relacje handlowe.

Izba ustaliła następujące podobieństwa graficzne pomiędzy ofertami złożonymi przez Odwołującego oraz Przystępującego:

Lp-	Umiejscowienie	SIWZ	Golden Line	MC Suppplies M.C.
1	Oświadczenia	Wyrażenie **"nie dotyczy"** w każdym miejscu użyto w identycznej formie (rodzaj pogubienia tekstu (bold), zapisu w tych samych linijkach, zapisu z małej lub z wielkiej litery).	Wyrażenie **"nie dotyczy"** zostało użyte w ofercie Golden Line 8 razy. Wykonawca ten zapisywał to wyrażenie na różne sposoby (pogrubienie, zwykłym tekstem, z dużej lub małej litery, od nowej linijki na środku strony, w tej samej linijce po wymaganym przez Zamawiającego tekście do wypełnienia).	Wyrażenie **"nie dotyczy"** zostało zmienione w stosunku do SIWZ dokładnie w taki sam sposób jak w ofercie Golden Line. Jeżeli w ofercie Golden Line było pogrubienie, to w MCS Supplises tez dokładnie tak samo i dokładnie w tym samym miejscu Jeżeli było przesunięcie w stosunku do SIWZ to w obu ofertach identycznie itd.
2	Numeracja Oferty	Numeracja Zamawiającego rozpoczyna się na 1 stronie SIWZ, załączniki są kontynuacją rozpoczętej numeracji	Pierwsza strona oferty zaczyna się od numeru "2"	Identycznie jak w ofercie Golden Line pierwsza strona zaczyna się od numeru "2"
3	Załącznik nr 1 do SIWZ Formularz ofertowy	Tekst **"Załącznik Nr 1 do SIWZ"** znajduje się po prawej stronie	Tekst "Załącznik Nr 1 do SIWZ" przesunięto do lewego marginesu	**Identycznie jak w ofercie Golden Line**
		Wysokość akapitu - przerwa pomiędzy tekstem "Adres wykonawcy:" a tekstem "Kod, miejscowość, województwo, kraj" wskazuje że zastosowano 2 entery	Pomiędzy tekstem "Adres wykonawcy ", a tekstem "Kod, miejscowość, województwo, kraj" usunięto 1 enter, przez co wysokość wersu tabeli zmniejszyła się	**Identycznie jak w ofercie Golden Line**
		Tekst w wersie **"Organ rejestrowy:"**	Dokonano wpisu tekstu na 4 linijki, przez co automatycznie wysokość wersu tabeli powiększyła się.	Wpisano tekst krótszy niż w ofercie Golden Line, ale **wysokość wersu tabeli jest identyczna jak w ofercie Golden** Line, mimo że tekst był krótszy i nie wymagał automatycznego powiększenia wysokości tego wersu tabeli.
		Pkt. 2. *Łączna cena brutto oferty* **w** *wysokości"* wartość **"słownie"** jest w linijce niżej. Po usunięciu kropek i wpisaniu wartości w liczbach, oryginalny tekst zawiera <enter>, a edycja powoduje, że wartość brutto wyrażona słownie winna być wpisana w linijce niżej.	Pkt. 2 Przy wpisywaniu wartości brutto słownie, podniesiono tekst do góry czyli do linijki, w której wpisać należało wartość brutto oferty wyrażoną liczbowo (usunięto oryginalny <enter>)	**Identycznie jak w ofercie Golden Line**
		Tekst **"Informacja Wykonawcy:"**	Usunięto kropki, a zastosowany tekst znalazł się w tej samej linii co wyrażenie "Informacja Wykonawcy". Użyto wyrażenia "Informuję, że wybór oferty nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego". Nie zastosowano kropki na końcu zdania. Tekst nie został wyjustowany.	**Dokonano identycznego wpisu.** Treść wpisu i układ graficzny tekstu identyczny jak w ofercie Golden Line.

		pkt 7, po usunięciu kropek i wpisywaniu tekstu edycja tekstu daje możliwość wpisywania od lewego marginesu, kursywą. Nie ma pogrubienia (bold).	Usunięto kropki, tekst **"Nie dotyczy"** wpisano z dużej litery, **pogrubiono** i wpisano wyrażenie na środku linijki	Usunięto kropki, tekst "Nie dotyczy" wpisano z dużej litery, **pogrubiono** i wpisano wyrażenie na środku linijki - **identycznie jak w ofercie Golden Line**
		Pkt 14 - kropki do wpisania tekstu	Usunięto kropki i użyto wyrażenia **"Zgodnie z SIWZ"**	zastosowano **identyczny wpis,** łącznie z wszystkim znakami **jak w ofercie Golden Line**
		data, miejscowość	takie same daty oferty, **taki sam format zapisu** daty i miejscowości w ofertach Golden Linę i MCS	takie same daty oferty, **taki sam format zapisu** daty i miejscowości w ofertach Golden Line i MCS
		Pkt 16	wpisano dane i usunięto z oryginalnego tekstu wszystkie przecinki	**Identycznie jak w ofercie Golden Line** usunięto wszystkie przecinki
4	załącznik nr 3 do SIWZ	*(imię, nazwisko, stanowisko/podstawa do reprezentacji)*	usunięto kropki, nie wpisano podstawy reprezentacji	**Identycznie jak w ofercie Golden Line** usunięto kropki, nie wpisano podstawy reprezentacji
		W oryginalnym wzorze SIWZ nie ma oddzielenia <enterem> treści oświadczenia od wyrażenia " … ..... (miejscowość), dnia r. "	Dokonano modyfikacji oryginalnego wzoru formularza poprzez oddzielenie <enterem> całej treści oświadczenia od testu "Miejscowość, data"	**Identycznie jak w ofercie Golden Line** tekst oddzielono 1 <enterem>
		w oświadczeniu DOTYCZĄCE SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU	Usunięto kropki i zastosowano wyrażenie "nie dotyczy" Wyrażenie to pogrubiono (bold).	**Identycznie jak w ofercie Golden Line** usunięto kropki i zastosowano wyrażenie "nie dotyczy". Wyrażenie to pogrubiono (bold).
		w oświadczeniu INFORMACJA W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW: układ rozmieszczenia zdań, polegam na zasobach wpisywał się w linijce niżej, słowa "w następującym zakresie" w nowej linijce	Przy wypełnianiu "polegam na zasobach następującego/ych podmiotu/ów:" usunięto kropki, w tej samej linijce wpisano "nie dotyczy" - tekstu wyjątkowo nie pogrubiono (brak bold), przy słowach "w następującym zakresie użyto "nie dotyczy" (tekst pogrubiono - bold), nie wyrównano tekstu do lewego marginesu wszystko wpisano w jednej linijce	Sposób wypełniania jest identyczny jak w ofercie Golden Line, taki sam brak zastosowania pogrubienia (bold), czy brak wyrównania tekstu
5	załącznik nr 3A do SIWZ	*(imię, nazwisko, stanowisko/podstawa do reprezentacji)*	usunięto kropki, nie wpisano podstawy reprezentacji	usunięto kropki, nie wpisano podstawy reprezentacji
		Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. ustawy Pzp *(podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 13-14, 16-20 lub art 24 ust 5 ustawy Pzp)* Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww okolicznością, na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp podjąłem następujące środki naprawcze:	13 kropek zamieniono na 6 kresek, na końcu oświadczenia wpisano "Nie dotyczy"	Taka sama zamiana jak w Golden Line -13 kropek zamieniono na 6 kresek. Na końcu oświadczenia również wpisano "Nie dotyczy". Wyrażenie wpisano jak w ofercie Golden Line z dużej litery
		Oświadczam, że w stosunku do następującego/ych podmiotu/tów, na którego/ych zasoby powołuję się w niniejszym postępowaniu, tj.:	Usunięto kropki, wpisano wyrażenie "nie dotyczy". Nie użyto pogrubienia (bold)	Identyczne wypełnienie, te same znaki graficzne jak w ofercie Golden Line.
		Oświadczam, że w stosunku do następującego/ych podmiotu/tów, będącego/ych podwykonawcą/ami:	Usunięto kropki, wpisano wyrażenie "nie dotyczy", nie użyto pogrubienia (bold).	Identyczne wypełnienie, te same znaki graficzne jak w ofercie Golden Line.
6	załącznik nr 6	Oryginalny tekst nie wskazuje ani nie wymaga podania w lewym górnym rogu żadnych danych firmowych Wykonawcy	W lewym górnym rogu **(tekst oświadczenia nie wymagał tego)** podano dane adresowe Wykonawcy	W lewym górnym rogu **(tekst oświadczenia nie wymagał tego)** podano dane adresowe Wykonawcy identycznie jak w ofercie Golden Line.
		(podpis wykonawcy lub upoważnionego przedstawiciela) - we wzorze formularza tekst jest w 1 linijce	Wyrażenie "(podpis wykonawcy lub upoważnionego przedstawiciela)" złamano akapitem i przesunięto do prawego marginesu.	Identycznie złamano tekst i przesunięto do prawego marginesu jak w ofercie Golden Line.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 4 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Firma Handlowa KOMAX 9 sp. z o.o.

Zamawiający odrzucił oferty Odwołującego oraz Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.
Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, 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 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „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 określone zachowanie przedsiębiorców 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 będącymi stronami tego porozumienia minimum wzajemnych 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. W piśmiennictwie podkreśla się, że 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 anytkonkurencyjnych jest porozumienie przetargowe, wskazując, iż są to uzgodnienia zawierane przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu co warunków składanych ofert. Dla zakwalifikowania porozumienia, jako niedozwolonego w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK niezbędne jest kumulatywne wystąpienie następujących okoliczności:

- zawarcia niedozwolonego porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (lub przedsiębiorców i organizatora przetargu), którego przedmiot stanowi uzgodnienie w zakresie warunków składanych ofert;
- antykonkurencyjnego charakteru porozumienia;
- braku podstaw do wyłączenia spod zakazu w oparciu o UOKiK.

