Sygn. akt KIO 1727/22

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2022 r. przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO - J" A. R. J. z siedzibą w Siemiatyczach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Siemiatycze

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w całości Odwołującego - wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO - J" A. R. J. z siedzibą w Siemiatyczach i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

Odwołującego - wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO - J" A. R. J. z siedzibą w Siemiatyczach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od Odwołującego - wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO - J" A. R. J. z siedzibą w Siemiatyczach na rzecz Zamawiającego - Miasta Siemiatycze kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu honorarium pełnomocnika

procesowego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 1727/22

Uzasadnienie

Miasto Siemiatycze, zwane dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy

z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Opróżnianie i wywóz zawartości koszy ulicznych na terenie miasta Siemiatycze".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 maja 2022 r., nr 2022/BZP 00148654/01.

W dniu 27 czerwca 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO-J" A. R. J. z siedzibą w Siemiatyczach, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu, które polegały na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy BALTIVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „wykonawca BALTIVIA"),

2) dokonaniu wyboru oferty wykonawcy BALTIVIA jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233, ze zm.) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji

i konsumentów (Dz. U. z 2021 r., poz. 275, ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BALTIVIA pomimo, że wykonawca ten wszedł w niezgodne z prawem porozumienie z innym wykonawcą biorącym udział w postępowaniu - ECO TECHNOLOGY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „wykonawca ECO TECHNOLOGY"), co w konsekwencji skutkowało wyborem oferty wykonawcy BALTIVIA jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

b) art. 16 ustawy PZP poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie obligatoryjnych działań przez Zamawiającego i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty podlegającej odrzuceniu.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BALTIVIA,

3) odrzucenie oferty wykonawcy BALTIVIA,

4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem ofert niepodlegających odrzuceniu,

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący podał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego ofertę złożyło trzech wykonawców oferując:

1) Odwołujący - cenę 177 120,00 zł brutto,

2) wykonawca BALTIVIA - cenę 135 480,00 zł brutto,

3) wykonawca ECO TECHNOLOGY - cenę 119 868,00 zł brutto.

Otwarcie ofert w postępowaniu miało miejsce w dniu 16 maja 2022 r. o godz. 10.00, natomiast pismem z dnia 22 maja 2022 r. wykonawca ECO TECHNOLOGY wycofał swoją ofertę.

W opinii Odwołującego wykonawcy BALTIVIA i ECO TECHNOLOGY działali w porozumieniu i dopuścili się tzw. „zmowy przetargowej" polegającej na rozstawianiu i wycofywaniu ofert, co polega na tym, że zmawiający się uzgadniają treść ofert, w których ceny są odpowiednio zróżnicowane, natomiast jeśli po otwarciu ofert okazuje się, że oferty członków „zmowy przetargowej" zajmują dwa pierwsze miejsca, to oferta zwycięska jest wycofywana, ewentualnie następuje nieuzupełnienie dokumentacji lub niekorygowanie błędów w ofercie, a co powoduje wykluczenie oferenta i zawarcie przez Zamawiającego umowy z drugim oferentem na wyższą cenę. Odwołujący podał, że podejrzenie istnienia „zmowy przetargowej" uzasadniają również przypadki innych przetargów, w których uczestniczyli obaj wykonawcy, gdzie ich oferty były na dwóch pierwszych miejscach, a następnie najkorzystniejsza oferta została wycofana. Chodzi o przetarg prowadzony przez Gminę Mińsk Mazowiecki, gdzie wykonawca ECO TECHNOLOGY wycofał swoją ofertę oraz przetarg prowadzony przez Gminę Osielsko, gdzie oferta Konsorcjum, w skład którego wchodził wykonawca ECO TECHNOLOGY, została odrzucona.

Odwołujący dodał, że po powzięciu informacji o uzasadnionym podejrzeniu istnienia „zmowy przetargowej" złożył stosowne zawiadomienia do Prokuratury Rejonowej w Siemiatyczach oraz Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Departamentu Ochrony Konkurencji, których treść przekazał Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał też, że zmowy przetargowe są porozumieniami ograniczającymi uczciwą konkurencję i mają na celu wywarcie wpływu na wynik prowadzonego przetargu. Stanowią jedno z najbardziej szkodliwych zjawisk z perspektywy ochrony uczciwej konkurencji. Powołał się przy

tym na przepisy prawa Unii Europejskiej - art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i prawa krajowego - art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zarówno przepis art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jak i art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawierają przykłady porozumień ograniczających uczciwą konkurencję, w tym porozumień przetargowych, zwanych potocznie „zmową przetargową". Według art. 101 ust. 1 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej takim porozumieniem będzie ustalanie w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji. Natomiast zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia polegające 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.

Według Odwołującego zmowa przetargowa może być również traktowana jako czyn nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako, że jest działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami.

Odwołujący wymienił również katalog surowych sankcji, jakie przewiduje ustawa PZP w razie wykrycia zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami. Są to w szczególności wykluczenie wykonawcy z postępowania (na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP) oraz odrzucenie oferty (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP).

W konkluzji Odwołujący podkreślił, że zasadniczo wykazanie niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami wcale nie musi wiązać się z koniecznością przedstawienia dowodów bezpośrednich na okoliczność zawarcia takiego porozumienia. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że wystarczające dla poczynienia ustaleń odnośnie zaistnienia zmowy przetargowej są dowody pośrednie lub zastosowanie konstrukcji domniemań faktycznych.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności dokumenty przedłożone przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Z powodu braku w aktach postępowania dowodu na to, że kopia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego została przesłana także Odwołującemu zgodnie z wymogiem art. 525 ust. 2 ustawy PZP, jak również wobec ustnego oświadczenia Odwołującego złożonego na posiedzeniu, iż nie otrzymał on od wykonawcy BALTIVIA kopii zgłoszenia przystąpienia, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy BALTIVIA do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w pismach z dnia 13 lipca i 1 sierpnia 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, w tym:

- Informacji z dnia 18 listopada 2021 r. z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wilamowice

Protokołu z dnia 29 grudnia 2021 r. z wyboru najkorzystniejszej oferty w przetargu prowadzonym w 2022 r. przez Gminę Osielsko

Ogłoszenia z dnia 11 stycznia 2022 r. o wyniku postępowania prowadzonego przez Gminę Pieszyce

Zbiorczego zestawienia ofert z dnia 24 lutego 2022 r. (Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich, Rejon w Szamotułach)

Informacji z dnia 22 marca 2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w przetargu prowadzonym przez Gminę Mińsk Mazowiecki

Zawiadomienia Odwołującego o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa z dnia 9 czerwca 2022 r. skierowanego do Prokuratury Rejonowej w Siemiatyczach

Pisma Prokuratury Okręgowej w Białymstoku z dnia 13 czerwca 2022 r.

Zawiadomienia Odwołującego o potencjalnym naruszeniu prawa konkurencji z dnia 14 czerwca 2022 r. skierowanego do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

(dalej jako „UOKiK")

Odpowiedzi UOKiK z dnia 30 czerwca 2022 r. na zawiadomienie Odwołującego

Uzupełnienia zawiadomienia o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa z dnia 4 lipca 2022 r. skierowanego przez Odwołującego do Prokuratury Rejonowej w Hajnówce

Uzupełnienia zawiadomienia o potencjalnym naruszeniu prawa konkurencji z dnia 4 lipca 2022 r. skierowanego przez Odwołującego do UOKiK

Zawiadomienia z dnia 21 lipca 2022 r. o odmowie wszczęcia śledztwa (Prokuratura Rejonowa w Hajnówce)

Pisma Odwołującego z dnia 22 lipca 2022 r. skierowanego do Burmistrza Miasta Siemiatycze

Informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców dotyczącej Spółki ECO TECHNOLOGY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Krajowy Rejestr Sądowy numer 802751)

Informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców dotyczącej Spółki BALTIVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (Krajowy Rejestr Sądowy numer 908599).

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej oraz dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający - Miasto Siemiatycze prowadzi postępowanie na „Opróżnianie i wywóz zawartości koszy ulicznych na terenie miasta Siemiatycze". Numer referencyjny tego postępowania to IF.271.4.2022.

Ogłoszenie o przetargu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 maja 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00148654/01.

W postępowaniu prowadzonym przez Miasto Siemiatycze oferty złożyło trzech wykonawców: Pani A. R. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO - J" A. R. J. z siedzibą w Siemiatyczach (Odwołujący), spółka BALTIVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy oraz spółka ECO TECHNOLOGY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

Jako oferta najkorzystniejsza została wybrana w dniu 16 maja 2022 r. oferta wykonawcy ECO TECHNOLOGY. Następnie pismem z dnia 22 maja 2022 r. wykonawca ECO TECHNOLOGY wycofał swoją ofertę w tym postępowaniu. Wobec powyższego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta kolejnego z wykonawców - wykonawcy BALTIVIA.

Wykonawcy BALTIVIA i ECO TECHNOLOGY w 2021 i 2022 r. uczestniczyli w kilku przetargach:

1) prowadzonym przez Gminę Wilamowice na odbiór i zagospodarowanie odpadów z cmentarzy oraz świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości na terenie Gminy Wilamowice (numer IS.271.3.11.2021) - postępowanie było prowadzone na podstawie przepisów ustawy PZP,

wykonawca BALTIVIA złożył ofertę w ramach Konsorcjum z wykonawcą GREEN WASTE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gryfinie, postępowanie obejmowało 3 części, natomiast oferta Konsorcjum obejmowała 2 części,

2) prowadzonym przez Gminę Pieszyce na opróżnianie koszy ulicznych i innych miejsc publicznych na terenie Gminy Pieszyce w 2022 r. (WGGIR.271.0001.2021) - postępowanie nie było prowadzone na podstawie przepisów ustawy PZP (wartość zamówienia poniżej 130 tys. zł), ani oferta wykonawcy BALTIVIA, ani oferta Konsorcjum składającego się z wykonawcy GREEN WASTE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gryfinie i wykonawcy ECO TECHNOLOGY nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze,

3) prowadzonym przez Gminę Osielsko na świadczenie usług z zakresu zbierania, transportu i unieszkodliwiania zwłok bezdomnych zwierząt lub ich części z terenu Gminy Osielsko w 2022 r. (numer DŚ.6140.23.2020) - postępowanie nie było prowadzone na podstawie przepisów ustawy PZP (wartość zamówienia poniżej 130 tys. zł), oferta Konsorcjum składającego się z wykonawcy EKO GREEN WESTE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i wykonawcy ECO TECHNOLOGY została odrzucona, natomiast oferta wykonawcy BALTIVIA została wybrana jako najkorzystniejsza,

4) prowadzonym przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich na wykonanie usługi związanej ze zbieraniem odpadów z pasa drogowego dróg wojewódzkich na terenie działania Rejonu Dróg Wojewódzkich (RDW.SZ.271-7.1/22) - postępowanie nie było prowadzone na podstawie przepisów ustawy PZP (wartość zamówienia poniżej 130 tys. zł), wykonawca ECO TECHNOLOGY złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę w postępowaniu, oferta wykonawcy BALTIVIA była trzecia w kolejności,

5) prowadzonym przez Gminę Mińsk Mazowiecki na wykonanie raz w tygodniu odbioru odpadów komunalnych z przystanków, boisk i placów zabaw - postępowanie nie było prowadzone na podstawie przepisów ustawy PZP (wartość zamówienia poniżej 130 tys. zł), wykonawca ECO

TECHNOLOGY złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę w postępowaniu, którą później wycofał, wobec czego oferta wykonawcy BALTIVIA została wybrana jako najkorzystniejsza.

W dniu 9 czerwca 2022 r. Odwołujący złożył w Prokuraturze Rejonowej w Siemiatyczach zawiadomienie o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia czynu z art. 305 § 1 Kodeksu karnego polegającego na wejściu w porozumienie przez wykonawców ECO TECHNOLOGY i BALTIVIA celem działania na szkodę Zamawiającego Burmistrza Miasta Siemiatycze w przetargu na „opróżnianie i wywóz zawartości koszy ulicznych na terenie miasta Siemiatycze" poprzez zawarcie zmowy przetargowej polegającej na rozstawieniu i wycofaniu najkorzystniejszej ze złożonych ofert. Na mocy decyzji Prokuratora Okręgowego w Białymstoku sprawa wywołana zawiadomieniem Odwołującego została przekazana do Prokuratury Rejonowej w Hajnówce. Następnie pismem z dnia 4 lipca 2022 r. Odwołujący uzupełnił swoje zawiadomienie załączając wydruki informacji dotyczących postępowań o udzielenie zamówień publicznych, które miałyby potwierdzać powiązania pomiędzy wykonawcami BALTIVIA i ECO TECHNOLOGY oraz stosowane procedury rozstawiania ofert w innych postępowaniach. Pismem z dnia 21 lipca 2022 r. Prokuratura Rejonowa w Hajnówce zawiadomiła Odwołującego, iż odmówiono wszczęcia śledztwa w sprawie podejrzenia popełnienia czynu z art. 305 § 1 Kodeksu karnego z uwagi na brak wniosku uprawnionego oskarżyciela.

Ponadto w dniu 14 czerwca 2022 r. Odwołujący złożył zawiadomienie do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o potencjalnym naruszeniu prawa konkurencji polegającym na wejściu w porozumienie przez wykonawców ECO TECHNOLOGY i BALTIVIA w przetargu na „opróżnianie i wywóz zawartości koszy ulicznych na terenie miasta Siemiatycze" poprzez zawarcie zmowy przetargowej polegającej na rozstawieniu i wycofaniu najkorzystniejszej ze złożonych ofert. Następnie pismem z dnia 4 lipca 2022 r. Odwołujący uzupełnił swoje zawiadomienie załączając wydruki informacji dotyczących postępowań o udzielenie zamówień publicznych, które miałyby potwierdzać powiązania pomiędzy wykonawcami BALTIVIA i ECO TECHNOLOGY oraz stosowane procedury rozstawiania ofert w innych postępowaniach.
W międzyczasie w dniu 30 czerwca 2022 r. UOKiK poinformował Odwołujące, że przedstawione przez niego informacje i dokumenty zostaną poddane wnikliwej analizie w celu rozważenia zasadności podjęcia ewentualnych działań w sprawie. Dodatkowo UOKiK zwrócił się do

Odwołującego z prośbą o przedstawienie innych będących w posiadaniu Odwołującego dokumentów i informacji, które mogłyby uprawdopodabniać zawarcie przez podanych niego przedsiębiorców zakazanego porozumienia. Postępowanie w UOKiK wywołane zawiadomieniem Odwołującego na dzień orzekania przez Izbę w dalszym ciągu było w toku.

Spółka ECO TECHNOLOGY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 5 września 2019 r. pod numerem 802751. Jej jedynym wspólnikiem jest Pani B. G., która jednocześnie sprawuje funkcję Prezesa Zarządu Spółki. Natomiast Spółka BALTIVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Bydgoszczy została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 25

czerwca 2021 r. pod numerem 908599. Jej jedynym wspólnikiem jest Pan J. K., który jednocześnie sprawuje funkcję Prezesa Zarządu Spółki.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Analizując materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy odwoławczej, a w szczególności dowody złożone przez Odwołującego, Izba uznała odwołanie za nieuzasadnione.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera

wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r., poz. 275, ze zm.) stanowi, że 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.

Art. 16 ustawy PZP określa zaś podstawowe zasady prawa zamówień publicznej stanowiąc, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że czyn nieuczciwej konkurencji to każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale drugim ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta bądź go narusza (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 lutego 2008 r. w sprawie I ACa 93/08). Sprzeczność z przepisami prawa to sprzeczność z jakimikolwiek przepisami powszechnie obowiązującego prawa - zarówno z zakresu prawa karnego, prawa administracyjnego, jak i prawa cywilnego, jak również z normami o charakterze

pozasystemowym (np. tymi wynikającymi z zasad współżycia społecznego lub kształtującymi dobre obyczaje), do których przepisy prawa odsyłają bezpośrednio lub pośrednio. Niewątpliwie za czyn nieuczciwej konkurencji może też zostać uznana tzw. zmowa przetargowa pomiędzy przedsiębiorcami, czyli nielegalne porozumienie co najmniej dwóch przedsiębiorców mające doprowadzić do upośledzenia konkurencji na wolnym rynku. Jej ustawowa definicja została ujęta w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmowa przetargowa stanowi jedno z najcięższych naruszeń prawa konkurencji. W przypadku zmowy przetargowej o charakterze horyzontalnym przedsiębiorcy przestają konkurować między sobą, czynności podejmowane przez nich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają stwarzać pozory konkurowania, a tym samym podwyższają ceny za przedmiot zamówienia tak, aby w przetargu zwyciężyła oferta jak najdroższa.

Dla ustalenia zmowy przetargowej nie jest przy tym wymagane, aby nielegalne porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami było wykonane albo aby odniosło jakiś skutek. Wystarczający jest sam zamiar wpłynięcia przez przedsiębiorców na wynik lub przebieg postępowania (tak: wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie KIO 423/16). Jednocześnie wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia lub odrzucenie jego oferty nie wymaga uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie zmowy przetargowej (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2021 r. w sprawach połączonych KIO 2254/21, KIO 2255/21 i KIO 2258/21).

Izba podziela pogląd prawny wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2021 r. w sprawach połączonych KIO 908/21 i KIO 924/21, że stwierdzenie zmowy przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności danej sprawy, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Mówiąc innymi słowy, stwierdzenie zmowy przetargowej, o ile odbywa się nie na podstawie wyraźnego i pozostającego poza jakimikolwiek wątpliwościami porozumienia, wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy.

Przechodząc do omówienia zarzutów odwołania odnoszących się do zaistnienia zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami BALTIVIA i ECO TECHNOLOGY, to w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż w rzeczywistości takie nielegalne porozumienie pomiędzy tymi wykonawcami w toku postępowania przetargowego prowadzonego przez miasto Siemiatycze nastąpiło. Nie tylko brak jest ku temu jakichkolwiek namacalnych dowodów np. w postaci dokumentów świadczących o tym, że obydwaj wykonawcy współpracowali już ze sobą w przeszłości, ale również nie można wysnuć wniosku o zaistnieniu zmowy przetargowej na podstawie dowodów pośrednich przedłożonych przez Odwołującego - w tym przypadku dokumentów z kilku innych postępowań o udzielenie zamówienia, w których brali udział obaj wykonawcy, a które w opinii Odwołującego miałyby wskazywać na to, że obaj wykonawcy rozstawiają swoje oferty, a następnie najkorzystniejsza ze złożonych ofert jest wycofywana.

Odwołujący poszukując dowodów na zmowę przetargową wykonawców ECO TECHNOLOGY i BALTIVIA w złożonych dokumentach poddał własnej analizie pięć przetargów, z czego tylko we dwóch postępowaniach prowadzonych przez Gminę Osielsko i Gminę Mińsk Mazowiecki doszło do mogącego rodzić wątpliwości odrzucenia lub wycofania oferty zwycięskiego wykonawcy, co skutkowało wyborem kolejnej oferty najkorzystniejszej cenowo. Zdaniem Izby - przy braku danych co do szerszego kontekstu tych czynności w postępowaniach - nie można z tych jednostkowych sytuacji wywodzić daleko idących wniosków o zaistnieniu zmowy przetargowej.

Co więcej, w toku postępowania przed Izbą Odwołujący nie wykazał też jakichkolwiek powiązań

osobowych i kapitałowych pomiędzy wykonawcami BALTIVIA i ECO TECHNOLOGY. Takiego

rodzaju rzekome powiązania na pewno nie wynikają z wpisów odnoszących się do obydwu Spółek, które zostały ujawnione w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Reasumując, Izba nie stwierdziła podstaw do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, tak z uwagi na brak dowodów bezpośrednich, jak i nawet kierując się dowodami pośrednimi - „nie wystąpiły bowiem one w odpowiedniej wadze i ilości". Mając na uwadze powyższe zarzuty odwołania dotyczące zmowy przetargowej zostały uznane przez Izbę za niezasadne.

Izba uznała za niezasadny także drugi z zarzutów odwołania, czyli zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek zaniechania podjęcia obligatoryjnych działań przez Zamawiającego. Jako że zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP Odwołujący wiązał ściśle z zarzutami dotyczącymi zmowy przetargowej Izba nie stwierdzając naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów nie mogła też uwzględnić zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia w trybie przepisów ustawy PZP.

Mając to na uwadze Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, art. 574, art. 575 i art. 576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: