Sygn. akt: KIO 3185/21

WYROK

z dnia 18 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2021 r. przez wykonawcę: Granity S. Group s.c., ul. Wincentego Witosa 3, 07-230 Zabrodzie w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Instytut Pamięci Narodowej - Komisja

Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu ul. Janusza Kurtyki 1, 02-676 Warszawa,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Granity S. Group s.c., ul. Wincentego Witosa 3, 07-230 Zabrodzie, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Granity S. Group s.c., ul. Wincentego Witosa 3, 07-230 Zabrodzie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 3185/21

Uzasadnienie

Zamawiający, Instytut Pamięci Narodowej - Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko

Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, pn. „Budowa upamiętnienia w postaci pomnika Grudzień'70 na Cmentarzu Centralnym w Szczecinie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 września 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00190573/01.

Zamawiający w dniu 22 października 2021 r. powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca Granity S. Group S.C. z siedzibą w Zabrodziu wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez M. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. Kamieniarstwo M. S. z siedzibą w Wągrodnie oraz wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy: M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. Kamieniarstwo M. S. oraz wykonawcy: Multi Stone sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":

I. art. 266 Pzp w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 15 Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp,

poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców S. Kamieniarstwo i Multi Stone sp. z o.o., którzy zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, m.in. poprzez to, że należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyli w przedmiotowym postępowaniu odrębne oferty, a jednocześnie wykonawca S. Kamieniarstwo nie wykazał, aby istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadziły do zakłócenia konkurencji w tymże postępowaniu o udzieleniu zamówienia, np. poprzez wykazanie, że oferty zostały przygotowane niezależnie od siebie, przy czym zakłócenie konkurencji w postępowaniu nastąpiło, gdyż pierwsza oferta została złożona przez M. S. prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą S. Kamieniarstwo M. S., a kolejna oferta została złożona przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Multi Stone sp. z o.o., gdzie ta sama osoba (M. S.) wraz ze swoją małżonką W. I. S. są jedynymi wspólnikami tej spółki i każda z tych osób dysponuje 50 udziałami, a ponadto zarówno M. S. jak i W. S. są członkami dwuosobowego zarządu spółki;

II. art. 266 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.) w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców S. Kamieniarstwo i Multi Stone sp. z o.o., którzy złożyli oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na uzgadnianiu przez wykonawców S. Kamieniarstwo i Multi Stone, warunków składanych ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców S. Kamieniarstwo oraz Multi Stone sp. z o.o., odrzucenie ofert wykonawców S. Kamieniarstwo oraz Multi Stone sp. z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu na poparcie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w odwołaniu i zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w branży kamieniarskiej, złożył ważną ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty, tj. oferta Odwołującego - wspólników spółki cywilnej Granity S. Group S.C., oferta S. Kamieniarstwo oraz oferta Multi Stone sp. z o.o. W ocenie Odwołującego, opisane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego wskazują, że wykonawcy S. Kamieniarstwo i Multi Stone sp. z o.o. powinni zostać wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, a ich oferty powinny zostać odrzucone. Działania i zaniechania Zamawiającego, do których doszło w przedmiotowym postępowaniu, powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę z uwagi na brak możliwości uzyskania zamówienia, a w efekcie może utracić korzyści związane z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdz. IV ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia jest realizacja robót budowlanych związanych z budową upamiętnienia w postaci pomnika Grudzień'70 na Cmentarzu Centralnym w Szczecinie przy ulicy Ku Słońcu 125A.

Po otwarciu ofert, które miało miejsce w dniu 8 października 2021 r., pismem z dnia 13 października 2021 r., Zamawiający wezwał wykonawcę S. Kamieniarstwo, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, m.in.

oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 108 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp.

Wykonawca S. Kamieniarstwo, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, oświadczył, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co inny wykonawca, który złożył odrębną ofertę, w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że M. S. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą S. Kamieniarstwo M. S.. Z informacji z CEIDG wynika, że M. S. związany jest małżeńską wspólnością majątkową. Z całokształtu okoliczności wynika, że żoną M. S. jest W. I. S.. Oferta wykonawcy S. Kamieniarstwo została podpisana przez M. S..

Kolejna oferta została złożona przez spółkę Multi Stone sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (nr KRS: 0000598810), w której jedynymi wspólnikami są M. S. i W. I. S. (żona M. S.). Każda z osób ma 50 udziałów. W skład zarządu spółki wchodzi M. S. i W. I. S.. W spółce nie został powołany organ nadzoru ani prokurenci. Oferta złożona przez wykonawcę Multi Stone sp. z o.o. podpisana została przez W. I. S. - żonę M. S..

