Sygn. akt: KIO 757/22
KIO 807/22

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Ewa Sikorska
Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 marca 2022 r. przez wykonawcę Mydir.pl Company Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu (sygn. akt: KIO 757/22);

B. w dniu 21 marca 2022 r. przez wykonawcę A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą PRINT-SOL PRINTING SOLUTIONS AND SERVICE A. S., Wrocław (sygn. akt: KIO 807/22),

w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Oddział we Wrocław,
przy udziale:

A. wykonawcy A. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PRINT-SOL PRINTING SOLUTIONS AND SERVICE A. S., Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 757/22 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy Mydir.pl Company Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 807/22 po stronie odwołującego,

orzeka:

1 Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 757/22 obciąża wykonawcę Mydir.pl Company Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mydir.pl Company Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawcy Mydir.pl Company Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu na rzecz zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Oddział we Wrocławiu kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów opłaty od pełnomocnictwa.

3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 807/22 obciąża wykonawcę A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą PRINT-SOL PRINTING SOLUTIONS AND SERVICE A. S., Wrocław i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą PRINT-SOL PRINTING SOLUTIONS AND SERVICE A. S., Wrocław tytułem wpisu od odwołania;

3.2 zasądza od wykonawcy A. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PRINT-SOL PRINTING SOLUTIONS AND SERVICE A. S., Wrocław na rzecz zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Oddział we Wrocławiu kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów opłaty od pełnomocnictwa.

Stosownie do 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z2021 r., poz. 1129 wraz 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: .....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 757/22

KIO 807/22

UZASADNIENIE

W dniu 17 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy MyDir.PL Company sp. z o.o., z siedzibą w Kaliszu (dalej „Odwołujący 1”) zarzucając zamawiającemu Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych, Oddział Wrocław (dalej

„Zamawiający") naruszenie ustawy Pzp poprzez: (i) odrzucenie oferty Odwołującego 1 we wszystkich częściach zamówienia z obrazą art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp; (ii) wykluczenie Odwołującego 1 ze wszystkich części zamówienia z obrazą art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 111 ust.4 ustawy PZP oraz odrzucenia oferty Odwołującego z obrazą art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzo; (iii) odrzucenie oferty Odwołującego 1 w zakresie części 2 z obrazą art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp.

Odwołujący 1 wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 1 we wszystkich częściach zamówienia; nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wykluczenia Odwołującego 1 z wszystkich częściach zamówienia; nakazanie Zamawiającemu powtórzyć czynność oceny ofert; nałożenie na Zamawiającego obowiązku pokrycia kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący 1 wskazał, co następuje

Naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp

Odwołujący 1 wskazał, że zgodnie z uzasadnieniem pisma Zamawiającego z dnia 10/05/2022 (pismo w sprawie wykluczenia i odrzucenia oferty) Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego 1 oraz oferta PRINT-SOL zostały złożone w wyniku porozumienia ograniczającego konkurencję. Wniosek taki Zamawiający wysnuł z zachowania obu wykonawców w toku postępowania, w związku z wezwaniami Zamawiającego do wyjaśnień/uzupełnień dokumentów.

Odwołujący 1 wskazał, iż ubiegał się o zamówienia u Zamawiającego w łącznie 5 postępowaniach (łącznie z niniejszym), gdzie zawsze konkurował z firmą PRINT-SOL. Dowód 1: wyniki postępowania z roku 2021 Dowód 2: wyniki postępowania z roku 2020 Dowód 3: wyniki postępowania z roku 2019, Dowód 4: wyniki postępowania z roku 2018

Historia ostrej rywalizacji obu wykonawców nie pozwala w niniejszym postępowaniu formułować tezy o zmowie wykonawców. Odwołującemu 1 wskazał, że nie są znane okoliczności związane ze złożeniem przez PRINT-SOL wyjaśnień co, do ceny oferty dla części 3 i 4. W okresie do 19/02/2022 (sobota) Prezes Zarządu Odwołującego wraz żoną (prokurentem Odwołującego) przebywali na urlopie zimowym. Dowód 5: zaświadczenie ZUS dla J. W. (dla NIP 6182037175) na okres od 21/02/2022 do 2/03/2022; Dowód 6: zaświadczenie NIP dla J. W.; Dowód 7: zaświadczenie o pobycie w izolacji dla J. W. na okres od 22/02/2022 do 28.02.2022; Dowód 8: zaświadczenie ZUS dla J. W. (dla NIP 6182037175) na okres od 3/03/2022 do 10/03/2022; Dowód 9 zaświadczenie ZUS dla P. W. na okres od 22/02/2022 do 2/03/2022.

Prezes Odwołującego 1 P. W. przechowuje istotne dokumenty firmy na komputerze stacjonarnych w siedzibie firmy. Dostęp do komputera posiada tylko Prezes, przy czym jest to dostęp na odcisk biometryczny. Do gabinetu Prezesa dostać się może tylko osoba posiadająca klucz główny lub Prezes i prokurent bez klucza stosując odcisk biometryczny. Tak więc w okresie do mniej więcej początku marca 2022, ani Prezes ani prokurent Odwołującego 1 nie mieli fizycznego dostępu do komputera, w którym zapisane były dokumenty, o które Zamawiający wzywał Odwołującego 1. Odwołujący 1 wskazał, że na wezwanie Zamawiającego z dnia 8/02/2022 (z terminem do 18/02/2022) odpowiedział w dniu 11/02/2022 pracownik Odwołującego 1 p. D. M. korzystając z konta Odwołującego 1. Pan D. M. nie zajmuje się zamówieniami publicznymi i zgodnie z dyrektywami Odwołującego 1 przedstawił Zamawiającemu żądane dokumenty działając w oparciu o dostępne dla niego dokumenty. Jednak nie miał dostępu do aktualnych dokumentów przechowywanych na komputerze Prezesa. Wobec powyższego Prezes Odwołującego 1 w dniu upływu terminu (18/02/2022) skierował do Zamawiającego wniosek o prolongatę terminu. Dowód 10: print screen z portal ZUS: z wiadomością do Zamawiającego.

Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający przychylił się do wniosku i przedłużył termin do 28/02/2022. W dniu 28/02/2022 mijał też termin do uzupełniania dokumentów dla części 3 i 4 wynikający z wezwania Zamawiającego z dnia 18/02/2022 roku. Dowód w aktach postępowania: wezwanie z dnia 18/02/2022 dla części 3 i 4. Wg stanu na dzień 21/02/2022

Odwołujący 1 pozostawał zobowiązany do Zamawiającemu w odniesieniu do części 2 zamówienia:

a) aktualnego zaświadczenia KRK dla Prezesa Zarządu P. W.;

b) aktualnego zaświadczenia KRK dla Odwołującego 1;

c) wykazu usług obejmującego 2 usługi referencyjne. złożenia

Wg stanu na dzień 21/02/2022 Odwołujący 1 pozostawał zobowiązany do Zamawiającemu w

odniesieniu do części 3 i 4 zamówienia złożenia

a) wykazu usług (dla części 3 na 2 usługi referencyjne, dla części 4 na 2 usługi

referencyjne);

b) zaświadczeń KRK dla osób;

c) zaświadczeń KRK dla podmiotu zbiorowego;

d) zaświadczenia US;

e) zaświadczenia ZUS/KRUS;

f) oświadczenia o aktualności JEDZ.

Odwołujący 1 podkreślił, iż w ramach procedury odwróconej, Odwołującego 1 wiązały wezwania skierowane do Odwołującego 1 na podstawie art. 126 ustawy PZP, a Zamawiający nie skierował do Odwołującego 1 wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Odwołujący 1 uzupełnił dokumenty dla części 3 i 4 w terminie tj. do dnia 4/03/2022, czego Zamawiający nie kwestionuje. Natomiast Zamawiający uznaje, iż Odwołujący 1 nie uzupełnił dokumentów dla części 2. Twierdzenie to nie jest uprawnione, albowiem wszystkie dokumenty dotyczące części 2 (zaświadczenia KRK oraz wykaz usług) były dokumentami tożsamymi z dokumentami złożonymi dla części 3 i 4. W szczególności pkt 4.1 SWZ dopuszczał zamieszczanie w wykazie wykonanych usług tych samym usług dla poszczególnych części zamówienia. Zamawiający uznał jednak, iż pomimo dwukrotnego wezwania (pismo z dnia 1/03/2022 oraz pismo z dnia 2/03/2022, Wykonawca nie wskazał w myśl przepisu art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, czy są one prawidłowe i aktualne dla części nr 2.

Odwołujący 1 wskazał, że przyznaje, iż nie potwierdził prawidłowości i aktualności przekazanych dokumentów dla części 2, lecz w przedmiotowej sprawie wezwanie Odwołującego 1 do tego rodzaju potwierdzenia było nieuprawnione, a dodatkowo zbędne z uwagi na poniższe okoliczności:

1) Art. 127 ust.2 ustawy PZP nie odnosi się do dokumentów posiadanych przez Zamawiającego pozyskanych w toku tego samego postępowania, w ramach którego

następuje powołanie się wykonawcy na posiadanie dokumentów przez Zamawiającego. Przepis art. 127 ust. 2 w znacznej części odpowiada przepisowi poprzedniej ustawy- art. 26 ust. 6, który stwierdzał, że wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 poprzedniej ustawy starego PZP, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. W obu przypadkach to wykonawca ma obowiązek wskazać dokumenty, a zatem za aktualne uznać należy orzeczenie KIO z 18.06.2019 r. sygn. akt KIO 1040/19. W ocenie Odwołującego 1, jeżeli więc zamawiający posiada podmiotowe środki dowodowe, to wykonawca na wezwanie zamawiającego nie ma obowiązku ich złożenia, lecz ma obowiązek wskazać dokumenty, które posiada zamawiający. Momentem takim nie będzie na

przykład "postępowanie odwoławcze, w którym Izba bada prawidłowość decyzji zamawiającego, która zapadła w oparciu o wiedzę posiadaną w momencie podejmowania zaskarżonej odwołaniem czynności.” — wyrok KIO z 13.07.2018 r. (sygn. akt KIO 1278/18). Zdaniem Odwołującego 1, ratio legis art. 172 ust.2 polega na tym, iż obowiązkiem wykonawcy jest wskazać właściwy dokument, który posiada Zamawiający z uwagi na domniemanie, iż osoby prowadzące postępowania niekoniecznie posiadają wiedzę o uprzednim wejściu Zamawiającego w jego posiadanie. Wówczas koniecznym jest przekazanie Zamawiającemu takiej informacji, a także złożenia wyjaśnień co do jego aktualności z uwagi na to, iż z zasady jest to dokument historyczny. W sprawie niniejszej Odwołujący 1 uzupełnił żądane przez Zamawiającego dokumenty jednocześnie, tj. jednym dokumentem (np. KRK) uzupełnił braki we wszystkich 3 częściach, zatem w dokument ten nie znajdował się w uprzednim posiadaniu Zamawiającego w rozumieniu art. 172 ust.2.

2) Art. 172 ust.2 ustawy PZP wymaga potwierdzenia „prawidłowości” i „aktualności” posiadanych przez Zamawiającego dokumentów. Bez naruszenia argumentu z pkt 1) powyżej, należy zauważyć, iż w zakresie części 2 Odwołujący uzupełnił następujące dokumenty:

a) aktualne zaświadczenie KRK dla Prezesa Zarządu P. W.;

b) aktualne zaświadczenie KRK dla Odwołującego 1;

c) wykazu usług obejmujący 2 usługi referencyjne.

Niewątpliwie dokumenty z pkt a) i b) są dokumentami urzędowymi. Skoro są to dokumenty urzędowe, to oświadczenie Odwołującego 1 o prawidłowości i aktualności tych dokumentów nie prowadzi do zwiększenia mocy dowodowej tych dokumentów, co czyni składanie jakichkolwiek oświadczeń Odwołującego 1 zbędnym. O prawidłowości zaświadczeń z KRK decyduje zgodność przedstawionych formularzy z przepisami ustanawiającymi ich urzędowe wzorce, aktualności zaświadczeń data ich wystawienia zestawiona z datę terminu składania ofert i postanowieniami SWZ o okresie aktualności zaświadczeń. Natomiast wykaz usług referencyjnych w zakresie jego prawidłowości (tj. zgodności z wymagania SWZ) podlega ocenie przez Zamawiającego, stąd zapewnienie przez Odwołującego 1 o jego prawidłowości jest bezcelowe. Względem aktualności wykazu, z uwagi na jego podpisanie przez Odwołującego 1, wykazywanie aktualności jest także bezcelowe. Skoro Zamawiający uznał, iż złożone dokumenty na potrzeby części 3 i 4 są prawidłowe — a z pewnością takie ustalenie Zamawiający poczynił skoro nie wezwał Odwołującego 1 o ich uzupełnienie w trybie art. 128 §1 ustawy PZP, ani też takiego twierdzenia nie sformułował w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego 1, to składanie przez Odwołującego 1 dodatkowych oświadczeń było zbędne, bowiem dotyczyło okoliczności przesądzonych w postępowaniu. Reasumując, w ocenie Odwołującego 1 skutecznie uzupełnił on żądane dokumenty w terminie, a brak oświadczenia Odwołującego 1 o prawdziwości i aktualności składanych dokumentów nie wpłynął na skuteczność uzupełnienia dokumentów. Czynności Odwołującego 1 związane z uzupełnianiem dokumentów były prawidłowe, jakkolwiek doznały zakłóceń w wyniku urlopu, a następnie izolacji przedstawicieli 1 .

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp

Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający upatruje przejawu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w celowym doprowadzeniu do odrzucenia oferty Odwołującego 1 w zakresie części 2 zamówienia. Tymczasem jak wynika z argumentacji Odwołującego 1, Odwołujący 1 skutecznie uzupełnił dokumenty względem wszystkich 3 części zamówienia, do których Zamawiający odnosi się w uzasadnieniu czynności z dnia 10/03/2022 w zakresie odrzucenia, wykluczenia i unieważnienia postępowania. O ile można Odwołującemu 1 zarzucać nie dość energiczne działania w kontekście wezwań Zamawiającego to przyczyną takiego stanu rzeczy była choroba przedstawicieli Odwołującego 1, a nie urojone przez Zamawiającego porozumienie wykonawców obliczone na ograniczenie konkurencji. Przesądza o tym także fakt złożenia niniejszego odwołania, gdzie Odwołujący 1 podejmuje wysiłek pozyskania zamówienia we wszystkich 4 częściach.

Zarzut naruszenia art. 108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 111 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego 1, wobec wykazania w powyższych częściach uzasadnienia bezpodstawności tezy Zamawiającego o zawarciu przez wykonawców porozumienia ograniczającego konkurencję, naruszenie przez Zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 111 ust.4 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy PZP jest ewidentne.

Sygn. akt: KIO 807/22

W dniu 21 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A. M. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Printing Solutions and Service PRINTSOL A. S. Wrocław (dalej „Odwołujący 2") zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp oraz art. 255 pkt 2) ustawy Pzp.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wykluczenia oferty Odwołującego 2 w zakresie w części 1 i 2; nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2 w zakresie w części 1 i 2; nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności unieważnienia Postępowania; Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Zarzut naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a Ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 10 marca 2022 roku poinformował Odwołującego 2, iż Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący 2 wszedł w porozumienie z

wykonawcą - Odwołujący 1, mające na celu ustalenie cen ofert składanych w niniejszym postępowaniu. Postępowanie obejmowało 4 części, a oferty zostały złożone przez dwóch wykonawców: Odwołującego 2 i Odwołujący 1. Zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2022 roku stwierdził, że: Odwołujący 2 złożył niedostateczne wyjaśniania dotyczące elementów kalkulacji ceny dla części 3 i 4, co zdaniem Zamawiającego miało prowadzić do wyboru oferty MyDir na część 3 i 4; MyDir nie uzupełnił dokumentów dla części 2 czego skutkiem miał być wybór oferty Odwołującego 2.

Odwołujący 2 wskazał, że zaprzecza jakoby wszedł w jakiekolwiek porozumienie z MyDir - Odwołującym 1 mające na celu ograniczenie konkurencji. Należy stwierdzić, iż zgodnie z art.

6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy ciężar dowodu na okoliczność zawarcia przez wykonawców porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji spoczywa na Zamawiającym. Tak też wynika z orzecznictwa Krajowej Izby: KIO 908/21, KIO 1171/20, KIO 152/19, KIO 1628/18

Odwołujący 2 wskazał, że choć u.z.n.k. zawiera otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie sposób przyjąć, że podmiot, który formułuje zarzuty oparte o przepisy tej ustawy, nie jest zobligowany do wskazania charakteru takiego czynu oraz jego następstw, w tym w szczególności wskazania w jaki sposób dochodzi do naruszenia jego prawem chronionych interesów. Jeżeli odwołujący się wykonawca referuje do okoliczności związanych z eliminacji konkurencji z rynku, utrudniania dostępu do niego winien sprecyzować i wykazać na czym zasadzają się te działania w określonych realiach przy uwzględnieniu jego sytuacji podmiotowej. W ocenie Odwołującego 2, okoliczności powołane przez Zamawiającego w żadnym razie nie mogą przesądzić o tym, aby doszło do zawarcia przez Odwołującego 2 i MyDir porozumienia ograniczającego konkurencję. Otóż jedynym działaniem jakie wykonał Odwołujący 2 w toku Postępowania jest złożenie wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych ceny oferty w odniesieniu do części 3 i 4 zamówienia. Odwołujący 2 zauważył, że Zamawiający wezwał Odwołującego 2 do wyjaśnień wyłącznie w odniesieniu do części 3 i 4. Odwołujący 2 złożył Zamawiającemu oszczędne wyjaśnienia w odniesieniu do części 3 i 4 czego skutkiem było uznanie przez Zamawiającego, iż wyjaśnienia te są niewystarczające oraz odrzucenie oferty Odwołującego

2 w zakresie części 3 i 4. Odwołujący 2 wskazał, że nie kwestionuje tych czynności. Odwołujący 2 przyznaje, iż oszczędne wyjaśnienia Odwołującego 2 odnoszące się do części

3 i 4 miały na celu doprowadzenie do odrzucenia oferty Odwołującego 2. Jednak motywem działania Odwołującego 2 było doprowadzenie do odrzucenia oferty Odwołującego 2 z Postępowania z uwagi na dezaktualizację danych przyjętych do kalkulacji oferty. Z uwagi na zakłócenia w dostawach sprzętu i materiałów eksploatacyjnych, a także zmiany cen podjął decyzję o zaprzestaniu ubiegania się o zamówienie, gdyż realizacja zamówienia stała się zbyt ryzykowna. Należy zauważyć, iż ponad 90% urządzeń objętych docelowym serwisem będącym przedmiotem zamówienia w częściach 1-4 stanowią urządzenia Kyocera. Odwołujący 2 nie jest autoryzowanym przedstawicielem producenta urządzeń Kyocera zatem nie mógł liczyć na pomoc producenta w zakresie stabilizowania cen części/materiałów eksploatacyjnych zamiennych oraz utworzenia magazynu części zamiennych/ materiałów eksploatacyjnych. W efekcie wezwanie Zamawiającego odnoszące się do cen części 3 i 4 stało się okazją dla Odwołującego 2 do wycofania się z Postępowania w zakresie tych części. Odwołujący 2 wskazał, że identyczne okoliczności zadecydowały o cofnięciu w dniu 9 lutego 2022 roku odwołania Odwołującego 2 wniesionego w dniu 28 stycznia 2022 roku w postępowaniu prowadzonym przez Izbę Administracji Skarbowej w Bydgoszczy "Usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów na potrzeby jednostek Izby Administracji Skarbowej w Bydgoszczy" Numer referencyjny: 0401-1LZ.260.2.10.2021 (KIO 244/22). Niedostępność urządzeń spowodowało, iż Odwołujący 2 wycofał się z postępowania odwoławczego albowiem nie miał możliwości zrealizowania zamówienia w przypadku sukcesu w postępowaniu odwoławczym. dowód: odwołanie i cofnięcie odwołania w sprawie KIO 244/22

Z podobnych przyczyn Odwołujący 2 wycofał się z przetargu organizowanym przez Akademię Wojsk Lądowych we Wrocławiu ponieważ w okresie pomiędzy terminem składania ofert, a podpisania umowy powziął bardzo istotne informacje o planowanych zmianach w dostawach i cenach. Wycofaniu oryginalnych materiałów korporacyjnych, które miały obniżoną cenę dla pośrednich odbiorców. Poinformował Zamawiającego o tym fakcie i wycofał się z podpisania umowy. dowód: informacja o złożonych ofertach oraz unieważnieniu w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego 2, Zamawiający nie wskazał na okoliczności, które przemawiałby za tym, iż Odwołujący 2 działał bezpośrednio w celu odstąpienia wykonawcy MyDir pierwszej pozycji Odwołującego 2 w rankingu ofert dla części 3 i 4. Tylko wykazania takiego celu działań Odwołującego 2 mogłoby przemawiać za słusznością tezy Zamawiającego o zawarciu porozumienia. Ponad to, nielogicznym jest sam fakt, iż zaproponowane wyższe stawki nie są zgodne z zasięgiem Wykonawców — gdyby doszło do porozumienia — to logicznym wydaje się zaproponowanie wysokich stawek w swoich rejonach co generowałoby wysoki zysk dla wykonawców. A w stanie faktycznym, gdyby doszło do podpisania umów (jeśli by doszło) — to Wykonawcy musieliby realizować Zamówienia na nie swoich regionach, co generowałoby tak wysokie koszty, że w sumie zysk byłby znikomy, co jest nielogiczne i wskazuje na brak jakiegokolwiek porozumienia.

Odwołujący 2 wskazał, że dobrym przykładem na to, że Odwołujący 2 nie zaniżał cen celowo będzie postępowanie w ZUS Lublin — w którym małżonek Odwołującego 2 prowadzący oddział w Lublinie - przyjął identyczne założenia przy kalkulacji — dla rejonów w których ma oddział i obsługuje inne podmioty — zaproponował niższe stawki, a w rejonach gdzie nie ma stałych klientów i oddziału — zaproponował stawki dużo wyższe. Do dwóch zadań zaproponował stawkę 0,0199 i 0,0189zł netto, a do dwóch 0,0259 zł netto. Ten sam mechanizm, co w omawianym postepowaniu: Dowód: informacja z otwarcia ofert z postępowania ZUS Lublin.

Zamawiający trafnie zauważył, cyt: Podkreślenia wymaga fakt, iż Wykonawca potrafi udzielić obszernych i wyczerpujących wyjaśnień w kwestii udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tak jak to miało miejsce w postepowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 1332/21). Gdyby zatem Odwołujący faktycznie zawarł porozumienie ograniczające konkurencję wówczas Odwołujący 2 starałby się formułować wyjaśnienia w taki sposób, aby nie spotkać się ze słusznym zarzutem Zamawiającego, iż Odwołujący 2 zawarł z MyDir powołane porozumienie. Natomiast zdawkowe wyjaśnienie Odwołującego 2 przemawia za tezą Odwołującego 2 o tym, iż Odwołujący 2 potraktował odpowiedź na wezwanie jako środek do "cofania się z Postępowania w zakresie części 3

Odwołujący 2 wskazał, że nie zna okoliczności związanych z nieuzupełnieniem przez MyDir dokumentów podmiotowych dla części 2. Nie mniej co istotne, Zamawiający nie wezwał Odwołującego 2 oraz MyDir do zawarcia umowy na części 1-4, a także nie wyzwał Odwołującego 2 o wyjaśnienia ceny w odniesieniu do części 1 i 2. Co istotne Zamawiający nie wzywał MyDir o wyjaśnienia w kontekście ceny dla części 2 i pozostałych części. Należy zauważyć, iż okolicznością przemawiającą za zawarciem porozumienia ograniczającego konkurencję byłaby sytuacja, w której Zamawiający wezwałby obu wykonawców do wyjaśnień cen oferty dla każdej części zamówienia. Wówczas złożenie przez Odwołującego 2 niewystarczających wyjaśnień nastąpiłoby w stosunku do wszystkich części zamówienia i odrzucenie oferty Odwołującego 2 w każdej części, a więc także w części 1 i 2, a teza o zawarciu porozumienia stałaby się nieaktualna. Z kolei gdyby Odwołujący 2 złożyłby w stosunku do części 1 i 2 solidniejsze wyjaśnienia niż w stosunku do części 3 i 4 wówczas teza o porozumieniu zyskałaby większe prawdopodobieństwo. Zamawiający wezwałby wykonawców do zawarcia umów dla poszczególnych części.— Wówczas Zamawiający mógłby przekonać się czy Odwołujący 2 wykazuje zainteresowanie częścią 1 i 2 zamówienia, a także czy MyDir wykazuje zainteresowanie częścią 3 i 4. Rzeczywista reakcja obu wykonawców na takie wezwanie mogłaby wskazywać na duże prawdopodobieństwo zawarcia porozumienia.

W ocenie Odwołującego 2 na tle czynności wezwania MyDir do uzupełniania dokumentów dla części 1 zamówienia oraz czynności wezwania Odwołującego 2 do uzupełniania dokumentów dla części 3 i 4 zamówienia nie sposób twierdzić iż do zawarcia porozumienia doszło. Obiektywnie rzecz biorąc teza o zawarciu porozumienia jest tak samo prawdopodobna jak teza Odwołującego 2 o przyczynach udzielenia przez Odwołującego 2 niesatysfakcjonujących wyjaśnień w zakresie kalkulacji cen dla części 3 i 4. Z pewnością decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego 2 i wykluczenia Odwołującego 2 z Postępowania była przedwczesna w kontekście procesu weryfikacji tezy o zawarciu

porozumienia albowiem Zamawiający nie dokonał dalszych czynności (wezwanie Odwołującego 2 do wyjaśnień ceny w części 1 i 2 oraz dokonania wyboru ofert i wezwania wykonawców do zawarcia umowy), których wynik mógłby doprowadzić do ustalenia czy cel takiego porozumienia został osiągnięty. Zamawiający nie skorzystał także z uprawnienia do skierowania do Odwołującego jakichkolwiek wyjaśnień co do okoliczności związanymi z powziętymi wątpliwościami. Odwołujący 2 zauważył, iż Odwołujący 2 oraz MyDir pozostają w stosunku ostrej konkurencji, o czym świadczy chociażby okoliczność podejmowania przez Odwołującego 2 czynności zmierzających do wyeliminowania MyDir z postępowania prowadzonego przez Izbę Administracji Skarbowej we Wrocławiu pn. „Kompleksowa usługa wydruku” znak 0201-1LZ.260.25.2021. dowód: odwołanie Odwołującego 2 w postępowaniu w. — KIO 3381/21. Poniżej wykaz dalszych postępowań w których Odwołujący konkurowała z MyDir:

1 . Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział ZUS w Gorzowie Wlkp., oznaczenie

sprawy: 1 10000/27113/2020-ZAP

2. ZUS Oddział we Wrocławiu oznaczenie sprawy: 470000/271/20/2019-ZAP

3. ZUS I Oddział w Poznaniu oznaczenie sprawy: 290000/271 /4/2020-ZAP

4. ZUS Oddział w Chorzowie oznaczenie sprawy: 060000/271 /4/2020-ZAP

5. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Rybniku oznaczenie sprawy:

   340000/271 /5/2020-ZAP

6. ZUS Oddział we Wrocławiu oznaczenie sprawy: 470000/271/15/2020-ZAP

7. ZUS I Oddział w Poznaniu oznaczenie sprawy: 290000/271/101/2021-ZAP

8. Izba Administracji Skarbowej we Wrocławiu0201-1LZ.260.25.2021

Znamiennym jest, iż Zamawiający nie mając podstaw do uznania, iż zachodzi przypadek zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję automatycznie uznał, iż porozumienie to obejmuje też część 1 pomimo, iż Zamawiający w związku z częścią pierwszą nie wykonał względem obu wykonawców jakichkolwiek czynności, których wynikiem mogłyby być przejawy zachowania wykonawców wskazujących na zawarcie porozumienia. W zakresie

części 1 Zamawiający poprzestał na konstatacji iż skoro porozumienie miało miejsce w stosunku do części 2-4 to automatycznie miało miejsce także w stosunku do części 1. Tymczasem ceny ofertowe wykonawców w stosunku do części 1 wynosiły 166.510,51 zł (brutto) oraz 168.618,24 zł (brutto) co wskazuje na brak jakiegokolwiek porozumienia, gdyż gdyby takie porozumienie zostało zawarte to także obejmowałoby część 1, a jego konsekwencją byłaby istotna różnica w cenach dla części 1.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 2) ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, wobec bezpodstawności czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2, unieważnienie Postępowania jest bezpodstawne.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Serwis pogwarancyjny sprzętu drukującego" podzielonego na części obejmujące serwis pogwarancyjny sprzętu drukującego odpowiednio dla Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Legnicy (część 1), Oddział w Ostrowie Wielkopolskim (część 2), Oddział w

Wałbrzych (część 3), Oddział we Wrocławiu (część 4).

Izba ustaliła, że do każdej w/w części oferty dwóch wykonawców tj. Print-Sol A. S. Printing Solutions and Service (Odwołujący 2) oraz Mydir.Pl Company sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu (Odwołujący 1).

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 1 lutego 2022 r. dokonano otwarcia ofert. Poniższe zestawienia tabelaryczne obrazują wynikające z ofert:

Ceny jednostkowe

Oddział	Odwołujący 1		Odwołujący 2	
	netto	brutto	netto	brutto
Część 1 - Legnica	1,6	1,97	1,58	1,94
Część 2 - Ostrów Wlk	0.9	1,11	1,58	1,94
Część 3-Wałbrzych	1,6	1,97	0.82	1.01
Część 4 - Wrocław	0.98	1.21	0,79	0.97

Ceny całkowite:

Oddział	Pakiety	Odwołujący 1		Odwołujący 2		Wartości z wniosku (brutto
		netto	brutto	netto	brutto	
Część 1 - Legnica	85 680	137 088,00 zł	168 618,24 zł	135 374,40 zł	166 510,51 zł	129 376,80 zł
Część 2 - Ostrów Wlk .	126 000	113 400,00 zł	139 482,00 zł	199 080,00 zł	244 868,40 zł	190 260,00 zł
Część 3 - Wałbrzych	126 000	201 600,00 zł	247 968,00 zł	103 320,00 zł	127 083,60 zł	190 260,00 zł
Część 4 - Wrocław	189 000	185 220,00 zł	227 820,60 zł	149 310,00 zł	183 651,30 zł	285 390,00 zł

Dokonując analizy wyceny ofert przez Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2, Izba ustaliła, że:

1. Odwołujący 1 złożył:

a) najtańszą ofertę na część 2 dot. oddziału w Ostrowie Wielkopolskim;

b) najdroższą ofertę na część 1 dot. oddziału w Legnicy, część 3 dot. oddziału

Wałbrzychu oraz część 4 dot. oddziału we Wrocławiu.

2. Odwołujący 2 złożył:

a) najtańszą ofertę na część 1 dot. oddziału w Legnicy, część 3 dot. Oddziału Wałbrzychu oraz część 4 dot. oddziału we Wrocławiu;

b) najdroższą ofertę na część 2 dot. oddziału w Ostrowie Wielkopolskim,

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem UNP 2022-00078431 z dnia 08.02.2022 r. wezwał Odwołującego 2 do złożenia podmiotowych środków, dowodowych (część nr 1 zamówienia) na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu oraz potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, wyznaczając termin do dnia 18.02.2022 r.,

Zamawiający pismem UNP 2022-00078411 z dnia 8.02.2022 r. wezwał Odwołującego 1 do złożenia podmiotowych środków dowodowych (część nr 2 zamówienia) na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu oraz potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, wyznaczając termin na 18.02.2022 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający dwoma pismami (UNP 2022-00078446 i UNP 2022-00078474) z dnia 08.02.2022 r. wezwał Odwołującego 2 do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie części nr 3 i części nr 4. W odpowiedzi na wezwanie z 08.02.2022 r. UNP 2022-00078431 (część 1 zamówienia) w dniu 11.02.2022 r. Odwołujący 2 przedłożył komplet wymaganych oświadczeń i dokumentów. Ponadto Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 08.02.2022 r. UNP 2022-00078446 i UNP 202200078474) Odwołujący 2 w dniu 11.02.2022 r. udzielił odpowiedzi o następującym brzmieniu: „W związku z wezwaniem do wyjaśnienia wyliczenia ceny ofertowej dla części 3 i 4 Wykonawca oświadcza, że cena została skalkulowana prawidłowo z założeniem zysku.”

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie z 08.02.2022 r. UNP 2022-00078411 w dniu 11.02.2022 r. Odwołujący 1 przedłożył dokumenty niekompletne, niepotwierdzające braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (nieaktualna informacja z KRK dla Prezesa Zarządu P. W., datowana na 19.05.2020 r. i dla Wykonawcy jako podmiotu zbiorowego, datowana na 13.05.2020 r. oraz brak informacji z KRK dla prokurenta) oraz niepotwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (wykaz usług z posiadanym doświadczeniem w świadczeniu jednej usługi, zamiast dwóch). Izba ustaliła, że Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego 1 do uzupełnienia złożonych dokumentów w zakresie części 2 zamówienia w terminie do 21.02.2022 r. w odpowiedzi za pośrednictwem Platformy zakupowej Odwołujący 1 poinformował o braku możliwości przedłożenia dokumentów z powodu pobytu za granicą.

Zamawiający w związku z faktem, iż po wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Odwołującego 2 udzielonych 11.02.2022 r. skutkujących odrzuceniem oferty dla części 3 i 4, wezwał Odwołującego 1 w dniu 18.02.2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych (część nr 3 i 4 zamówienia) na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu oraz potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, wyznaczając termin na 28.02.2022 r.

Izba ustaliła, że w związku z informacją Odwołującego 1 wskazującą na brak możliwości przedłożenia dokumentów dla części nr 2 z powodu pobytu za granicą, Zamawiający przedłużył termin na złożenie dokumentów do 28.02.2022 r., zrównując ten termin z terminem na złożenie dokumentów podmiotowych dla części nr 3 i części nr 4. Odwołujący 1 w odpowiedzi na wyżej opisane wezwanie w dniu 28.02.2022 r. złożył dokumenty ponownie albo niekompletne albo błędne, niepotwierdzające braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj..:

- nieaktualna informacja z KRK dla Prezesa Zarządu P. W., datowana na 19.05.2020 r.
- nieaktualna informacja z KRK dla Wykonawcy jako podmiotu zbiorowego, datowana na 13.05.2020 r., brak informacji z KRK dla prokurenta,
- oraz niepotwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: wykaz usług do części nr 3 potwierdza posiadane doświadczenie w świadczeniu jednej usługi, zamiast dwóch,
- wykaz usług do części nr 4 potwierdza posiadane doświadczenie w świadczeniu jednej usługi, zamiast trzech;
- referencja o nazwie „Galaxy referencje 2 - 2022" zahasłowana.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 01.03.2022 r. wezwał Odwołującego 1 do uzupełnienia złożonych dokumentów w dniu 28.02.2022 r. w części nr 3 i 4 i jednocześnie wezwał do oświadczenia się, czy w przypadku uzupełnienia tych dokumentów będą one także prawidłowe i aktualne dla części nr 2 (z uwagi na fakt, iż jat to ten sam zakres żądanych dokumentów). Odwołujący 1 uzupełnił w dniu 01.03.2022 r. dokumenty z zaznaczeniem, że odnoszą się one do części nr 3 i 4. Informacje z KRK potwierdzają stan na 23.11.2021 r. Izba ustaliła, że wykaz usług do części nr 4 nadal nie potwierdzał wymaganego doświadczenia: wykaz potwierdzał posiadane doświadczenie w świadczeniu dwóch usług, zamiast trzech. Wykonawca nie odniósł się w żaden sposób do żądania Zamawiającego w zakresie części nr 2.

Izba ustaliła, że Zamawiający wystosował do Odwołującego 1 kolejne pismo w dniu 02.03.2022 r. Odwołujący 2 uzupełnił w dniu 04.03.2022 r. dokumenty, bez odniesienia się do dokumentów dla części nr 2.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 10 marca unieważnił postępowanie.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez obu odwołujących okazały się niezasadne. W konsekwencji, Izba oddaliła oba odwołania. Zamawiający prawidłowo dokonał: (i) wykluczenia Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2 z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, że wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji i tym samym ich oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp, ponieważ zostały złożone przez Wykonawców podlegających wykluczeniu; (ii) odrzucenia oferty Odwołującego 1 w zakresie części nr 2, na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2c ustawy Pzp, ponieważ w wyznaczonym terminie wykonawca nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych; (iii) odrzucenia oferty Odwołującego 2 w zakresie części nr 3 i części nr 4 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę w dniu 11.02.2022 r. nie uzasadniają podanej w ofercie ceny; (iv) odrzucenia oferty Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2 na podstawie art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy, z uwagi na to, iż zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

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 oUOKiK.

Izba wskazuje, że zmowa przetargowa polega na ustalaniu zasad i warunków uczestnictwa w przetargu między samodzielnymi przedsiębiorcami. Jak podkreśla się w piśmiennictwie zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje swoim zakresem wszelkie formy skoordynowanych zachowań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców, które w sposób 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 wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2019 r., sygn. akt VII AGa 1907/18 sąd ten stwierdził, że pojęcie istoty praktyki „uzgadniania warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny" należy rozumieć w ten sposób, że zakazem objęte są również uzgodnienia dotyczące warunków udziału w przetargu. W zależności od stanu faktycznego sprawy, dyspozycją art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK może być objęty cały wachlarz zachowań dotyczących treści przetargu tj. ustalenie treści ofert przed terminem otwarcia ofert, modyfikacja lub nieuzupełnienie treści ofert po ich złożeniu czy też inne zachowania w toku danego przetargu. Przedsiębiorcy nie muszą ustalać wszystkich warunków udziału w przetargu. Wystarczy fakt porozumienia się w przedmiocie jednego z elementów postępowania lub tego, iż jeden z potencjalnych

oferentów, który z reguły występował w przetargach wycofa się.

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 iKPC) 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 zgodnie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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. Ponadto, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 6, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która został złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy wskazać, że 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, Sąd 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 i zachowania Odwołującego 1 i Odwołującego 2 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 i którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji. W ocenie Izby zaistniałe w niniejszej sprawie okoliczności, wskazane poniżej, uzasadniały decyzję Zamawiającego o odrzuceniu ofert wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

1. Porozumienie i przedmiot współpracy

Izba wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie mamy do czynienia z pisemnym porozumieniem zawartym pomiędzy Odwołującym 1, a Odwołującym 2. O zaistnieniu niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego Izba orzekła na podstawie dowodów pośrednich tj. określonych przejawów i zachowań rynkowych Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2, które miały miejsce w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Analiza zachowań obu wykonawców dała podstawę do przyjęcia, iż wykonawcy zawarli dorozumiane porozumienie mające na celu ustalenie, która oferta zostanie ostatecznie wybrana przez Zamawiającego w poszczególnych częściach zamówienia. W tym zakresie, Izba uznała, że następujące zachowania wykonawców uzasadniają prawidłowość decyzji Zamawiającego:

- dla części nr 2 zamówienia, Odwołujący 1 nie uzupełnił podmiotowych środków dowodowych, czego skutkiem miał być wybór droższej oferty firmy PRINT-SOL - tj. Odwołującego 2;
- dla części 3 i 4 zamówienia Odwołujący 2 nie udzieliła skutecznych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty, czego skutkiem miał być wybór droższej oferty

Odwołującego 1.

- w/w zachowania wykonawców nie ma racjonalnego uzasadnienia gospodarczego, w świetle okoliczności faktycznych sprawy.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że zachowanie wykonawcy celowo doprowadzającego do wycofania swojej oferty z przetargu (co miało de facto miejsce w przypadku Odwołującego 2 w zakresie części 3 i 4 zamówienia oraz w zakresie części 2 zamówienia w stosunku do Odwołującego 1) należy oceniać w świetle dwóch założeń: (1) racjonalności przedsiębiorcy, który działa w celu osiągnięcia zysku oraz (2) tego, że celem udziału przedsiębiorcy w przetargu jest uzyskanie zamówienia, gdyż daje ono możliwość osiągnięcia zysku. Celowe wycofanie oferty oznacza, że wykluczenie z przetargu było korzystniejsze od uzyskania zamówienia. Przyczyny tej nietypowej sytuacji mogą być różne. Obok działania w ramach zmowy przetargowej, może to być np. zmiana sytuacji na rynku w okresie od sporządzenia oferty do rozstrzygnięcia przetargu lub wygranie w tym czasie innych przetargów i związany z tym brak możliwości jednoczesnego wykonania kilku zamówień. Takie sytuacje jednak, zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym nie miały miejsca. Nie zaistniały bowiem obiektywne okoliczności, które pozwalałaby uznać wycofanie ofert w poszczególnych częściach zamówienia za działanie racjonalne i zrozumiałe, bez założenia, iż stanowiły one element bądź wynik zmowy przetargowej. Podnoszony przez Odwołującego 2 argument o

wpływie sytuacji ekonomicznej na świecie na wyceny przedmiotu zamówienia w zakresie części 3 i 4, uznać należy za sformułowany wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. W szczególności Izba wskazuje, że w przywołanym przez Odwołującego 2 postępowaniu prowadzonym przez Akademię Wojsk Lądowych, Odwołujący 2 już w dacie 21.12.2021 r. miałby uchylić się od zawarcia umowy z uwagi na zakłócenia w dostawach sprzętu i materiałów eksploatacyjnych, a także zmiany cen. W niniejszym postępowaniu termin składania ofert mijał dnia 01.02.2022 r. Tym samy, zdaniem Izby, w momencie składania oferty, Odwołujący 2 miał pełną wiedzę o sytuacji na rynku i ewentualnych ryzkach jakie winny być uwzględnione przy kalkulacji ceny za realizację zamówienia. Za nielogiczne i nieracjonalne gospodarczo zatem uznać należy, iż profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego, posiadając już przecież wiedzę o zakłóceniach w dostawach sprzętu i materiałów eksploatacyjnych, a także postępujących wzrostach cen, kalkuluje cenę dla części 3 i 4 zamówienia w sposób nieadekwatny do możliwości i tak rażąco odbiegający od aktualnych cen rynkowych. Ponadto, wskazać należy za Zamawiającym, że porównanie kalkulacji cen obu wykonawców dla części 3 i 4 zamówienia, jak i 1 i 2 zamówienia wskazuje, że Odwołujący 2 w niektórych częściach trafnie dokonał kalkulacji ceny w sposób zbliżony do Odwołującego 1 (część 1), w części 2 zamówienia w porównaniu do drugiego wykonawcy kalkulację cen zawyżył (część 2), a w innych jeszcze zupełnie nie uwzględniając swojej wiedzy i doświadczenia cenę tę rażąco zaniżył (część 3 i 4). Takie wyliczenie kosztów realizacji zamówienia w poszczególnych częściach stanowi kolejny pośredni dowód na zawarcie pomiędzy Odwołującym 1 oraz Odwołującym 2 porozumienia co do mechanizmów wyceny, uzupełniania dokumentów, które miały ostatecznie ukształtować wybór ofert najdroższych złożonych w postępowaniu. Izba podkreśla, że irracjonalnym i nielogicznym byłoby przyjęcie stanowiska, że wycena przedmiotu zamówienia opierała się o wiedzę i doświadczenie wykonawcy wyłącznie w zakresie wyceny w części 1 i 2, natomiast już w zakresie części 3 i 4 wykonawca nie kierował się takim doświadczeniem i dokonał błędnej analizy kosztów realizacji zamówienia. I o ile Izba zgadza się z Odwołującym 2, że celem złożenia lakonicznych wyjaśnień dotyczących wyceny kosztów realizacji zamówienia w części 3 i 4 zamówienia było dążenie wykonawcy do wycofania się z tych części zamówienia, o tyle Izba nie znajduje racjonalnych argumentów do przyjęcia za zasadnego stanowiska Odwołującego 2, że źródłem decyzji wykonawcy była sytuacja ekonomiczna na rynku i problemy związane z dostawą sprzętu i materiałów, wpływające na wycenę kosztów realizacji zamówienia. Izba podkreśla, że Odwołujący 2 w tym zakresie nie złożył żadnego dowodu na wykazanie owych zmian w sytuacji ekonomicznej i ich ewentualnego wpływu na wycenę kosztów realizacji zamówienia. Za taki dowód w sprawie nie sposób uznać ogólnych twierdzeń o sytuacji ekonomicznej w Polsce czy na świecie. Ponadto, okoliczności przywoływane przez Odwołującego 2 były wykonawcy znane już w momencie wyceny kosztów realizacji zamówienia, za czym przemawia zachowanie wykonawcy z innych, wcześniejszych postępowań. Co więcej, jak Izba wskazała powyżej, pozbawione logiki są argumenty Odwołującego 2 odnośnie nieprawidłowej wyceny kosztów realizacji zamówienia tylko w części 3 i 4, zaś prawidłowej wyceny w części 1 i 2. Zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący 2 nie wykazał, aby zaistniały obiektywne okoliczności, które pozwalałaby uznać wycofanie oferty za działanie racjonalne i zrozumiałe z punktu widzenia profesjonalnego wykonawcy, bez założenia, iż stanowiły one element bądź wynik zmowy przetargowej. Racjonalnie działający przedsiębiorca nie składa bowiem oferty w przetargu po to, po otwarciu ofert - będąc potencjalnym zwycięzcą - zrezygnować z jego realizacji, narażając się przy tym na utratę wadium. Wyjątkiem mogłaby być sytuacja nagła i niespodziewana, której ani Odwołujący 1 ani Odwołujący 2 nie wykazali. Okoliczności przywoływane przez Odwołującego 2 były znane wykonawcy już w momencie wyceny kosztów realizacji zamówienia.

Po drugie, odnosząc się do argumentów Odwołującego 1 w zakresie braku uzupełnienia dokumentów w części 2 zamówienia, Izba uznała stanowisko wykonawcy i przedstawioną argumentację za niezasadną. Izba wskazuje, że zgodnie z art. art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które

zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Przywołana regulacja w sposób niebudzący wątpliwości wymaga od wykonawcy wskazania takich środków dowodowych oraz potwierdzenia ich prawidłowości i aktualności przez wykonawcę Zamawiającemu. Obowiązek ten został nałożony na wykonawcę. W analizowanym stanie faktyczny, Zamawiający dwukrotnie wezwał Odwołującego 1 do złożenia podmiotowych środków dowodowych dla części 2 zamówienia (pismo z dnia 1 marca 2022 r. oraz pismo z dnia 2 marca 2022 r.). Były to wezwania odrębne do wezwań skierowanych do Odwołującego 1 w zakresie części 3 i 4 zamówienia. Jak wynika z akt postępowania, Odwołujący 1 udzielił odpowiedzi na wezwanie wykonawcy tylko w zakresie części 3 i 4 zamówienia, składając wymagane dokumenty. Z treści pisma Odwołującego 1 z dnia 3 marca 2022 r. w sposób jednoznaczny wynika, że wykonawca składa wymagane dokumentu w zakresie części 4 zamówienia. Brak jest jakiegokolwiek odesłania czy adnotacji do części 2 zamówienia. Podobnie w piśmie z dnia 1 marca 2022 r. Odwołujący 1 w sposób jednoznaczny identyfikuje zakres uzupełnienia - część 3 i 4 zamówienia. Brak jakiejkolwiek

referencji do części 2 zamówienia. Zdaniem Izby z treści oświadczeń złożonych przez Odwołującego 1 w toku uzupełniania podmiotowych środków dowodowych w żaden sposób nie można wywieść, że wykonawca ten złożył oświadczanie o aktualności podmiotowych środków dowodowych złożonych w części 3 i 4 zamówienia, również w części 2. Zdaniem Izby sposób działania Odwołującego 1 - unikanie odpowiedzi na jednoznaczne pytanie Zamawiającego co do braków w dokumentach podmiotowych w zakresie części 2 zamówienia jest również dowodem pośrednim na zawarcie dorozumianego porozumienia pomiędzy wykonawcami, zmierzającego do wyboru przez Zamawiającego oferty droższej w części 2 zamówienia. Sposób zachowania Odwołującego 1 pozwala na przyjęcie, iż wykonawca celowo nie udzielał odpowiedzi dotyczącej braków w zakresie części 2 zamówienia (a potrafił takich odpowiedzi udzielić w zakresie części 3 i 4 zamówienia), aby na późniejszym etapie postępowania i ewentualnych zarzutów ze strony Zamawiającego przedstawić obecną retorykę, że przecież złożył dokumenty w innych częściach i było oczywiste, że należy je odnieść również do części 2 zamówienia. Ponadto, Izba zaznacza, że w odpowiedzi na wezwanie dotyczące uzupełnienia dokumentów dotyczących części 2 zamówienia, Odwołujący 1, wbrew twierdzeniom prezentowanym na rozprawie, nie złożył do Zamawiającego wniosku o przedłużenie terminu do złożenia takich dokumentów. Z informacji jakie zamieścił na portalu wykonawca oświadczył wyłącznie, że nie uzupełni dokumentów, bowiem osoby umocowane do reprezentowania wykonawcy przebywają za granicą. Zdaniem Izby już na podstawie takiego zachowania wykonawcy, Zamawiający miał prawa odrzucić ofertę wykonawcy z powodu braku przedłożenia wymaganych dokumentów podmiotowych. Wykonawca nie wystosował nawet prośby o przedłużenie terminu na złożenie takich dokumentów, co zdaniem Izby potwierdza, że nie miał w ogóle zamiaru ani woli ich przedłożenia. Należy podkreślić, że nie jest obowiązkiem Zamawiającego dostosowania terminów postępowania przetargowego, w tym terminów do uzupełnienia dokumentów, do grafiku urlopów poszczególnych wykonawców. Profesjonalny podmiot, za jakiego uważa się Odwołujący 1, winien znać uwarunkowania związane z przetargami publicznymi, a tym bardziej konieczność składania aktualnych i wymaganych dokumentów. Co więcej, Izba wskazuje, że w dobie elektronizacji i powszechności podpisów elektronicznych wśród przedsiębiorców, argument o nieodstępności osób zarządzających i braku dostępu do dokumentów, nie może być uznany przez Izbę za zasadny. Skoro wykonawca wiedział o nieobecności w związku z podróżą zagraniczną, to jego obowiązkiem było albo upoważnienie odpowiednich osób do złożenia wymaganych dokumentów, albo samodzielnie złożenie takich dokumentów w trakcie wakacji za pomocą narzędzi elektronicznych. Trudno uznać zachowanie Odwołującego 1 za profesjonalne i racjonalne gospodarczo.

Po trzecie, Izba podkreśla, że Odwołujący 1 przedkładał dwukrotnie nieaktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego, datowane na 13.05.2020 r. (najpierw składając w dniu 11.02.2022 r. podmiotowe środki dowodowe dla części nr 2, potem w dniu 28.02.2022 r. - dla części nr 3 i części nr 4), podczas gdy był już w posiadaniu aktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 23.11.2021 r. Te z kolei przedłożył wyłącznie w ramach uzupełniania podmiotowych środków dowodowych dla części nr 3 i części nr 4, dopiero w momencie, gdy upłynął termin na uzupełnienie dokumentów podmiotowych dla części nr 2. Takie zachowanie potwierdza zdaniem Izby, że Odwołujący 1 celowo dążył do nieuzupełnienia dokumentów w części 2 zamówienia, dążąc w ramach porozumienia z Odwołującym 2 do wyboru oferty droższej, złożonej przez Odwołującego 2. Zachowanie Odwołującego 1 sprowadzało się do stosowania uników, manipulowania terminami do składania dokumentów, składaniem dokumentów niekompletnych i nierzetelnych, co miało na celu doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego 2, który zaproponował wyższą cenę w danej części.

Po czwarte, Izba wskazuje, że na niekorzyść stron przemawia okoliczność rezygnacji przez Odwołującego 1 i Odwołującego 2 z ubieganie się o zamówienie w części 2, 3 i 4, po uzyskaniu informacji o jego wynikach, a więc informacji o kolejności ofert, pozwalającej na realizację celu porozumienia, tj. przejęciu zamówienia po wyższej cenie przez następnego w kolejności wykonawcę.

W końcu Izba wskazuje, że ceny zaoferowane przez Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2 za wykonanie części 1 zamówienia pozostaje do siebie zbliżone, jednakże ocena tych ofert w tej części zamówienia nie może abstrahować od innych okoliczności sprawy i postępowań wykonawców co do części 2 - 4. Zadaniem Izby wykonawcy celowo przedstawili zbliżony cenowo oferty dla części 1 zamówienia, pozorując w ten sposób „konkurencje” pomiędzy sobą i kreując dla siebie ewentualne argumenty co do rzekomej ostrej i uczciwej rywalizacji pomiędzy wykonawcami. W istocie jednak, niedozwolone zachowania wykonawców w części 2 - 4 zamówienia determinuje wniosek, że zmowa dotyczy całego zamówienia. Przyjęcie twierdzenia, iż Zamawiający w części 1 winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż w tej części wykonawcy ze sobą „konkurowali” wypaczałoby istotce prowadzonego postępowania tj. wyboru oferty najkorzystniejszej przez wykonawców uczciwe

konkurujących na rynku. Wybór oferty w części 1 zamówienia rodziłby poważne ryzyko i sygnał dla innych wykonawców na rynku, że można być nieuczciwym w części zamówienia, ale uczciwym w innej części zamówienia. Taka sytuacja jest zdaniem Izby niedopuszczalna. Nagradzanie wykonawcy częścią zamówienia w sytuacji, gdy dopuścił się niedozwolonych zachowań w innych częściach zamówienia jest niedopuszczalna. Stanowiłoby to pośrednie sanowanie nieuczciwych praktyk zastosowanych przez wykonawców w postępowaniu przetargowym.

2. Ograniczenie konkurencji

Należy wskazać, że sprzeczne z art. 6 UOKiK są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie, wyeliminowanie lub naruszenie konkurencji w inny sposób. Porozumienia ograniczające konkurencję mogą być zaklasyfikowane na gruncie powyższego przepisu jako zakazane ze względu na cel albo ze względu na skutek. Jeżeli celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, to nie jest konieczne wykazanie wystąpienia antykonkurencyjnych skutków porozumienia. Przyjmuje się bowiem, że zakaz porozumień ze względu na cel odnosi się do porozumień charakteryzujących się wystarczająco dużym stopniem szkodliwości dla konkurencji, że nie ma potrzeby badania ich skutków. W przedmiotowej sprawie istota działań wykonawców polegała na uzgodnionym działaniu, którego celem miał być wybór przez Zamawiającego najdroższych ofert. W razie wystąpienia szczególnego układu ofert w rankingu, w którym oferty uczestników zmowy zajęły kolejno najwyższe miejsca, następowało „wycofanie" (albo poprzez niezłożenie wymaganych dokumentów albo niewystarczających wyjaśnień) oferty z niższą ceną w celu doprowadzenia do wyboru oferty innego uczestnika zmowy, oferującego wyższą cenę. Zdaniem Izby, takie porozumienie ze swojej natury ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 UOKiK, bez konieczności badania jego skutków rynkowych. Zakazane jest bowiem samo zachowanie, które polega na rezygnacji przedsiębiorców ze swojej niezależności przy podejmowaniu decyzji. W wyniku porozumienia dochodzi do koordynacji zachowania jego uczestników w postępowaniu przetargowym i wyeliminowania konkurencji między sobą. Takie działanie stwarza również zagrożenie zniekształcenia działania zamawiającego, który może być zmuszony do wyboru

droższej oferty lub unieważnienia postępowania.

3. Brak uzasadnienia zachowania przedsiębiorców

W kontekście zachowań i czynności podjętych przez Odwołującego 1 i Odwołującego 2 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. Do okoliczności tych Izba zalicza w szczególności ciąg zachowań Odwołującego 1 i Odwołującego 2 w procesie uzupełniania dokumentów, udzielania odpowiedzi Zamawiającemu oraz czasokresu podejmowania decyzji przez wykonawców co do dalszego ubiegania się o poszczególne części zamówienia. Zdaniem Izby, jedynym, racjonalnym i logicznym wytłumaczeniem powyższych zachowań przedsiębiorców jest uznanie, że działali oni w porozumieniu, ustalając wspólnie sposób zachowania się, zmierzający do wyboru ofert najdroższych w części 2, 3 i 4 zamówienia.

4. 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 1 oraz Odwołującym 2 dorozumianego porozumienia polegającego na nieuczciwym wpływaniu na wybór oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego 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, zdolnościami do przygotowania oraz wyceny kosztów realizacji zamówienia. 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 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 wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie ulega również wątpliwości, iż Wykonawcy poprzez działanie w porozumieniu mogli doprowadzić do szkody w mieniu publicznym. Podjęli bowiem nieuczciwą próbę ukształtowania wyników postępowania przetargowego w ten sposób, by Zamawiający dokonał wyboru ofert najdroższych przy jednoczesnym wykluczeniu ofert, w których bądź to nie uzupełniono braków formalnych bądź to opiewających na cenę uznaną za rażąco niską.

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. Ostatecznie, to każdy z obywateli ponosi koszt takich niedozwolonych porozumień.

W ocenie Izby, mając na uwadze okoliczności związane ze złożeniem ofert przez Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2 zasadne jest uznanie, że iż w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z niedozwolonym porozumieniem obu wykonawców w rozumieniu art. 4 pkt 5 UOKiK. W ramach tego porozumienia, nieuzupełnienie oferty przez Odwołującego 1 w części 2 zamówienia oraz wycofanie się Odwołującego 2 z części 3 i 4 zamówienia, w sytuacji, gdy następna w klasyfikacji oferta została złożona przez innego ze współpracujących przedsiębiorców, mogło być zachowaniem celowym i uzgodnionym, nakierowanym na uzyskanie zamówienia przez drugiego z tych przedsiębiorców, po wyższej cenie. 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 zachowań i podstaw dla przypisania Odwołującemu 1 oraz Odwołującemu 2 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 Zamawiającego jak i innych uczestników rynku zamówień publicznych, działających w ramach uczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby, Zamawiający również prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp w zakresie części 2 zamówienia, ponieważ wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w

postępowaniu.

Ponadto, zdaniem Izby, Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Ponadto, zgodnie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Odwołujący 2 w dniu 11.02.2022 r. udzielił odpowiedzi o następującym brzmieniu: „ W związku z wezwaniem do wyjaśnienia wyliczenia ceny ofertowej dla części 3 i 4 Wykonawca oświadcza, że cena została skalkulowana prawidłowo z założeniem zysku". Wykonawca nie przedstawił ani kalkulacji ceny, ani jakichkolwiek danych odnośnie poszczególnych czynników cenotwórczych, nie złożył żadnych dowodów. A złożone przez wykonawcę wyjaśnienie (jedno zdanie oświadczenia) nie można nazwać nawet ogólnikowym czy lakonicznym. Brak załączenia należytych wyjaśnień i brak jakichkolwiek dowodów nie potwierdza chęci wyjaśnienia i obowiązku wykazania braku rażąco niskiej ceny. Przeczy to zasadzie składania ofert i uczestniczenia w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia

publicznego i zawarcia umowy.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania 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: .....

Członkowie: .....