

Sygn. akt: KIO 2977/22

WYROK

z dnia 24 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Ewa Sikorska

Członkowie:

Maksym Smorczewski

Bartosz Stankiewicz

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2022 roku w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2022 r. przez
wykonawcę Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Samodzielny
Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia
Podyplomowego w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DYNACON
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich i National
Cybersecurity Agency Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach
Wrocławskich, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm. [ustawa P.z.p.] w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 roku, poz. 275) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NetCom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DYNACON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich i National Cybersecurity Agency Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich, którzy to wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji,

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1233 [u.z.n.k.]) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę NetCom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DYNACON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich i National Cybersecurity Agency Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich, jako ofert złożonych w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

i nakazuje zamawiającemu - Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu im.

prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania

wykonawcy NetCom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DYNACON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich i National Cybersecurity Agency Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. i odrzucenie ich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (w 1/3) i zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie (w 2/3) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie:

jedenaste tysięcy sto złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Intertrading

Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania (7 500 zł 00 gr) i wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr);

3.2 zasądza od zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W.

Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie na rzecz wykonawcy Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 7 400 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta złotych zero groszy), stanowiącą stosunkową część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wdrożenie systemów cyberbezpieczeństwa, na podstawie umowy zawartej pomiędzy Narodowym Funduszem Zdrowia - Mazowieckim Oddziałem Wojewódzkim a Szpitalem im. prof. W. Orłowskiego CMKP.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 9 listopada 2022 r. wykonawca Intertrading Systems Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: przystępujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

- 1.1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców: NetCom sp. z o.o. (dalej jako „NetCom”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - DYNACON sp. z o.o. i National Cybersecurity Agency sp. z o.o. (dalej jako „Dynacon” lub „przystępujący”), którzy zawarli porozumienie, mające na celu ograniczenie konkurencji polegające na tym, że złożyli oni w uzgodnieniu odrębne oferty w postępowaniu w celu ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji w zakresie cen, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez NetCom oraz Dynacon jako ofert wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania,
- 1.2. zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez NetCom oraz Dynacon jako ofert złożonych w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 r., poz.1233 ze zmianami),
- 1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty Dynacon ze względu na to, że jej treści jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 1.4. w konsekwencji dokonaniu wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 2.1. art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców NetCom oraz Dynacon, którzy to wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenia konkurencji, polegające na tym, że złożyli oni w uzgodnieniu odrębne oferty w postępowaniu w celu ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji w zakresie cen, a w konsekwencji poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez NetCom oraz Dynacon jako ofert wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania,
- 2.2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez NetCom oraz Dynacon jako ofert złożonych w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.
- 2.3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dynacon jako niezgodnej z warunkami zamówienia,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz

- 3.1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3.2. nakazanie zamawiającemu:

3.2.1. dokonania ponownej oceny ofert,

3.2.2. wykluczenia z postępowania wykonawców NetCom oraz Dynacon na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., którzy to wykonawcy zawarli porozumienie, mające na celu zakłócenie konkurencji, polegające na tym, że złożyli oni w uzgodnieniu odrębne oferty w postępowaniu w celu ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji w zakresie cen, w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert NetCom i Dynacon na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. jako złożonych przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania,

3.2.3. odrzucenia ofert NetCom oraz Dynacon na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. jako złożonych w warunkach nieuczciwej konkurencji,