Izba wskazuje, że zmowa przetargowa polega na ustalaniu zasad i warunków uczestnictwa między samodzielnymi przedsiębiorcami, której celem lub skutkiem jest pozyskanie zamówienia przez jednego z nich. W takim przypadku beneficjantem zdobycia zamówienia przez jednego z wykonawców stają się wszyscy wykonawcy uczestniczący w zmowie, co dzieje się ze szkoda dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Formą zmowy przetargowej są porozumienia wykonawców, których celem jest zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia przez któregokolwiek z członków porozumienia i podział zysku pomiędzy uczestnikami zmowy np. poprzez dokonywanie płatności tytułem podwykonawstwa lub innych usług (często fikcyjnych). W takiej sytuacji, pomimo, iż oferty składa dwóch niezależnych przedsiębiorców, to oferta jednego z nich ma charakter wyłącznie oferty zabezpieczającej (cover biding) lub jest wyłącznie powieleniem oferty jednego z oferentów.
Jak podkreśla się w piśmiennictwie zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje swoim zakresem wszelkie formy skoordynowanych zachowań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców, które w sposób celowy prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, co prowadzi do powstania warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji (patrz: Decyzja Prezesa UOKiK z 6.9.2011 r., RKT 2/2011).
W końcu wskazać należy na istotną kwestię związaną w niedozwolonymi porozumieniami pomiędzy przedsiębiorcami, a mianowicie sposób wykazania niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Temat ten jest przedmiotem obszernej analizy zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w piśmiennictwie. Wskazać w tym zakresie należy przede wszystkim na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06), w którym sąd wskazał, m.in., iż w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia możliwe - a niekiedy nawet konieczne - jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiejkolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. (…) Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczone w orzecznictwie (...). Jak wiadomo, w sądowym postępowaniu cywilnym ustalenie faktu, czy zespołu poszczególnych faktów, następuje w zasadzie przez udowodnienie każdego z nich. Może być jednak oparte na notoryjności (KPC), przyznaniu i KPC) lub domniemaniu faktycznym (KPC). (…) Wobec braku bezpośrednich środków dowodowych co do zawarcia porozumienia cenowego, konieczne stało się w postępowaniu sądowym konstruowanie domniemań faktycznych. Domniemanie takie pozwala na oparcie ustaleń faktycznych na uznaniu za ustalane faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów, czyli jest w istocie wnioskowaniem,

rozumowaniem sądu orzekającego, którego konstrukcja, w odniesieniu do poszczególnych powiązanych ze sobą faktów, na zasadach opisanych w art. 231 KPC, powinna być przedstawiona w uzasadnieniu wyroku w sposób pozwalający skontrolować prawidłowość ustalenia faktów i wynikających z nich wniosków.
Z uwagi na to, że wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo, w sądownictwie powszechnym za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zmowy przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Jak podkreśla się w orzecznictwie „Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie, zdaniem Sądu, jednoznacznie dowodzą wystąpienia zmowy przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję". (Tak wyr. SOKiK z 17.4.2008 r., XVII Ama 117/05). Istnienie więc zmowy przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z który łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek – o zmowie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.
Dalej wskazać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2009-06-09, II CSK 44/09, Sąc Najwyższy wskazał, iż artykuł 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.) może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.

Podkreślić należy, że ustalenie, iż pomiędzy przedsiębiorcami doszło do niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w rozumieniu art. 6 UOKiK może również stanowić podstawę do uznania danego czynu wykonawców jako czynu nieuczciwej konkurencji. Jak podkreśla się w piśmiennictwie ustawy te są bowiem względem siebie komplementarne, zaś stan faktyczny danej sprawy może podlegać ocenie na gruncie obu ustaw (tak m.in. Prawo konkurencji, System Prawa Prywatnego tom 15 pod redakcją prof. dr hab. Mariana Kępińskiego).

Mając na uwadze powyższe rozważania prawne i przenosząc je na grunt analizowanej sprawy wskazać należy w pierwszej kolejności, iż dla zakwalifikowania działania Odwołującego i Przystępującego jako praktyki ograniczającej konkurencję przybierającej postać niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w postaci zmowy przetargowej zasadnicze znaczenie ma rozstrzygnięcie czy podmioty te działały w porozumieniu, którego przedmiotem było ustalenie warunków ofert, w tym warunków cenowych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji. W ocenie Izby zaistniałe w niniejszej sprawie okoliczności takie jak: (i) powiązania biznesowe; (ii) zbieżności w ofertach obu wykonawców; (iii) chronologia przesyłania i uzupełniania dokumentów do Zamawiającego, pozwoliły Izbie na przyjęcie, iż pomiędzy Odwołującym a Przystępującym istniało porozumienie polegające na wspólnym uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności warunków cenowych za asortyment oferowany Zamawiającego, którego celem było nieuczciwe zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia i sprzedaż towarów będących w ofercie Odwołującego.

1.Porozumienie i przedmiot współpracy

Izba wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie mamy do czynienia z pisemnym porozumieniem zawartym pomiędzy Odwołującym a Przystępującym. O zaistnieniu niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego Izba orzekła na podstawie dowodów pośrednich tj. określonych przejawów i zachowań rynkowych Odwołującego oraz Przystępującego, jakie miały miejsce w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Analiza tych zachowań dały podstawę do przyjęcia, iż wykonawcy ci zawarli dorozumiane porozumienie mające na celu ustalenie treści składanych ofert w postępowaniu. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

1.1.Związek pomiędzy ofertami przetargowymi

Izba wskazuje, że w przetargach, w których miała miejsce uczciwa konkurencja, korelacja pomiędzy ofertami przetargowymi powinna być niewielka, po uwzględnieniu pewnych wspólnych i dostępnych dla wszystkich uczestników informacji wpływających na koszty realizacji danego zamówienia. W przypadku zaistnienia zmowy w danym postępowaniu i składania wspólnie ustalonych ofert mających na celu stworzenie złudzenia uczciwej konkurencji, oferty przetargowe są co do zasady w większym stopniu skorelowane. I z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Pomiędzy ofertami Odwołującego oraz Przystępującego istnieje szereg podobieństw, które można wytłumaczyć tylko w jeden racjonalny sposób tj. że oferty te były przygotowywane wspólnie i w porozumieniu. Jak Izba ustaliła, w obu ofertach występuje szereg podobieństw, w tym m.in. użycie tej samej czcionki, wielkość akapitów, interpunkcja, pogrubienia, sposób wypełnienia załączników. W ocenie Izby ustalone podobieństwa ofert wskazują na to, że wykonawcy wspólnie przygotowywali swoje oferty, podczas gdy każdy z nich powinien czynić to samodzielnie, bez wymiany informacji. Twierdzenia obu wykonawców jakoby podobieństwa te wynikały z historycznych powiązań pomiędzy wykonawcami Izba uznała za niewiarygodnie. Podobieństwa w ofertach dotyczyły bowiem dokumentów, które były dedykowane do przedmiotowego postępowania przetargowego. Nie jest więc możliwe, aby wynikały one z posiadania takich samych wzorców we własnym komputerze, gdyż w zasadniczej części są to podobieństwa w uzupełnieniach wzorów zawartych w SIWZ, których z istoty rzeczy nie mógł w swych zasobach mieć żaden z wykonawców. Nie można zgodzić się również ze stwierdzeniem Odwołującego, iż Przystępujący będąc pracownikiem Odwołującego nabył wiedzę i doświadczenie co do sposobu wypełniania dokumentów, stąd też podobieństwa w ofertach. Zdaniem Izby, ustalony zakres podobieństw nie ma nic wspólnego z rzekomą wiedzą i doświadczeniem jakie Przystępujący nabywał będąc pracownikiem Odwołującego. Taka sama liczba usuniętych przecinków czy kropek w formularzach udostępnionych przez Zamawiającego jest potwierdzeniem tego, że obie oferty były przygotowane wspólnie. Szablonem dla oferty

Przystępującego była oferta przegotowana przez Odwołującego, w której zostały zmienione wymagane dane. I to w sposób niedokładny, co potwierdza chociażby nagłówek adresowy w Załączniku nr 9, gdzie przed nazwą firmy Przystępującego pozostawiana została pierwsze litera z nazwy firmy Odwołującego.
Ponadto, Izba podkreśla, że podczas rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie, iż nie kwestionuje zakresu podobieństw w ofertach wykonawców. Tym samym, zdaniem Izby, Odwołujący pośrednio potwierdził, że obie oferty były przygotowywane wspólnie i w porozumieniu, podczas gdy każdy z wykonawców powinien czynić to samodzielnie, bez wymiany informacji.
Kolejną okolicznością potwierdzającą pośrednio wspólną współpracę wykonawców na etapie przygotowywania ofert jest nadanie oferty Przystępującego oraz oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej przez Odwołującego. Izba uznała za niewiarygodnie twierdzenia Odwołującego oraz Przystępującego, że Przystępujący poprosił o nadanie swojej oferty Odwołującego, ponieważ Odwołujący ma podpisaną umowę z firmą kurierską, która gwarantuje dostawę zamówienia do określonej godziny. Zdaniem Izby podmioty, które ze sobą konkurują na rynku, nie powierzają sobie dostarczenia tak istotnego dokumentu jakim jest oferta swojemu konkurentowi, chociażby ze względu na ryzyko związane z możliwością zapoznania się konkurenta z treścią oferty czy jej niedostarczenia do Zamawiającego w terminie. Zdaniem Izby usługi kurierskie są tak powszechnie dostępne dla przedsiębiorców, iż jednym racjonalnym i zasadnym wytłumaczeniem wysłania obu ofert przez Odwołującego jest to, że oferty te były przygotowane przez tego wykonawcę, w jego siedzibie, przy użyciu jego sprzętu komputerowego, podpisane przez Przystępującego i nadane przez Odwołującego. Podobnie, zdaniem Izby, brak jest racjonalnego i logicznego wytłumaczenia nadania oświadczenia Przystępującego o przynależności do tej samej grupy kapitałowej przez Odwołującego. Taki przebieg zdarzeń i czynności potwierdza, że wykonawcy wspólnie przygotowali dokumenty w siedzibie Odwołującego, z której następnie zostały one nadane do Zamawiającego.
Ponadto, nie sposób uznać za racjonale i uzasadnione gospodarczo twierdzenia Odwołującego i Przystępującego, że Odwołujący nie informował Przystępującego, że będzie składał ofertę w przetargu ogłoszonym przez Zamawiającego. Po pierwsze, Przystępujący- jako były pracownik Odwołującego - miał doskonałą wiedzę, że przedmiot zamówienia odpowiada produktom wytwarzanym i oferowanym przez Odwołującego. Po drugie, przyjąć należy, że miał wiedzę, że Odwołujący realizował już zamówienia na rzecz Zamawiającego i z dużym prawdopodobieństwem będzie ubiegał się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym okoliczność, iż rzekomo Odwołujący nie informował Przystępującego, iż będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia jest niewiarygodna. Zdaniem Izby, Przystępujący musiał mieć co najmniej świadomość tego, że Odwołujący z dużym prawdopodobieństwem złoży ofertę w przetargu. Skora zaś na ten sam asortyment zaoferowany przez wykonawców doliczony jest dodatkowy 30% narzut w ofercie Przystępującego, rodzi się pytanie o obiektywny ekonomiczny cel złożenia oferty przez Przystępującego. Zakładając bowiem, że celem złożenia oferty przez wykonawcę jest uzyskanie zamówienia, to dodając dodatkową 30% marżę do asortymentu Odwołującego, Przystępujący musiał mieć świadomość, iż nie uzyska zamówienia, chyba, że Odwołujący wycofa swoją ofertę przed podpisaniem umowy, co umożliwi wybór oferty Przystępującego o 30% droższej i podział zysków pomiędzy wykonawcami.

1.2.Analiza wariacji cen za przedmiot zamówienia

Zdaniem Izby kolejną okolicznością pośrednio potwierdzająca, że wykonawcy dziali w porozumieniu składając swoje oferty to okoliczność, iż zasadnicza część pozycji z asortymentu obu wykonawców różnią się od siebie w cenie dokładnie o ten samym algorytm – tj. o 30%. Jak potwierdził Zamawiający podczas badania pozycji w formularza cenowego Przystępującego, każda badana pozycja jest większa o 30% względem oferty Odwołującego, przy czym nie ma znaczenia czy cena została podana właściwie czy błędnie. Obie oferty w tych samych pozycjach zawierają błędy w wycenie. Dla tego samego produktu (NV-Q6000A N-zamiennik do tonera HP Q6000A) Odwołujący wskazał dwie różne ceny poz. 172 – 12,40 zł, poz. 263 – 38,20 zł. Analogicznie Przystępujący w tych samych pozycjach dokonał błędnej wyceny zamiennika: poz. 173 – 16,12 zł, poz. 263 – 49,66 zł. Zdaniem Izby, za nieprawdopodobne uznać należy, że Przystępujący wypełniając swój formularz cenowy w zasadniczej części asortymentu zwiększył równo o 30% z dokładnością do 1 gr wycenę oferowanego asortymentu. Zdaniem Izby pozycje cenowe z formularza cenowego Odwołującego zostały przemnożone przez współczynnik 1.3 i w ten sposób została wyliczona cena za te same produktu w ofercie Przystępującego. Mając na uwadze, że oferta Odwołującego wynosiła 304 050, 34 zł., a oferta Przystępującego 395 265,44 zł to wartości te zostało ustalone przez wykonawców w następujący sposób: 304 050,34 x 1,30 = 395 265,44 zł.
Izba wskazuje, że oferta zawiera 550 pozycji do wyceny: 402 poz. tonerów czarnych (400 wynikająca z numeracji + 2 bez numerów), 42 poz. tonerów kolorowych, 79 poz. bębnów (zarówno sztuki jak i komplety), 19 poz. pojemników, 2 poz. pasów transmisyjnych, 6 poz. matryce, rolki, stabilizatory, z czego:

- 402 pozycje – wszystkie ceny czarnych tonerów powiększone o 30%, niezależnie czy produkt jest producenta Golden Line czy producentów oryginalnych, których Golden Line nie jest oficjalnym dystrybutorem w Polsce;
- 42 pozycje - wszystkie ceny kolorowych tonerów powiększone o 30%, niezależnie czy produkt jest producenta Golden Line czy producentów oryginalnych, których Golden Line nie jest oficjalnym dystrybutorem w Polsce;
- 70 pozycji – wszystkie ceny bębnów powiększone o 30%, niezależnie czy produkt jest producenta Golden Line czy producentów oryginalnych, których Golden Line nie jest oficjalnym dystrybutorem w Polsce;
- 19 pozycji – obie oferty zawierają identyczne ceny. Nie może zatem być prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że jego oferta była o 10% wyższa.

Poz.52- Golden Line 26,00 zł, MC - 26,00 zł
Poz.86 - Golden Line 13,60 zł, MC - 13,60 zł
Poz.138 - Golden Line 26,00 zł, MC - 26,00 zł
Poz.139 - Golden Line 27,00 zł, MC - 27,00 zł
Poz.141 - Golden Line 26,00 zł, MC - 26,00 zł
Poz.142 - Golden Line 26,00 zł, MC - 26,00 zł
Poz.143 - Golden Line 26,00 zł, MC - 26,00 zł
Poz.144 - Golden Line 26,00 zł, MC - 26 zł
Poz.145 - Golden Line 26,10 zl, MC - 26,10 zł
Poz.146 - Golden Line 26,00 zł, MC - 26,00 zł
Poz.149 - Golden Line 26,10 zł, MC - 26,10 zł
Poz.155 - Golden Line 26,10 zł, MC - 26,10 zł
Poz.160 - Golden Line 13,60 zł, MC - 13,60 zł

Poz.246 - Golden Line 13,60 zł, MC - 13,60 zł
Poz.347 - Golden Line 14,50 zł, MC - 14,50 zł
Poz.348 - Golden Line 13,60 zł, MC - 13,60 zł
Poz.349 - Golden Line 13,60 zł, MC - 13,60 zł
Poz.350 - Golden Line 14,60 zł, MC - 14,60 zł
Poz.351 - Golden Line 14,50 zł, MC - 14,50 zł

- 2 pozycje – wszystkie ceny pasów bębnów powiększony o 30%;
- 2 pozycje matryce – obie oferty zawierają identyczne ceny: Poz. bez numeracji - Golden Line 206,00 zł, MC - 206,00 zł; Poz. bez numeracji - Golden Line - 206,00 zł, MC - 206,00 zł
- 2 pozycje rolek poboru – obie oferty zawierają identyczne ceny: Poz. bez numeracji - Golden Line 50,00 zł, MC - 50,00 zł; Poz. bez numeracji - Golden Line 50,00 zł, MC - 50,00 zł
- 2 pozycje stabilizatorów – ceny powiększone o 30%, poz. bez numeracji: Golden Line 50,00 zł, MC - 65,00 zł; Poz. bez numeracji - Golden Line 50,00 zł, MC - 65,00 zł.

Zdaniem Izby powyższe zestawienie potwierdza, że wycena oferty Przystępującego odbywała się poprzez zastosowanie przyjętego przez wykonawców mnożnika w wysokości 30%. Ponadto, w obu ofertach zastosowano niestandardowy zapis formatu ceny, poprzez pominięcie spacji systemowej w zapisie liczb.
Izba uznała twierdzenia Przystępującego dotyczące zastosowanej marży za niewiarygodne. Przystępujący argumentował, że do cen zaproponowanych przez Odwołującego dorzucił marżę w wysokości 17 – 18 %, co łącznie dawało 30% różnice cenową pomiędzy ofertami. Po pierwsze, Przystępujący musiałby znać marżę jaką Odwołującego zastosował w ofercie złożonej Przystępującego, co stoi w sprzeczności z twierdzeniami stron, że nie ujawniały takich informacji. Po drugie, Przystępujący nie złożył do akt potwierdzenia otrzymania jakiejkolwiek oferty handlowej od Odwołującego. Nie ma żadnego dowodu w sprawie potwierdzającego treść oferty cenowej złożonej Przystępującemu przez Odwołującego, która stanowiła rzekomą bazę do zastosowania narzutu na jaki powołuje się Przystępujący. Jest oczywistym dla Izby, że każdy przedsiębiorca dokumentuje oferty otrzymane w toku działalności gospodarczej, szczególnie jeśli stanowią one podstawę do wyceny własnej oferty. W analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z kuriozalną sytuacją, w której teoretycznie nieżelazne podmiotu dokonują uzgodnień handlowych, nie dokumentując ich w żaden sposób. Nie sposób uznać taką sytuacją za realną i uzasadnioną gospodarczo.
Ponadto, Izba wskazuje, że gdyby przyjąć, jak twierdzi Przystępujący, iż do cen zaproponowanych przez Odwołującego naliczył marżę w wysokości 17 - 18%, to w pozycjach kosztorysu końcówki cenowe na poszczególne produkty nie wynosiłby „00”, jak wskazywałby konkretną liczbę. Sposób ukształtowania cen na asortyment produktów wskazanych w formularzu cenowym wskazuje, że ceny zostały podwyższone równo o 30%. To zaś przeczy twierdzeniom Przystępującego o doliczeniu marży w wysokości 17 – 18%. Zdaniem Izby, obaj wykonawcy uzgodnili sposób ukształtowania cen w swoich ofertach, zaś przyjęta przez Przystępującego marża w wysokości 17 - 18% jest wyłącznie próbą uzasadnienia zastosowanego przez wykonawców algorytmu wyceny. Ponadto, za niewiarygodne Izba uznała twierdzenia Odwołującego, iż tożsamość wyceny poszczególnych pozycji wynika z tego, iż być może Odwołujący zablokował określone komórki w tabeli excel, co spowodowało brak zwiększenia ceny o 10%. Zdaniem Izby profesjonalni wykonawcy, którzy konkurują ze sobą na rynku nie popełniają tego rodzaju błędów. Wskazane powyżej podobieństwa w wycenie potwierdzają, iż wykonawcy w porozumieniu ustalili, które pozycje zostaną zwiększone o 30%, a które zostaną wycenione na tym samym poziomie. Brak jest jakiegokolwiek innego logicznego i racjonalnego wytłumaczenia *ww.* podobieństw w wycenie.
Ponadto Izba wskazuje, że w aktach sprawy brak jest jakiegokolwiek dowodu, chociażby pośredniego, na wykazanie, że Odwołujący rzeczywiście złożył Przystępującemu ofertę cenową, która następnie była niezależnie przygotowana przez Przystępującego i złożona w postępowaniu. Za niewiarygodne Izba uznała twierdzenia, że Odwołujący przekazał na pendrive taką ofertę cenową Przystępującemu. Twierdzeniom takim przeczy chociażby przedłożony przez samego Odwołującego materiał dowodowy w postaci korespondencji e-mailowej pomiędzy Odwołującym a Przystępującym. Z jego treści wynika, że oferty były przekazywane właśnie drogą e - mailową. Trudno uznać za wiarygodną okoliczność, iż właśnie w przypadku oferty w przedmiotowym postępowaniu została ona przekazana Przystępującemu na pendrive przez Odwołującego. Ani pendrive ani żadna inny dowód nie został złożony Izbie na potwierdzenia przekazania takiej oferty handlowej. Rodzi to, zdaniem Izby, uzasadnione podejrzenie, że obie oferty zostały przygotowane przez jeden podmiot tj. przez Odwołującego, działającego z porozumieniu z Przystępującym. Do cen zaoferowanych przez Odwołującego został automatycznie doliczany 30% narzut, a następnie oferty te, po podpisaniu przez Przystępującego, zostały wysłane przez Odwołującego do Zmawiającego.

1.3Brak uzasadnienia zachowania przedsiębiorców

W kontekście zachowań i czynności podjętych przez Odwołującego i Przystępującego w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego, Izba uznała, że brak jest racjonalnego gospodarczego uzasadnienia skoordynowanego działania *ww.* wykonawców. Zachowania wykonawców i ich czynności są niewytłumaczalne z punktu widzenia uczciwej konkurencji na rynku, jaka powinna mieć miejsca pomiędzy dwoma niezależnymi i konkurującymi przedsiębiorcami. W okolicznościach analizowanej sprawy mamy do czynienia z tzw. nierealnym zbiegiem szeregu okoliczności, które można wytłumaczyć wyłącznie tym, iż wykonawcy działali w porozumieniu, ustalając warunki złożonych ofert, w tym warunki cenowe. Do okoliczności tych Izba zalicza: wysłanie oferty oraz oświadczenia Przystępującego o braku przynależności do jednej grupy kapitałowej przez Odwołującego, szereg podobieństw graficznych w obu ofertach, sposób wyceny asortymentu w formularzach cenowych wykonawców i zastosowanie względem wyceny Przystępującego stałego mnożnika na poziomie 1.3, brak dowodu, iż Odwołujący przekazał Przystępującemu jakąkolwiek ofertę stanowiącą wycenę asortymentu zamawianego przez Zamawiającego. Zdaniem Izby, jedynym, racjonalnym i logicznym wytłumaczeniem powyższych zachowań przedsiębiorców jest uznanie, że działali oni w porozumieniu, ustalając wspólnie warunki złożonych ofert.

2.Cel porozumienia

Z niedozwolonym porozumieniem wykonawców mamy do czynienia w sytuacji, gdy takie porozumienie ma na celu zakłócenie konkurencji. Dla stwierdzenia antykonkurencyjnego celu porozumienia wystarczy, aby praktyka mogła oddziaływać negatywnie na konkurencję. Kwestia czy i w jakim zakresie tego rodzaju skutek rzeczywiście powstaje może mieć znaczenie tylko i wyłącznie dla obliczenia wysokości grzywny czy prawa do odszkodowania. Badaniu więc podlega w kontekście ustalenia celu zdolność danej praktyki do wywierania skutków antykonkurencyjnych. Przy czym zaznaczyć należy, że pewne zmowy pomiędzy przedsiębiorcami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji.
Zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, już sam fakt zawarcia pomiędzy Odwołującym a Przystępującym

dorozumianego porozumienia polegającego na wspólnym ustaleniu treści składanych ofert oddziałuje negatywnie na uczciwą konkurencje pomiędzy niezależnymi wykonawcami na rynku, co wypełnia przesłankę wykazania antykonkurencyjnego celu porozumienia. Istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest to, że wykonawcy w sposób samodzielny i niezależny określają co i za ile będą świadczyć Zamawiającemu. Wykonawcy w sposób uczciwy konkurują pomiędzy sobą posiadanym doświadczeniem, potencjałem kadrowym, zdolnościami do przygotowania i wyceny oferty. W sytuacji, gdy dochodzi do dorozumianego porozumienia pomiędzy dwoma wykonawcami na etapie przygotowywania ich ofert, ustalenia sposobu wyceny, to zasada samodzielności i odrębności ofert ulega zachwianiu. Należy zauważyć, że autonomia podmiotów gospodarczych należy do podstawowych warunków właściwego działania konkurencji. Konkurencyjność wśród niezależnych przedsiębiorców oparta jest na założeniu, że każdy podmiot gospodarczy winien określać w sposób autonomiczny politykę, jaką zamierza realizować, opierając się na swoim doświadczeniu i wiedzy. Wszelkie dorozumiane porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami ubiegającymi się o zamówienia, przejawiające się ustalaniu warunków ofertowych, rzekomej pomocy w przygotowaniu oferty, w tym warunków cen mają realny i potencjalnie negatywny wpływ na konkurencje na rynku zamówień publicznych. Stwarzają bowiem pozory istnienia dwóch niezależnych i doświadczonych wykonawców, a w istocie działa jeden podmiot, ustalający nieuczciwe zasady zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia. Izba podkreśla, że istotą zamówień publicznych jest realizacja potrzeb publicznych na jak najwyższym poziomie, po możliwie najniższej cenie. Narzędziem służącym realizacji ww. celu jest uczciwa i otwarta konkurencja na rynku pomiędzy niezależnymi i konkurującymi wykonawcami. Niedozwolona współpraca wykonawców w postępowaniu przetargowym powoduje, że teoretycznie niezależni konkurenci nie konkurują ze sobą, ale uzgadniają taktykę postępowania względem zamawiającego narażając go tym samym na ryzyko nabywania produktów po zawyżonych cenach czy niższej jakości.

W ocenie Izby, mając na uwadze okoliczności związane ze złożeniem ofert przez Odwołującego oraz Przystępującego nie ma wątpliwości, iż w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z niedozwolonym porozumieniem obu wykonawców polegającym na wspólnym ustaleniu warunków składanych ofert, jak i wspólnym przygotowaniu ofert, w tym sposobie wyceny asortymentu wskazanego w formularzu cenowym. Celem porozumienia było nieuczciwe zwiększenie szans na wybór oferty członka porozumienia, a tym samym nieuczciwe zwiększenie szans na sprzedaż towarów będących w ofercie Odwołującego. W konsekwencji Izba uznała, że w postępowaniu doszło do złożenia ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji poprzez utrudnianie dostępu do zamówienia innym wykonawcom. Działanie to oceniono jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także zagrażające interesom innych przedsiębiorców, poprzez pogorszenie ich sytuacji w dostępie do rynku i wyczerpują dyspozycję art. 3 ust. 1 i 2 UZNK.

Podkreślić należy, że okoliczności uzasadniające zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji muszą być oceniane jako pewna całość stanowiąca rezultat działania wykonawców, albowiem oceniane pojedynczo mogą stanowić o samodzielnej, niezależnej i zgodnej z przepisami czynności wykonawcy związanej z przygotowaniem ofert. W ocenie Izby, wystąpił zbieg norm i podstaw dla przypisania Odwołującemu i Przystępującemu czynów nieuczciwej konkurencji, określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami zagrażającego interesom gospodarczym pozostałych uczestników przetargu jak i Zamawiającemu. Niewątpliwym jest, że złożenie ofert przez *ww.* wykonawców w tym postępowaniu nie realizowało celu uczciwej konkurencji. Czynności obu wykonawców naruszają interesy i dobra innych podmiotów ubiegających się o to zamówienie, które w sposób samodzielny i uczuciowy określały warunku realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego oraz Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……