Złożenie odrębnych ofert przez S. Kamieniarstwo, gdzie ofertę podpisał M. S. oraz przez Multi Stone sp. z o.o., gdzie ofertę podpisała W. I. S., obliguje Zamawiającego do zbadania zależności między tymi podmiotami oraz osobami i ustalenia czy nie doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Według art. 4 pkt 14 uokik, ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Konieczne jest zatem ustalenie kim jest przedsiębiorca w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i czym jest przejęcie kontroli w rozumieniu tejże ustawy. Zgodnie z art. 4 pkt 1 in principio uokik, ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 i 1495 oraz z 2020 r. poz. 424 i 1086), a zatem nie ulega wątpliwości, że przedsiębiorcą będzie osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, jak i osoba prawna (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością).

Ustawodawca, definiując w art. 4 pkt 4 uokik przejęcie kontroli, przyjął, że przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,

b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,

c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),

d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień

z innymi osobami,

e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),

f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Zdaniem Odwołującego, odnosząc cytowane przepisy prawa do stanu faktycznego w tej sprawie należy przyjąć, że dochodzi do przejęcia kontroli w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zyski uzyskane przez M. S., jak i wypłacona, w ramach działalności spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, dywidenda zasili majątek wspólny małżonków, który - jak wynika z informacji w CEIDG dot. M. S. - objęty jest małżeńską wspólnością majątkową. Zgodnie z art. 31 § 2 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1359) do majątku wspólnego należą w szczególności pobrane wynagrodzenie za pracę i dochody z innej działalności zarobkowej każdego z małżonków, dochody z majątku wspólnego, jak również z majątku osobistego każdego z małżonków, środki zgromadzone na rachunku otwartego lub pracowniczego funduszu emerytalnego każdego z małżonków, kwoty składek zewidencjonowanych na subkoncie, o którym mowa w art. 40a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 266, 321, 568, 695 i 875). Regulacje zawarte w ustawie z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1526 z późn. zm.) przewidują, że wspólnik ma prawo do udziału w zysku wynikającym z rocznego sprawozdania finansowego i przeznaczonym do podziału uchwałą zgromadzenia wspólników, z uwzględnieniem przepisu art. 195 § 1 (vide art. 191 § 1 Ksh) oraz, że jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej, zysk przypadający wspólnikom dzieli się w stosunku do udziałów (vide art. 191 § 3 Ksh).

Wobec powyższego, M. S. i W. I. S. mają wspólny gospodarczy i ekonomiczny interes uzyskania jak największego zysku, bowiem w sposób bezpośredni przekłada się to na ich wspólną sytuację majątkową. W ocenie Odwołującego, opisane powiązania, rodzinne i

finansowe, przemawiają za przyjęciem, że dochodzi do możliwości wywierania wpływu przez

jeden podmiot na drugi podmiot i vice versa.

Powyższe przemawia za uznaniem, że wykonawca S. Kamieniarstwo wraz z

wykonawcą Multi Stone sp. z o.o. zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie

konkurencji.

Także następujące dodatkowe okoliczności wskazują, że twierdzenie j.w. jest prawdziwe:

- znacznik podpisu zarówno w ofercie M. S. Kamieniarstwo, jak i w ofercie Multi Stone sp. z o.o., został postawiony w tym samym, dość nieoczywistym miejscu, tj. w prawym górnym rogu. W zdecydowanej większości dokumentów obserwuje się, że osoby podpisujące znacznik stawiają w dolnej części dokumenty, jak niżej, a nie w górnej części

dokumentu.

- jak widać na wyciągach z formularzy ofertowych, każdy z Wykonawców zamiast wpisywania danych na formularzu ofertowym zdecydował się przybić pieczątkę firmową.

- fakt, że S. Kamieniarstwo, jak i Multi Stone sp. z o.o. wskazują na dokładnie taki sam zakres przedmiotu zamówienia, który zostanie zrealizowany przez podwykonawcę. Firmy podwykonawców wskazywane przez Wykonawców nie są tożsame, ale ani przepisy prawa, ani wzór umowy, nie stanowią przeszkody by na etapie podpisywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub później, na etapie realizacji umowy, zmienić podwykonawcę na innego.

- fragment formularza ofertowego, gdzie wskazano zakres prac powierzany

podwykonawcy, został wpisany tym samym rodzajem czcionki u obydwóch wykonawców.

W ocenie Odwołującego, opisane okoliczności faktyczne powinny zostać rozpatrzone

przez Zamawiającego także pod kątem spełnienia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie, z którą zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że w art. 3 ust. 1 uznk ustawodawca posłużył się generalną

klauzulą czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei w art. 3 ust. 2 uznk ustawodawca wskazał na przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji, w tym m. in. na utrudnianie dostępu do rynku.

Ten delikt został szczegółowo uregulowany w art. 15 uzknk. Czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy (vide art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk).

Zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, 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 (vide art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik). Odwołujący wskazał, że dokumentacja postępowania, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, SWZ i zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowią dowody na poparcie przytoczonych okoliczności.

Pismem z dnia 15 listopada 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że w postępowaniu za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta złożona przez M. S.. W dniu 13 października 2021 r. Zamawiający wezwał M. S. do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej. W odpowiedzi na wezwanie M. S. złożył oświadczenie, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów z innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu.

Zamawiający wyjaśnił, że po wniesieniu odwołania Zamawiający pismami z dnia 28 października 2021 r. wezwał M. S. oraz Multi Słone sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności przygotowania złożonych ofert.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie M. S. wyjaśnił, że realne funkcje zarządcze w Multi Słone sp. z o.o. pełni W. S., opierając się na zatrudnionych w spółce wieloletnich pracownikach w tym Dyrektorze Zarządzającym w osobie L. S. Obie firmy działają niezależnie i konkurują na rynku wiele lat, uczestnicząc często w tych samych przetargach. Złożona przez niego oferta w postępowaniu została przygotowana przez niego osobiście.

Wykonawca Multi Słone sp. z o.o. wyjaśnił, że L. S. w Spółce odpowiada za kosztorysowanie i obsługę przetargów, natomiast dokumentację przygotowuje A. K.. Oferta złożona w postępowaniu została przygotowana w oparciu o zebrane oferty na kluczową część zamówienia, czyli dostawę kamienia i kosztorys samodzielnie przygotowany przez L. S. i A. K.. Kosztorys ten został zaakceptowany bez zmian przez W. S.. W przygotowaniu oferty nie brał udziału M. S.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, iż sam fakt złożenia ofert przez M. S. oraz przez Multi Słone sp. z o.o. obligował Zamawiającego do zbadania zależności między tymi podmiotami oraz osobami i ustalenia czy nie doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zarówno bowiem informacje zawarte w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej

Polskiej (CEDG), jak i informacje zawarte w Krajowym Rejestrze Sądowym (KRS) nie pozwalają na ustalenie, iż M. S. uwidoczniony w CEDG oraz M. S. uwidoczniony w KRS spółki to ta sama osoba.

W świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, obowiązek Zamawiającego zbadania zależności między tymi wykonawcami oraz osobami i ustalenia czy nie doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji powstał dopiero w momencie, gdy Zamawiający zapoznał się z twierdzeniami Odwołującego zawartymi w odwołaniu.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, iż M. S. oraz Multi Słone sp. z o.o. należą do tej samej grupy kapitałowej. Twierdzenie to oparte jest tylko na założeniu, iż M. S. oraz W. S. są małżeństwem. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Ze złożonych przez M. S. oraz Multi Słone sp. z o.o. wyjaśnień jednoznacznie wynika, że każdy z tych wykonawców przygotował ofertę samodzielnie. Samodzielne przygotowanie ofert przez obu wykonawców potwierdzili również L. S. oraz A. K.

Twierdzenia, iż każdy z ww. wykonawców przygotował ofertę samodzielnie nie podważa fakt, że znacznik podpisu w ofercie M. S. jak i w ofercie Multi Słone sp. z o.o. został postawiony w tym samym miejscu, tj. w prawym górnym rogu. Miejsce to jest oczywiste jeżeli uwzględni się, że oferty te zostały opatrzone podpisem zaufanym. W przypadku bowiem tego

podpisu znacznik podpisu jest zawsze automatycznie stawiany w tym miejscu. Postawienie natomiast pieczątek było zgodne ze wzorem formularza ofertowego, w którym wskazano, iż w tym miejscu ma być postawiona „pieczęć wykonawcy”.

W ocenie Zamawiającego, nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, iż w obu ofertach posłużono się tym samym rodzajem czcionki.

Sformułowany przez Odwołującego zarzut zaniechania odrzucenia oferty M. S. i oferty Multi Słone sp. z o.o. oparty na twierdzeniu, iż obie oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp) jest niezasadny. Uzasadnienia tego zarzutu Odwołujący poszukuje w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 z późn.zm.) oraz w przepisach ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275). Aby jednak mówić o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji musiałoby dojść do zawarcia porozumienia, którego celem było działanie sprzeczne z prawem. Odwołujący nie wykazał w odwołaniu, iż działanie ww. wykonawców było sprzeczne z prawem. O działaniu sprzecznym z prawem nie może być mowy również z tego powodu, że zarówno M. S., jak i Multi Słone sp. z o.o. przygotowali oferty niezależnie od siebie, co znajduje potwierdzenie w przedstawionych dowodach.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców S. Kamieniarstwo i Multi Stone sp. z o.o., na tej podstawie, że zawarli oni między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, m.in. poprzez to, że należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyli w przedmiotowym postępowaniu odrębne oferty, a jednocześnie wykonawca S. Kamieniarstwo nie wykazał, aby istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadziły do zakłócenia konkurencji w tymże postępowaniu o udzieleniu zamówienia.

Za nieuzasadniony Izba uznała także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w

zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.) w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy i w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców S. Kamieniarstwo

i Multi Stone sp. z o.o., którzy złożyli oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na uzgadnianiu przez wykonawców S. Kamieniarstwo i Multi Stones p. z o.o., warunków składanych ofert.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdz. IV ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia jest realizacja robót budowlanych związanych z budową upamiętnienia w postaci pomnika Grudzień'70 na Cmentarzu Centralnym w Szczecinie przy ulicy Ku Słońcu

125A.

Pismem z dnia 13 października 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę S. Kamieniarstwo, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych

środków dowodowych, m.in. oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 108 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp.

Wykonawca M. S. Kamieniarstwo, odpowiadając na powyższe wezwanie Zamawiającego, oświadczył, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co inny wykonawca, który złożył odrębną ofertę, w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca M. S. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą S. Kamieniarstwo M. S.. Z informacji z CEIDG wynika, że M. S. związany jest małżeńską wspólnością majątkową. Oferta Wykonawcy S. Kamieniarstwo została podpisana przez M. S..

Oferta złożona przez spółkę Multi Stone sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (nr KRS: 0000598810), podpisana została przez W. I. S.. W ww. spółce wspólnikami są M. S. i W. I. S. posiadający po 50 udziałów. W skład zarządu spółki wchodzi M. S. i W. I. S.. W spółce nie został powołany organ nadzoru ani prokurenci.

Okoliczność, że żoną M. S. jest W. I. S. nie została przez Odwołującego wykazana.

Zamawiający pismami z dnia 28 października 2021 r. wezwał M. S. oraz Multi Słone sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności przygotowania złożonych ofert.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego M. S. pismem z dnia 3 listopada 2021 r. wyjaśnił, że realne funkcje zarządcze w Multi Słone sp. z o.o. pełni W. S. opierając się na zatrudnionych w spółce wieloletnich pracownikach w tym Dyrektorze Zarządzającym w osobie L. S.. Obie firmy działają niezależnie i konkurują ze sobą na rynku. Wykonawca oświadczył, że złożona przez niego oferta w postępowaniu została przygotowana przez niego osobiście w oparciu o zasoby tego przedsiębiorstwa.

Wykonawca Multi Słone sp. z o.o. pismem z dnia 3 listopada 2021 r. wyjaśnił, że L. S. w spółce odpowiada za kosztorysowanie i obsługę przetargów, natomiast dokumentację przygotowuje A. K.. Oferta złożona w postępowaniu została przygotowana w oparciu o zebrane oferty na kluczową część zamówienia, czyli dostawę kamienia i kosztorys samodzielnie przygotowany przez L. S. i A. K.. Kosztorys ten został zaakceptowany bez zmian przez W. S.. W przygotowaniu oferty nie brał udziału M. S.. Złożona oferta odzwierciedla realną wartość prac i materiału i została przygotowana w oparciu o realne dane. Do przedmiotowych wyjaśnień zostały załączone oświadczenia A. K., L. S. i W. S. z dnia 3 listopada 2021 r., potwierdzające, że oferta wykonawcy została przygotowana samodzielnie i rzetelnie przez pracowników Spółki..

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał że wykonawca M. S. należy do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca Multi Stone Sp. z o.o.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Odwołujący nie sformułował w odwołaniu zarzutu dotyczącego nieprawdziwości oświadczenia złożonego Zamawiającemu przez wykonawcę M. S., iż nie należy on do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów z innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu.

Ponadto, Odwołujący nie wykazał również konkretnych powiązań rodzinnych pomiędzy M. S. a W. S., w szczególności faktu, że ww. osoby są małżeństwem.

Faty wynikające z informacji z CEIDG oraz KRS, wykazane przez Odwołującego, a których Zamawiający nie kwestionował, nie dowodzą zawarcia porozumienia pomiędzy tymi wykonawcami, mającego charakter zmowy przetargowej mającej na celu zakłócenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Okoliczności tej nie można jednoznacznie wywieść także na podstawie wskazanych przez Odwołującego podobieństw w sformułowaniu formularza ofertowego w złożonych przez ww. wykonawców ofertach.

Podkreślić należy, że Odwołujący wybiórczo wskazał jedynie na podobieństwa formularzy, pomijając przy tym różnice w sformułowaniu obu dokumentów.

W świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, obowiązek Zamawiającego do zbadania zależności między wykonawcami, i w konsekwencji ustalenia czy nie doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji powstał w momencie, gdy Zamawiający zapoznał się z twierdzeniami Odwołującego wynikającymi z treści odwołania. Stosowne czynności wezwania do wyjaśnień zostały przez Zamawiającego wykonane w sposób niezwłoczny.

Ze złożonych przez M. S. oraz Multi Słone sp. z o.o. wyjaśnień wynika, że każdy z ww. wykonawców przygotował ofertę samodzielnie. Samodzielne przygotowanie oferty przez wykonawcę Multi Stone sp. z o.o. potwierdzili jednoznacznie w złożonych oświadczeniach pracownicy tej spółki: L. S. oraz A. K..

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, twierdzenia Odwołującego co do zawarcia porozumienia przez ww. wykonawców w celu zakłócenia konkurencji w postępowaniu należało uznać za gołosłowne, gdyż Odwołujący nie wykazał okoliczności uprawdopodabniających co najmniej postawione przez Odwołującego tezy. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazuje jednoznacznie, że wykluczenie wykonawcy w tym przypadku może nastąpić w oparciu o wiarygodne przesłanki, które w niniejszym postępowaniu nie zostały przez Odwołującego wykazane.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak słusznie zauważył Odwołujący w art. 3 ust. 1 uznk ustawodawca posłużył się generalną klauzulą czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie, z którą czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie też z art. 15 ust. 1 pkt 15 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W świetle powyższych przepisów, aby zakwalifikować jakieś działanie przedsiębiorcy jako czyn nieuczciwej konkurencji należy wskazać jakie konkretne okoliczności, które wystąpiły w danym stanie faktycznym czy też jakie konkretne działania przedsiębiorcy wypełniają przesłanki określone w tych przepisach.

Odwołujący stawiając powyższy zarzut, nie sprecyzował w odwołaniu, na czym miałby polegać zarzucany czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, że działanie ww. wykonawców było sprzeczne z prawem ani nie skonkretyzował okoliczności, które miałyby charakteryzować porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, którego 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.

Żadna z przesłanek, o których mowa w wymienionych przez Odwołującego przepisach nie została skonkretyzowana ani co najmniej uprawdopodobniona.

Odwołujący podnosił na rozprawie, że gdyby obie oferty znalazły się w rankingu ofert

na kolejnych pozycjach, to wykonawca który zaoferował niższą cenę mógłby odmówić podpisania umowy, a wówczas zostałaby wybrana oferta droższa. Odwołujący jednak nie uprawdopodobnił jednak takiego porozumienia. Odwołujący nie wskazał okoliczności, które w jakimkolwiek stopniu potwierdzałyby zawarcie takiego porozumienia, w tym np. okoliczności, że ceny ofert obu ww. wykonawców nie zostały rzetelnie skalkulowane lecz są ustalone w oderwaniu od rzeczywistych kosztów tych wykonawców i jako takie miały służyć osiągnięciu w sposób nieuczciwy wskazanego celu niedozwolonego porozumienia.

Sformułowany przez Odwołującego zarzut zaniechania odrzucenia oferty M. S. i oferty Multi Słone sp. z o.o. oparto jedynie na twierdzeniu, iż obie oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp), co nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym w tej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437). Izba uwzględniła w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....