3.2.4. odrzucenia oferty Dynacon na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. jako

niezgodnej z warunkami zamówienia,

3.3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Uwzględnienie odwołania skutkować będzie wykluczeniem z postępowania wykonawców NetCom oraz Dynacon oraz odrzuceniem złożonych przez nich

ofert, przy czym w przypadku wykonawcy NetCom odrzucenie jego oferty - zgodnie z

odwołaniem - nastąpi z uwzględnieniem dodatkowych przesłanek odrzucenia - poza zastosowaną przez zamawiającego podstawą rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że uwzględnienie przez zamawiającego dodatkowych przesłanek odrzucenia oferty NetCom jest konieczne chociażby z tego powodu, że wykonawca ten może skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej i złożyć odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty ze względu na rażąco niską cenę, która była jedyną przesłanką odrzucenia oferty NetCom zastosowaną przez Zamawiającego. Tym samym może podejmować próby doprowadzenia do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. A zatem utrzymanie w mocy podjętych przez zamawiającego czynności związanych z oceną oferty NetCom i Dynacon może spowodować poniesienie przez odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania przez odwołującego pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi szkodę odwołującego, której uniknięcie uzasadnia złożenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 listopada 2022 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu,
- 3) obciążenie odwołującego kosztami postępowania (zwrot kosztów na rzecz zamawiającego).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DYNACON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich i National Cybersecurity Agency Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich (dalej: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Ponadto wniósł o zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępującego kosztów postępowania oraz przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony prezesa zarządu Dynacon Sp. z o.o., Pana A.C..

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wdrożenie systemu cyberbezpieczeństwa u zamawiającego. Jedynym warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia jest posiadanie doświadczenia w tym zakresie. Zgodnie z rozdziałem 7 ust. 1 pkt 4 s.w.z. zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej dwie usługi, polegające na należytych wykonaniu wdrożenia systemu cyberbezpieczeństwa o wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł brutto.

Zgodnie z rozdz. 16 pkt 2 SWZ zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena brutto oferty - 90%
2. Okres gwarancji - 10%

W postępowaniu złożono trzy oferty - NetCom (269.370,00 zł brutto i 36 miesięcy gwarancji), Dynacon (430.500,00 zł brutto i 36 miesięcy gwarancji) oraz odwołującego (538.740,00 zł brutto i 24 miesiące gwarancji).

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, NetCom skorzystał w całości z zasobu doświadczenia udostępnionego przez wykonawcę Dynacon. Realizacja zamówienia przez NetCom miała się odbyć poprzez oddelegowanie personelu Dynacon do przeprowadzenia wdrożenia systemów cyberbezpieczeństwa.

W dniu 22 października 2022 roku zamawiający wezwał NetCom do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Cena NetCom była o 30% niższa niż średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert. Wykonawca NetCom nie udzielił żadnej odpowiedzi. W dniu 4 listopada 2022 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego oraz o odrzuceniu oferty NetCom na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p..

Prezes zarządu NetCom sp. z o.o. - pan J.L.S., który podpisał ofertę NetCom, został upoważniony przez Dynacon do podpisania w imieniu Dynacon zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz NetCom. Na podstawie tego upoważnienia prezes zarządu NetCom podpisał zobowiązanie Dynacon do udostępnienia zasobów na rzecz NetCom, które to zobowiązanie zostało złożone w postępowaniu.

Zgodnie z rozdz. 12 ust. 20 pkt 1 SWZ wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą załącznik nr 2 - zestawienie parametrów wymaganych. W treści tego załącznika należało potwierdzić spełnienie wymaganych parametrów przez oferowane usługi oferowanego przedmiotu zamówienia. W kolumnie 4 ww. dokumentu - należało wpisać parametry i funkcje oferowanego przedmiotu zamówienia („Parametr i funkcje oferowane”). Przystępujący wpisał tam słowo „TAK”.

W dniu 22 października 2022 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia:

- 1) kart katalogowych wystawionych przez producenta,
- 2) folderów (ulotek, instrukcji, karty danych technicznych) dotyczących opisu

przedmiotu zamówienia - potwierdzających spełnienie przez oferowane produkty parametrów wymaganych i określonych przez zamawiającego.

W wyznaczonym terminie przystępujący złożył wymagane środki dowodowe, w tym instrukcję obsługi Polskiego Systemu Cyberbezpieczeństwa A.R.I.C. NDS. Z instrukcji tej wynika, że „Rozwiązanie ARIC Network Defence System to kompleksowe, skalowalne rozwiązanie cyberbezpieczeństwa (...) zintegrowane z dostosowanymi do przemysłu systemami wizualizacji SIEM, SOAR (...). ARIC NDS to doskonałe narzędzie pracy zespołów Security Operations Center. System ARIC NDS to unikalne połączenie systemów IDS, IPS, NAC, SIEM, SOAR.

Wskazany wyżej stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NetCom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DYNACON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich i National Cybersecurity Agency Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich, którzy to wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy u.z.n.k. poprzez zaniechanie

odrzućcia ofert złożonych przez wykonawcę NetCom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DYNACON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich i National Cybersecurity Agency Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kątach Wrocławskich, jako ofert złożonych w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba oddaliła wniosek przystępującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony prezesa zarządu Dynacon Sp. z o.o., Pana A.C., zważywszy, że przystępujący jest uczestnikiem postępowania odwoławczego, a nie jego stroną (zgodnie z art. 525 ust. 3 ustawy P.z.p., por. również art. 525 ust. 4 ustawy P.z.p.), wobec czego nie może być on przesłuchiwany jako strona.

Rozpoznanie zarzutów, które Izba uznała za uzasadnione, wymagało dokonania oceny z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, w tym w szczególności zbadania relacji biznesowych pomiędzy przystępującym a wykonawcą NetCom w kontekście przebiegu i wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby pomiędzy przystępującym a wykonawcą NetCom istniało niedozwolone prawem porozumienie, które uzasadnia wykluczenie tychże wykonawców z postępowania i odrzucenie ich ofert. Wynika to z faktu „ustąpienia” zamówienia, polegającego na niezłożeniu wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny przez wykonawcę NetCom w sytuacji, gdy oferta przystępującego została sklasyfikowana na drugim miejscu (po ofercie NetCom), co powodowało, że wykonawcy ci mieli w zasadzie pewność, że przystępujący uzyska zamówienie za cenę znacznie wyższą niż cena wykonawcy NetCom.

Nie ulega wątpliwości, że obydwaj wykonawcy ściśle ze sobą współpracują. Świadczy o tym fakt, że prezes zarządu Netcom, Pan J.S., posiada pełnomocnictwo udzielone przez Dynacon do podpisywania oświadczenia o udostępnieniu zasobów w imieniu Dynacon. Jako że udzielenie tego rodzaju pełnomocnictwa na rzecz wykonawcy, który prowadzi działalność konkurencyjną, co do zasady musi wynikać z wzajemnego zaufania oraz wiedzy w zakresie działalności mocodawcy, należy założyć, że wykonawców łączą ściśle relacje biznesowe.

Powyższą konstatację wzmacnia fakt, iż Pan J.S., na mocy wskazanego wyżej pełnomocnictwa, podpisał oświadczenie o udostępnieniu zasobów Dynacon na rzecz wykonawcy NetCom w przedmiotowym postępowaniu, poprzez oddelegowanie personelu Dynacon do przeprowadzenia wdrożenia systemów cyberbezpieczeństwa. Oznacza to, że Pan J.S. jest osobą decyzyjną w zakresie dysponowania personelem wykonawcy Dynacon i jednocześnie korzysta z tego zasobu jako zarządzający podmiotem NetCom.

W tym kontekście Izba nie dała wiary stanowisku przystępującego, który podnosił, że pełnomocnictwo, które zostało udzielone prezesowi NetCom, jest wyrazem przyjętego przez przystępującego modelu biznesowego i że przystępujący nie ma wiedzy, w jaki sposób pełnomocnik korzysta z udzielonego pełnomocnictwa. Nie sposób przyjąć za racjonalne twierdzenie, iż prezes firmy konkurencyjnej podejmuje decyzje odnoszące się do sfery zasobów innego podmiotu, który również bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i może potrzebować własnych zasobów przy realizacji innych zadań.

Ustalenie charakteru relacji pomiędzy przystępującym a wykonawcą NetCom jest

istotne w kontekście okoliczności faktycznych, jakie miały miejsce po otwarciu ofert. W sytuacji, w której wykonawca NetCom i przystępujący złożyli oferty z cenami niższymi niż oferta odwołującego oraz zaoferowali jednakowy okres gwarancji, dłuższy niż odwołujący, nie ulegało wątpliwości, że ich oferty zajmą dwa pierwsze miejsca. Rezygnacja wykonawcy NetCom z udziału w postępowaniu (bo w taki sposób należy interpretować niezłożenie wyjaśnień zaoferowanej ceny) było równoznaczne z udzieleniem zamówienia drugiemu w kolejności przystępującemu, za cenę ponad 160 tys. wyższą od ceny najkorzystniejszej ofert.

Wskazane wyżej okoliczności faktyczne należało ocenić w kontekście decyzji UOKiK nr RKR - 10/2016 z dnia 30 listopada 2016 r., zgodnie z którą uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów sytuację, w której jeden z wykonawców wycofał swoją ofertę dopiero w chwili, gdy miał pewność, że następną w klasyfikacji ofertą, jaka może zostać wybrana przez zamawiającego jest oferta wykonawcy z nim współpracującego.

Analogiczny pogląd został wyrażony w decyzji UOKiK Nr REO 11/2015 z dnia 15 grudnia 2015 r.: Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje zatem wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji. (...) Polegało to na złożeniu (...) w każdym z przetargów oferty zabezpieczającej, która w sytuacji nie pojawienia się pomiędzy ich ofertami oferty konkurencyjnej ulegała „wycofaniu”. Wycofanie polegało na nie podejmowaniu określonych czynności (niezbędnych w sytuacji nie złożenia niektórych wymaganych dokumentów) skutkujących odrzuceniem ich oferty a w konsekwencji wyborem oferty (.) oferującej w ocenianych przetargach wyższą cenę za wykonanie zamówienia. W konsekwencji ww. przedsiębiorcy wzmacniali swoją pozycję w stosunku do pozostałych uczestników przetargu i jednocześnie ograniczali możliwość wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty. Skutkiem tego było zakłócenie mechanizmu konkurencji, który wszystkim uczestnikom przetargów publicznych gwarantuje funkcjonujący system zamówień publicznych. (.) W orzecznictwie Prezesa Urzędu mechanizm działania przedsiębiorców polegający na sporządzeniu najkorzystniejszej oferty: z błędami, czy brakami i ich nieusunięcie, nieuzupełnienie dokumentacji lub niedopełnienie innych warunków formalnych pomimo wezwania, tak aby musiała zostać wybrana oferta następna w kolejności (mniej korzystna) uznano, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy, za dowód uprawdopodobniający zawarcie zmowy przetargowej (Decyzje Prezesa Urzędu z dnia 16 lipca 2007 r., nr RKT- 22/2007 i z dnia 21 lipca 2005 r., nr RZP-20/2005).

Jak wynika z powyżej przywołanych decyzji, ocena, czy w danej sprawie mamy do czynienia z niedozwolonym porozumieniem wykonawców, winna uwzględniać całokształt okoliczności sprawy, w tym także sytuację, jakie miały miejsce po otwarciu ofert. Na tej zasadzie, niezłożenie przez wykonawcę NetCom wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w opisanych powyżej okolicznościach, świadczy o istnieniu między przystępującym i wykonawcą NetCom niedozwolonego porozumienia.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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. W myśl art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

W ocenie iżby stan faktyczny rozpoznawanej sprawy wypełnia przesłanki wskazane wyżej, co uzasadnia nakazanie wykluczenia oferty przystępującego oraz wykonawcy NetCom na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. i odrzucenia ich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.

Niezależnie od powyższego, zmowy przetargowe mogą być traktowane również jako czyny nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., co czyni zasadnym zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub

narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zmowy przetargowe, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w sposób ewidentny stwarzają zagrożenie dla interesów innych uczestników obrotu gospodarczego, albowiem wymierzone są w konkurencję jako obszar rywalizacji przedsiębiorców w sposób możliwie efektywny (wyrok

Sądu Najwyższego z 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 121 7/98). Potwierdzeniem tego stanowiska są wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 3 stycznia 2012 r. oraz 20 czerwca 2013 r., w których stwierdzono, iż praktyką naruszającą uczciwą konkurencję jest „zmowa przetargowa” w rozumieniu przepisów art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i

konsumenta (wyrok KIO z 3 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2709/11 oraz wyrok KIO 20 czerwca 2013 sygn. akt KIO 1353/2013).

W tym miejscu podkreślić należy, że zachowania kwalifikowane jako zminy przetargowe nie mają sformalizowanego charakteru i podejmowane są m.in. w formie ustnej, za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, w drodze wymiany informacji na temat szczegółów ofert lub planowanego zachowania podczas przetargu (A. Jurkowska. „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, C.H.Beck 2009, s. 177 oraz Raport UOKiK „System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce”, wrzesień 20 13, s. 69). Tym samym, dla stwierdzenia wystąpienia zminy wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa, że zachowania rynkowe przedsiębiorców mogą świadczyć o zawarciu zminy, na podstawie rezultatów i skutków działań z uwzględnieniem okoliczności sprawy (wyrok KIO z 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1353/2013). Oznacza to, że nie jest uzasadnione, a tym bardziej konieczne przedstawienie dowodów bezpośrednich potwierdzających fakt zawarcia zminy przetargowej, które przeważnie są niemożliwe do uzyskania, względnie których uzyskanie jest możliwe jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa (wyrok KIO z 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 517/13, wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06).

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dynacon jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Izba wskazuje, że zamawiający w SWZ nie wskazał, w jaki sposób należy wypełnić załącznik nr 2 - zestawienie parametrów wymaganych. Wykonawcy w załączniku tym mieli potwierdzić spełnianie wymaganych parametrów. Dwóch z trzech wykonawców przepisało treść dotyczącą parametrów wymaganych do parametrów oferowanych, a przystępujący poprzestał na ich potwierdzeniu słowem „TAK”. W ocenie Izby czyni to zadość potwierdzeniu zachowania wymaganych parametrów.

Odwołujący podniósł, że przystępujący w zakresie systemu NAC zaoferował „Dynacon NAC”, ale dokumenty, jakie przedstawił na potwierdzenie wymagań systemu nie odnoszą się do „Dynacon NAC”, ale do systemu SIEM „Dynacon ARIC”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że przedmiotowe środki dowodowe złożone przez przystępującego odnoszą się do obu systemów SIEM i NAC. Informacje na ten temat zawarte są w złożonych przez przystępującego przedmiotowych środkach dowodowych.

Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do stanowiska zamawiającego ani też nie zakwestionował złożonych środków dowodowych w kontekście informacji wskazanych przez zamawiającego. Tym samym Izba uznała podniesiony w tym zakresie zarzut za nieuzasadniony i podlegający oddaleniu.

Odwołujący podniósł, że w zakresie SIEM złożone dokumenty nie potwierdzają wymagań zamawiającego. Odwołujący w żaden sposób nie uszczegółowił tego zarzutu, w szczególności nie wskazał, z jakich konkretnie informacji zawartych w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych wynika, że system nie spełnia postawionych wymagań. Odwołujący nie odniósł się do poszczególnych danych zawartych w dokumentach, ale poprzestał na stwierdzeniu, że nie wynika z nich spełnianie wymogów. Zarzut ten nie został w żaden sposób uzasadniony, dlatego też nie mógł zostać uwzględniony.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: