Sygn. akt: KIO 153/23

WYROK

z dnia 1 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk

Rafał Malinowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 stycznia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2023 r. przez: wykonawcę Iveston spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Obornikach, ul. Obrzycka 133 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Czerwonak Urząd Gminy Czerwonak w Czerwonaku, ul. Źródlana 39

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Iveston spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Obornikach, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Czerwonak Urząd Gminy Czerwonak w Czerwonaku, ul. Źródlana 39 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Iveston spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Obornikach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Czerwonak Urząd Gminy Czerwonak w Czerwonaku, ul. Źródlana 39 na rzecz Iveston spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Obornikach kwotę 14 451 zł. 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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 153/23

Uzasadnienie

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Budowa ulic: Cisowej, Jodłowej, Modrzewiowej, Sosnowej, Daglezjowej, Akacjowej oraz połączenia drogowego pomiędzy ulicami Daglezjową i Lipową w Bolechówku – Polski Ład zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 2022/BZP 00467414/01 z dnia 30 listopada 2022.

W dniu 13 stycznia 2023 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego Iveston spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Obornikach.

W dniu 17 stycznia 2023 r. odwołanie wniósł odwołujący Iveston spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Obornikach. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 stycznia 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 17 stycznia 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przez:

a) bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy odwołujący nie zawarł z INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. sp. k. porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, a zamawiający nie zdołał wykazać, za pomocą wiarygodnych przesłanek, że odwołujący dopuścił się zmowy przetargowej i wyciągnął zbyt daleko idące wnioski na podstawie okoliczności leżących po stronie zamawiającego i wynikających ze sposobu przygotowania postępowania przez zamawiającego tj. istnienia danych graficznych w plikach stanowiących

formularze ofertowe, które są widoczne lub nie w zależności od tego jakim programem się je otwiera, czym dodatkowo zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności; b) bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, gdy złożona oferta nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także przez brak wskazania na czym rzekomy czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać;

2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1) art. 223 oraz art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia kwestii, które budziły wątpliwości zamawiającego podczas dokonywania oceny złożonej oferty, a także do ewentualnego uzupełnienia złożonych dokumentów, co w konsekwencji doprowadziło do przedwczesnego odrzucenia oferty odwołującego;

Wniósł o:

1) Uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert,

b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

d) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględniania wniosku wskazanego w lit d)) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego z ewentualnym wezwaniem odwołującego do ustosunkowania się do wątpliwości w zakresie złożonej oferty;

3) Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do KIO zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego.

4) Przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a w szczególności pism wymienionych w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że jego interes wynika z faktu, że jego oferta może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu.

Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika bowiem, że po odrzuceniu oferty INVEST HOUSE PLUS sp. z o. o. sp. k. oferta odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą w rankingu ofert (zaoferowano najniższą cenę, a w drugim kryterium – okres gwarancji zaoferowane najdłuższy z możliwych, czyli odwołujący otrzyma maksymalną ilość punktów). W przypadku braku wykluczenia z postępowania oferta odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Jednakże ze względu na zaniechania zamawiającego, odwołujący utracił prawo do uzyskania zamówienia, co w konsekwencji oznacza brak możliwości uzyskania zysku z wykonania przedmiotowego zamówienia.

W dniu 13 stycznia 2023 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty wskazując, że podstawą odrzucenia jest art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W uzasadnieniu faktycznym zamawiający stwierdził, że odwołujący złożył ofertę w wyniku zawarcia z INVEST HOUSE PLUS sp. z o. o. sp. k. porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Jedynym uzasadnieniem, które według zamawiającego świadczą o zawarciu porozumienia mają być „podobieństwa graficzne występujące w formularzach obydwu Wykonawców, a w szczególności:

- logotypy unijne niezwiązane z postępowaniem, których zamawiający nie zamieścił we wzorze formularza ofertowego,

- zastosowanie w formularzu oferty (pkt IV i V) takiego samego formatu oraz czcionki numeracji, które są jednocześnie bardzo nietypowe i zwyczajowo nieużywane w pismach.”

Są to jedyne okoliczności, które zdaniem zamawiającego mają świadczyć o zawarciu porozumienia, której o okoliczności odwołujący zaprzecza.

Po pierwsze, błędne jest twierdzenie zamawiającego, że logotypy unijne nie zostały umieszczone we wzorze formularze ofertowego przez zamawiającego. Logotypy unijne są elementem plików zamieszczonych przez zamawiającego na platformie zakupowej. Po pobraniu pliku "Załącznik nr 3 do SWZ_formularz ofertowy" zapisanego w formacie docx i otwarciu go w różnych programach sytuacja z logpotypami jest następująca:

1) otwarcie w Microsoft Word (Office 365) - logotypów brak

2) otwarcie w Open Office - logotypy są

3) otwarcie w przeglądarce na iPhone – logotypy są

Odwołujący uważa, że wskazane rozbieżności wynikają z tego, że zamawiający w celu przeprowadzenia postępowania użył pliku, który wcześniej był wykorzystany w innych postępowaniach, w których logotypu były wykorzystane. Ich „ręczne" usunięcie z nagłówków nie spowodowało, że faktycznie zostały one usunięte z plików. Logotypy te, które są grafikami mają przypisany styl (np. jest tłem lub inne właściwości pozycjonujące), z którymi „nie radzi" sobie Microsoft Word przez co ich nie wyświetla lub wyświetla w niewidocznym miejscu. Zweryfikowanie tego, czy plik jakie zamieścił zamawiający na platformie posiada przypisane do niego logotypy unijne możliwe jest m. in. przez:

1) zapisanie pliku w formacie ZIP, a następnie w Windows otwarcie zawartości pliku, a w nim w katalogu z grafikami są logotypy

2) zapisanie pliku jako html, a następnie otwarcie utworzonego folderu, w którym znajduje się logotyp unijny

Z powyższego wynika zatem, że odwołujący ani samodzielnie, ani tym bardziej z INVEST HOUSE PLUS sp. z o. o. sp. k. nie dokonywał jakichkolwiek ingerencji w plik (formularz ofertowy) polegających na „wklejeniu w nagłówkach logotypów unijnych" – formularz ofertowy – udostępniony przez zamawiającego oraz nie dokonywał jakichkolwiek ustaleń w celu wspólnego złożenia oferty nie tez nie zwarł jakiegokolwiek porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Po drugie, wbrew twierdzeniu zamawiającego czcionki w ofertach odwołującego i INVEST HOUSE PLUS sp. z o. o. sp. k. nie są takie same lecz inne, co widać na pierwszy rzut oka po ich otwarciu.

W tym miejscu odwołujący zamieścił zrzuty ekranu ukazujące obrazy obu ofert:

1) Oferty odwołującego

2) Oferty INVEST HOUSE PLUS sp. z o. o. sp. k.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że ewentualne podobieństwa w formatowaniu mogą wynikać z przyczyn wskazanych powyżej tj. otwarcia plików z programach innych niż program jakiego użył zamawiający do sporządzenia pliku.

Jedynie na marginesie odwołujący wskazał, że kierując się przyjętą przez zamawiającego logiką powinien on uznać, że wszyscy pozostali oferenci, których oferty nie zawierają logoty-pów unijnych zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, gdyż forma graficzna ich ofert jest zbieżna.

Po trzecie, błędne jest twierdzenie zamawiającego, że i INVEST HOUSE PLUS sp. z o. o. sp. k. nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zostały one złożone, ale wykonawca ten wskazał w nich na popełniony przez siebie błąd w wycenie. Został one przez to uznane przez zamawiającego jako niewystarczające i stanowiły podstawową przesłankę odrzucenia oferty tego wykonawcy.

a. Odrzucenie z uwagi na porozumienie ograniczające konkurencję

Dokonując odrzucenia oferty odwołującego zamawiający ograniczył się wyłącznie do wskazania podobieństw graficznych ofert, które to jednak podobieństwa wynikają tylko i wyłącznie z użycia przez odwołującego plików przygotowanych i udostępnionych w postępowaniu przez zamawiającego.

Nie wystąpiła zatem w ocenie odwołującego w postępowaniu jakakolwiek wiarygodna przesłanka do uznania, że odwołujący zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. W szczególności odwołujący i INVEST HOUSE PLUS sp. z o. o. sp. k. nie należą do tej samej grupy kapitałowej.

W orzecznictwie KIO podkreśla, że:

1) Aby można stwierdzić, że doszło do istnienia zmowy, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmowy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2022 r., KIO 2051/22 oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2022 r., KIO 1529/22.

W przywołanym orzeczeniu KIO stwierdziła, że nie doszło do zmowy przetargowej w sytuacji, gdy jeden z oferentów został odrzucony z postępowania z powodu rażąco niskiej ceny, gdyż na jedno z wezwań nie udzielił odpowiedzi, a następnie oferent ten został zgłoszony jako podwykonawcy wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. KIO uznała, że do współpracy doszło już po wyborze drugiego wykonawcy jako najkorzystniejszej, a co za tym idzie nie istniała żadna zmowa.

Przenosząc powyższe na okoliczności tej sprawy odwołujący wskazał, że pomiędzy odwołującym a INVEST HOUSE PLUS sp. z o. o. sp. k. nie istnieją obecnie żadne formy współpracy, a co za tym idzie wnioski zamawiającego są zbyt daleko idące i w pełni dowolne.

2) Jak sama nazwa wskazuje, zmowa przetargowa powinna przejawiać się przede wszystkim na etapie przetargu i uniemożliwiać innym wykonawcom uzyskanie zamówienia chociażby przez stosowanie zaniżonych cen, a nie jak w tym postępowaniu, na co powoływał się odwołujący, przez zawyżenie cen - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2022 r., KIO 279/22

3) W ocenie Izby dopuszczane przez doktrynę bardziej tolerancyjne dowodzenie zmowy przetargowej, nie może opierać się na tzw. poszlakach, tym bardziej gdy powołujący się na zmowę nie wykazuje, że takie porozumienie wykonawców ogranicza dostęp do zamówień innym wykonawcom, czy też szkodzi zamawiającemu w prowadzeniu konkurencyjnego postępowania.

W przywołanym orzeczeniu KIO stwierdziła, że nie doszło do zmowy przetargowej w sytuacji, gdy oferent wycofał odwołanie do KIO, a następnie uczestniczył przy realizacji zamówienia jako współpracujący w wykonawcą, którego oferta została ostatecznie wybrana jako najkorzystniejsza.

4) Z treści art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wynika, że to w pierwszej kolejności zamawiający, a w przypadku jego zaniechania w tym względzie, odwołujący stwierdza, ale również wykazuje w sposób wiarygodny, że akurat to porozumienie wykonawców ma na celu, czy też prowadzi do zakłócenia konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (…) zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, a nie z powodu samego zawarcia porozumienia co do wspólnego składania oferty. Tym samym nie każde porozumienie pomiędzy wykonawcami (a więc wzajemna wymiana informacji przy wspólnym składaniu ofert) stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty. Tylko takie porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji, powinno skutkować wykluczeniem z postępowania, ale w sytuacji wiarygodnych przesłanek co do zamiaru, czy też skutku jakim jest zakłócenie konkurencji - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2022 r., KIO 201/22

Ponadto w wyroku KIO 1171/20 wskazanym przez zamawiającego jako uzasadnienie podjętej decyzji wskazano, że „nie można jednak, jedynie na podstawie poszlak wskazujących na określonego rodzaju współpracę istniejącą pomiędzy podmiotami przyjmować, że do takiego niedozwolonego porozumienia doszło i w konsekwencji odrzucać oferty wykonawców, w stosunku do których powstały wątpliwości w tym zakresie.”

Co dla odwołującego ważne – w przytoczonym przez zamawiającego wyroku KIO nie stwierdziła wystąpienia zmowy przetargowej, a co za tym idzie powoływanie się przez zamawiającego na to orzeczenie jako mające popierać jego tezę jest błędne co najmniej mało fortunne. Z powyższego wynika zatem, że istnienie tzw. zmowy przetargowej powinno wyraźnie wynikać z zebranego materiału dowodowego, a w tej sprawie tego brak. Projekcja rzeczywistości

opisana przez zamawiającego jako uwiarygadniająca istnienie zmowy, nie pozwala na uznanie jej za prawidłową.

b. Odrzucenie z powodu czynu nieuczciwej konkurencji

W zakresie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy zamawiający poza przywołaniem tego przepisu nie wskazał na jakiekolwiek okoliczności faktyczne lub prawne, które miałby uzasadniać prawidłowość przyjętego stanowiska. Zamawiający nie wskazał na czym czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać.

Odwołujący zaprzecza, aby złożona przez niego o została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na brak jakiegokolwiek uzasadnienia odwołujący nie może odnieść się w jakikolwiek inny sposób do przedstawionej podstawy. Zamawiający z kolei nie ma już możliwości jej rozwinięcia lub doprecyzowania, gdyż zakresem postępowania odwoławczego przed KIO są działania zamawiającego podejmowane przed złożeniem odwołania, a w szczególności sposób i zakres uzasadnienie podejmowanych czynności. Jakiekolwiek uzupełnienie w tym zakresie stanowiłoby niedozwoloną zmianę stanowiska zamawiającego, która z kolei uniemożliwiałaby odwołującego ochronę swoich praw.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. odrzuceniu podlega oferta, która "została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji". Stosownie zaś do 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", a nie oferta, która "stanowi czyn nieuczciwej konkurencji" - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2022 r., KIO 140/22.

Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 u.z.n.k. - Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Lex Działanie takie nie zostało jednak podjęte przez zamawiającego w tym postępowaniu.

W dniu 27 stycznia 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Ponadto o przeprowadzenie następujących dowodów, na wskazane okoliczności:

1. formularz ofertowy z postępowania, w którym po raz pierwszy użyto logotypy – który był następnie powielany w kolejnych postępowaniach;

2. zrzuty ekranów i zdjęcia telefonów z otwartymi formularzami;

3. folder z formularzami załączonymi do postępowań oraz ofertami w nich złożonymi, na podstawie których dokonano analizy występowania logotypów;

4. skany weryfikacji wykonawców.

A także o zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał na „podobieństwa graficzne" jako pierwszą i najbardziej rzucającą przesłankę, widoczną od razu po pierwszej analizie ofert, na podstawie której zaistniało podejrzenie zaistnienia zmowy przetargowej.

W związku z powyższym zamawiający dokonał analizy dokumentów rejestrowych obu wykonawców w celu zweryfikowania powiązań kapitałowych oraz ewentualnego startowania w tych samych postępowaniach wcześniej. W trakcie tej weryfikacji zamawiający stwierdził, że wykonawca Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. nigdy nie wygrał przetargu na roboty drogowe. Startował wyłącznie w postępowaniach związanych z remontami budynków. Co więcej w Dziale 3 KRS w przedmiocie działalności również widnieją tylko numery PKD związane z robotami budowlanymi dotyczącymi budynków. Wszystkie numery PKD związane z robotami drogowymi zostały wykreślone z KRS w 2016 r. Zastanowiło to zatem zamawiającego czy wykonawca ten jest w stanie wykonać skomplikowane prace drogowe samodzielnie, gdyż w ofercie nie wskazał ani podwykonawców ani nie posiłkował się podmiotem trzecim. Planował zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tej kwestii na dalszym etapie prowadzonego postępowania, jednakże nie miał tej możliwości z uwagi na fakt niewyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Była to jednak kolejna przesłanka, która wzbudziła wątpliwość zamawiającego co do złożonej przez Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. oferty.

Z uwagi na fakt, że zaproponowana przez Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. cena całkowita oferty (7 526 493,00 zł) jest o 31,72 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy (11 022 226,28) oraz jest o 34,54 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (11 497 933,30 zł) zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień złożonej w formularzu ceny. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, Wykonawca Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. ich nie złożył. Złożył pismo, w którym poinformował, że „w wyniku omyłki nie wycenił robót z zakresu kanalizacji deszczowej na ulicy Sosnowej, Da-glezjowej oraz Akacjowej. Do przedstawionej ceny należałoby doliczyć kwotę 864 823,60 zł, co łącznie daję kwotę 8 391 316,60 zł". Zdaniem zamawiającego liczy się zamiar w jakim składa się pismo, a z całą pewnością Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. składając pismo w odpowiedzi na wezwanie miał świadomość, że skutkiem tego będzie odrzucenie jego oferty, a nie wyjaśnienie złożonej w ofercie ceny, wybranie jego oferty i podpisanie z zamawiającym umowy. Wykonawca nie dał zamawiającemu możliwości oceny wyjaśnień, jedyne co zamawiający mógł zrobić, to odrzucić ofertę wykonawcy.

W odniesieniu do informacji, którą odwołujący przekazał zamawiającemu w piśmie z 16 stycznia 2023 roku, po wyborze oferty najkorzystniejszej dotyczącej faktu, że logotypy unijne są elementem plików zamieszczonych na platformie, zamawiający zauważył, że z tego pisma nie wynika, że Iveston Sp. z o.o. otworzył z Platformy formularz z logotypami, które widnieją w jego ofercie.

Na pierwszym zrzucie z ekranu widnieje formularz otwarty w Microsoft Word, na którym logo-typy nie są widoczne.

Na drugim zrzucie z ekranu zamieszczony został skan „gotowej już", tj. przygotowanej na potrzeby firmy Iveston Sp. z o.o. oferty, a nie dopiero co otwartego, „czystego" formularza. Świadczą o tym dane firmy oraz nazwa otwartego pliku.

Na trzecim zrzucie z ekranu z iPhone'a widnieją logotypy, ale zawierające nazwę „Usługi indywidualnego transportu door-to-door oraz poprawa dostępności architektonicznej wielorodzinnych budynków mieszkalnych" oraz linię pod nazwą, których z kolei brak w formularzach ofertowych obydwu Wykonawców.

Zamawiający chcąc wyjaśnić sytuację dokonał kolejnej analizy. Zastanawiający był bowiem fakt, że logotypy musiałyby pochodzić z pierwszego postępowania ogłoszonego w 2021 roku. Ponieważ był to pierwszy formularz ofertowy przygotowany po nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych, na jego wzorze przygotowywane były kolejne formularze. Zamawiający założył zatem, że musiały być one ukryte przynajmniej w części wcześniejszych postępowań, czego zamawiający nie był świadomy. Byłoby to wytłumaczenie skąd w ofertach wykonawców się one pojawiły dlatego też zamawiający wnikliwie się przyjrzał formularzowi i stwierdził, że:

1. Po otwarciu formularza w programie Open Office na kilku różnych komputerach (z

różnymi systemami Windows – 7, 10 i 11) logotypy nie pojawiają się, jednak na niektórych pojawia się czcionka, która jest w ofercie Iveston Sp. z o.o. Tu zamawiający zamieścił zrzuty ekranów z otwarcia plików w systemach Windows 10 i Windows 11.

2. Po otwarciu formularza na smartfonach służbowych oraz prywatnych pracowników

Urzędu logotypy nie pojawiają się, czcionka inna niż ta w ofercie Iveston Sp. z o.o.

3. Po otwarciu na iPhone'ie logotypy pojawiają się, ale w całości, a nie tak jak wyglądają

w ofertach wykonawców odrzuconych, czcionka inna niż w ofercie Iveston Sp. z o.o.

Tu zamieścił zrzut ekranu obrazujący Logotypy na iPhone'ie:

Usługi indywidualnego transportu door-to-door oraz poprawa dostępności architektonicznej wielorodzinnych budynków mieszkalnych oraz Logotypy w ofercie Iveston i Logotypy w ofercie Invest House Plus:

Zdaniem zamawiającego na pierwszy rzut oka można zauważyć, że w obu ofertach w logo-typach usunięto dokładnie tę samą część.

4. Po otwarciu w Microsoft Word logotypy nie są widoczne.

Jeśli wykonamy szereg następujących po sobie czynności:

1) Pobieramy plik i otwieramy go w programie Microsoft Word – brak logotypów,

2) najeżdżamy kursorem na nagłówek,

3) klikamy dwukrotnie lewym przyciskiem myszy – w pasku narzędzi pojawia się zakład

ka

„Projektowanie”,

logotypy nadal nie są widoczne,

4) klikamy w pustą kratkę „Inne na pierwszej stronie”, która jest oryginalnie „odkliknięta”

i dopiero pojawiają się logotypy.

Zamawiający przeprowadził też próbę polegającą na pobraniu formularza z Platformy, otwarciu go w Open Office, a następnie przesłaniu go mailem jako plik .odt i otwarciu go na innym komputerze w programie Microsoft Word. I wtedy faktycznie pojawiają się logotypy w takiej formie, w jakiej są w obydwu ofertach.

Zamawiający nie zaprzecza, że logotypy są ukryte w formularzu ofertowym, ale aby dojść do wersji złożonej przez obu wykonawców należy wykonać szereg czynności. Niemożliwe jest, aby dwóch wykonawców niezależnie od siebie wykonało je w taki sam sposób.

Ponadto zamawiający przeanalizował wszystkie postępowania z 2021 oraz 2022 roku, w których wymagane było składanie formularza ofertowego, łącznie 28 postępowań z 2021 roku (z wyłączeniem pierwszego postępowania zawierającego logotypy) oraz 23 postępowania z 2022 roku. Tylko w jednym z wszystkich sprawdzonych postępowań nie było „ukrytych” logotypów – były w nim logotypy innego dofinansowania. A zatem w 50 postępowaniach ogłoszonych przez zamawiającego istniało prawdopodobieństwo złożenia oferty z logotypami z pierwszego postępowania z 2021 roku.

Następnie zamawiający przejrzał wszystkie złożone oferty – 106 ofert w 2021 roku oraz 58 ofert w 2022 roku i w żadnej, za wyjątkiem tych dwóch przedmiotowych ofert, nie stwierdził obecności logotypów. Co ciekawe wśród ofert z 2021 roku są dwie oferty złożone przez odwołującego w innych postępowaniach, na których jest czcionka, która pojawiła się w obecnej ofercie, ale logotypów w nich nie ma.

W tym miejscu zamawiający zamieścił tabelę z nazwami postępowań, wskazaniem czy formularz zawierał logotypy, czy odwołujący brał w nim udział i czy w jego ofercie pojawiły się logotypy.

W załączeniu folder z formularzami ofertowymi oraz ofertami.

Przez dwa lata w 162 ofertach logotypy się nie pojawiły, a tu nagle są widoczne w dwóch ofertach w tym samym postępowaniu, w dodatku zmodyfikowane w ten sam sposób – przez usunięcie dwóch linijek tekstu oraz linii pod nim. Zdaniem zamawiającego jest to nieprawdopodobne, a odwołujący nie udowodnił, że otworzył dokument w postaci w jakiej go złożył.

Nieprawdą jest również, co wskazał odwołujący, iż zamawiający stwierdził, że czcionki w ofertach są takie same. Są zdecydowanie różne co wynika najprawdopodobniej z faktu otwarcia dokumentu w różnych programach (Open Office i Microsoft Word) przez każdego z wykonawców. Zamawiający w uzasadnieniu stwierdził, że wykonawcy zastosowali w pkt IV i V formularza taki sam format oraz czcionkę numeracji, które są jednocześnie bardzo nietypowe i zwyczajowo nieużywane w pismach. Na marginesie zamawiający zaznaczył, że w formularzach odrzuconych ofert jest więcej drobnych podobieństw. A zatem i w tym wypadku musiało dojść do wspólnej „manipulacji” w formularzu ofertowym.

Absurdalne jest również twierdzenie odwołującego, że z uwagi na brak logotypów wszyscy pozostali oferenci zawarli porozumienie. Zbieżna forma ofert nie jest niczym dziwnym, gdyż wykonawcy posługują się tym samym formularzem ofertowym.

Zamawiający chcąc rzetelnie ocenić sytuację zapoznał się również z wytycznymi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta zawartymi w Publikacji „Zmowy Przetargowe” z 2017 roku, która wskazuje na symptomy zmowy przetargowej, na które zamawiający winien zwrócić uwagę. Opinia dostępna pod linkiem: .

Wśród wskazanych przez UOKiK symptomów, które zdaniem zamawiającego wystąpiły w tym przypadku są m.in.:

- takie same fragmenty ofert lub pism;

- jeśli w przetargu bierze udział przedsiębiorca spoza grupy wykonawców, których dotyczy podejrzenie, porównanie jego oferty z innymi ofertami ujawnia ich anomalie lub zbieżności czy występujące w nich błędy;

- jednakowy wygląd, układ graficzny ofert lub pism;

- nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła najkorzystniejszą ofertę (np. przez nieuzupełnienie oferty w terminie lub wycofanie oferty), zwłaszcza w przypadku gdy kolejny potencjalny zwycięzca przetargu ma zawrzeć z tą firmą umowę pod-wykonawstwa.

Również Urząd Zamówień Publicznych wydał w 2018 roku publikację pod redakcją M.W., K.K. i M.Ż. pt. „Świadomość ryzyka korupcji i zmowy przetargowej w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik dla pracowników i kierowników zamawiającego." (dostępna pod linkiem:), która zawiera instrukcje jak postępować w przypadku podejrzenia zmowy cenowej. Opisuje m.in. mechanizm, który zdaniem zamawiającego został zastosowany w tym przypadku:

„Stosowanie mechanizmu rozstawiania, a następnie wycofywania ofert.

Zamawiający przytoczył także Komentarz do Prawa zamówień publicznych pod. red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza () dotyczącego art. 226 ustawy

Zamawiający nie ograniczył się, jak wskazuje odwołujący, „wyłącznie do wskazania podobieństw graficznych ofert". Były one pierwszą niepokojącą przesłanką do dokładniejszej analizy ofert. Kolejną był fakt, że Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. nie jest, zdaniem zamawiającego zdolny do samodzielnego wykonania zamówienia. Z uwagi na fakt „wycofania" oferty zamawiający nie mógł kwestii tej wyjaśnić. Nie zmienia to jednak faktu, że nasunęło to kolejne podejrzenia co do pozorności złożonej oferty.

Jak wspomniano wcześniej wykonawca Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. nie podjął próby wyjaśnienia złożonej w ofercie ceny. Zamawiający wnikliwie analizował oferty i dopiero po ponad trzech tygodniach od otwarcia podjął decyzję o odrzuceniu ofert.

Gdyby zadziała się tylko jedna z powyższych opisanych sytuacji (np. Tylko logotypy w ofertach), wtedy zamawiający mógłby wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień, ale w przypadku tak wielu faktów nie było, zdaniem zamawiającego, czego wyjaśniać. Potwierdza to również złożone po wyborze oferty najkorzystniejszej przez odwołującego pismo, które takie „ewentualne wyjaśnienia" zawiera. Fakt, że logotypy są „ukryte" w formularzu tylko utwierdził zamawiającego w przekonaniu, że oferty zostały złożone wspólnie i/lub w porozumieniu. Gdyż o ile mało prawdopodobne jest, że dwóch wykonawców „wkleja" do swojej oferty przez przypadek to samo, to o ile bardziej nieprawdopodobne jest, że dwóch wykonawców otwiera formularze na iPhone'ach, niezależnie od siebie w identyczny sposób je modyfikuje, następnie jeden z nich zamienia czcionkę, na taką która otwiera się tylko w Open Office (a nie w iPhone'ie), a potem jeden z nich stwierdza, że „pomylił się" w obliczeniach. Jedynym logicznym wyjaśnieniem jest fakt, że jeden z wykonawców otworzył formularz, zmodyfikował go i przesłał drugiemu wykonawcy.

Skoro wykonawcy współpracowali na etapie przygotowania ofert, to tylko w sytuacji, w której mieli wspólny interes, gdyż w normalnych okolicznościach stanowiliby dla siebie konkurencję. „Rezygnacja" Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. na korzyść Iveston Sp. z o.o. miała doprowadzić do podpisania umowy na wyższą kwotę, co miało być skutkiem tej zmowy przetargowej.

Odwołujący powołuje się na wyrok (KIO 279/2022), który wskazuje, że zmowa przetargowa powinna się przejawiać przede wszystkim na etapie przetargu i powinna prowadzić np. do szkody po stronie zamawiającego. Dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Trudno dyskutować z faktem, że do zmowy doszło na etapie prowadzonego postępowania oraz z tym, że przedmiotowa sytuacja szkodzi zamawiającemu, gdyż w wyniku tej zmowy zamawiający nie mógł wybrać najkorzystniejszej dla niego oferty.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest złożenie oferty, która powoduje nieuczciwą konkurencję. Sam odwołujący wskazał w odwołaniu, powołując się na wyrok KIO 201/22, że: „…Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, a nie z powodu

samego zawarcia porozumienia co do wspólnego składania oferty. Tym samym nie każde porozumienie pomiędzy wykonawcami (a więc wzajemna wymiana informacji przy wspólnym składaniu ofert) stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty. Tylko takie porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji, powinno skutkować wykluczeniem z postępowania, ale w sytuacji wiarygodnych przesłanek co do zamiaru, czy też skutku jakim jest zakłócenie konkurencji."

Dokładnie taka sytuacja ma miejsce w tym przypadku. W wyniku wymiany informacji pomiędzy Iveston Sp. z o.o. a Invest House Plus Sp. z o.o. Sp. k. przy składaniu ofert (co jest zdaniem zamawiającego bezsporne) miało dojść do skutku jakim byłoby wybranie drugiej z kolei oferty (droższej o 673 506,99 zł), co byłoby niewątpliwie korzystne dla wykonawców, a ze szkodą dla zamawiającego.

Takie zachowanie narusza dobre obyczaje (tzw. uczciwość kupiecką) i eliminuje pozostałych wykonawców, a zamawiającego zmusza do zapłaty wyższego wynagrodzenia. Zjawisko to jest często przedmiotem dyskusji na szkoleniach, forach zamówieniowych i przedmiotem licznych publikacji.

Zjawisko zmów przetargowych jest niestety trudne do zweryfikowania przez zamawiających, którzy nie mają narzędzi do obrony przed tego typu zachowaniem. Jednakże w tym przypadku nieuwaga wykonawców sprawiła, że zamawiający nabrał podejrzeń i przeanalizował oferty wnikliwiej. Na podstawie analizy zdarzeń, które wystąpiły w postępowaniu, doszedł do wniosku, że następujące po sobie fakty:

1) w tym samym postępowaniu w dwóch ofertach pojawiły się logotypy (a nie pojawiły się w żadnej z wcześniej złożonych 175 ofert, w tym również złożonych przez Iveston Sp. z o.o. przez dwa lata),

2) w obu ofertach logotypy te zostały zmodyfikowane w identyczny sposób przez usunięcie dwóch linijek tekstu oraz linii pod nim;

3) zawierają inne drobne podobieństwa w wersji elektronicznej (wykreślenie tych samych elementów mimo, iż później dokonano uzupełnień długopisem, błędne wpisanie zarówno numeru konta i adresu mailowego w części dotyczącej wadium, zbieżność formatu numeracji),

4) jeden z wykonawców, który zdaniem zamawiającego, nie jest w stanie sam zrealizować zamówienia, składa pismo, które powoduje automatyczne odrzucenie jego oferty i wybór wykonawcy na drugiej pozycji, nie mogą być wytłumaczone w żaden inny sposób jak porozumieniem zawartym między wykonawcami.

Zamawiający odnosząc się do „mało fortunnego" powołania na wyrok KIO 11171/20, zaznacza że owszem – powołany wyrok nie stwierdził zmowy przetargowej, jednak zamawiający powołał się na stwierdzenie KIO co za taką zmowę może być uznane, mianowicie „analiza całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że prowadzą 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. 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 (…)", które zdaniem zamawiającego w tej sprawie miały miejsce/zaistniały. Ponadto w wyroku KIO 908/21, w powyższej sytuacji brak jest podstaw do wzywania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (art. 223 ust. 1 nPzp), do którego to odwołujący stawia zarzut zaniechania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumenty postępowania zawarte pod adresem oraz pliki zamieszczone na platformieoraz dowody dołączone do odpowiedzi na odwołanie:

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z załącznika nr 3 według oświadczenia użytego po raz pierwszy w 2021 z logotypami wynika, że w nagłówku formularza pojawiają się:

Fundusze Europejskie

Wiedza Edukacja Rozwój

Unia Europejska

Europejski Fundusz Społeczny

Usługi indywidualnego transportu door-to-door oraz poprawa dostępności architektonicznej wielorodzinnych budynków mieszkalnych

Załącznik nr 3 do SWZ – formularz ofertowy

Oferta Invest House Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa

oferowała cenę 7 526 493,60 zł. i termin gwarancji 60 miesięcy.

Na jej formularzu ofertowym pojawiły się logotypy:

Fundusze Europejskie

Wiedza Edukacja Rozwój

Unia Europejska

Europejski Fundusz Społeczny



z ofertowy

We właściwościach tego PDF`a można ustalić, że jego autorem jest Ewa Wrotkowska i powstał w aplikacji Microsoft Word dla Microsoft 365 w dniu 20 grudnia 2022 go. 11:43, a użyto w nim czcionek :

Arial Bold MT, Arial ItalicMT, Arial MT, Arial MT (osadzony podzestaw), Helvetica, Open Sans (osadzony podzestaw), Open Sans Bold (osadzony podzestaw), Open Sansn Bold Italic (osadzony podzestaw). SymbolMT (osadzony) Times New Roman, Times New Roman PS, Times New Roman PS Bold MT, Times New Roman PSMT i Times New Roman PSMT

(osadzony). W pkt. IV i V użyto listy numerowanej 1.1.i.1 do 1.1.i.n. Skreślenia wykonano

automatycznie w programie komputerowym, nadanie numeracji stron jest również wykonane

komputerowo.

Oferta odwołującego zawierała cenę 8 199 999,99 zł. i termin gwarancji 60 miesięcy. Na jej formularzu pojawiły się logotypy:



Fundusze Europejskie

Wiedza Edukacja Rozwój

Unia Europejska

Europejski Fundusz Społeczny

Załącznikpr 3 do SWZ - formularz ofertowy

FORMULARZ OFERTOWY

We właściwościach tego PDF`a nie można ustalić kto jest jego autorem, powstał w aplikacji Canon MF742C/744C jako Adobe PSL 1.4e for Canon w dniu 20 grudnia 2022 go. 14:22. Nie ma też we właściwościach możliwości ustalenia jakich czcionek użyto. Wedle oświadczenia odwołującego na rozprawie jest to domyślna czcionka Open Office czyli Open Sans. W pkt. IV i V użyto listy numerowanej 1.i.1 do 1.i.n. Skreślenia występują w tabelach, czego nie ma w ofercie Invest, nadto są sporządzone odręcznie tak jak numeracja stron.

Oferta wybrana – M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firma KOMA M.K. zawierała cenę 8 890 000, 00 zł. i termin gwarancji 60 miesięcy.

Zamawiający odrzucił ofertę Invest House Plus na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy uznając za niewystarczające wyjaśnienie wykonawcy, że omyłkowo nie wycenił on wykonania kanalizacji deszczowej na ulicy Sosnowej, Daglezjowej i Akacjowej to jest prac o koszcie 864 823,60 zł., co łącznie powinno było dać cenę 8 391 316, 60zł. oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy

W uzasadnieniu faktycznym zamawiając podał:

W wyniku analizy stwierdzono, że oferta ww. wykonawcy została złożona w wyniku zawarcia z wykonawcą Iveston Sp. z o.o., porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Świadczą o tym podobieństwa graficzne występujące w formularzach ofertowych obydwu wykonawców, a w szczególności:

- logotypy unijne niezwiązane z postępowaniem, których zamawiający nie zamieścił we wzorze formularza ofertowego,

- zastosowanie w formularzu oferty (pkt IV i V) takiego samego formatu oraz czcionki numeracji, które są jednocześnie bardzo nietypowe i zwyczajowo nieużywane w pismach.

Niemożliwe jest, zdaniem zamawiającego, aby dwóch niezależnych od siebie wykonawców dokonało modyfikacji formularza ofertowego w identyczny sposób, tj. poprzez wklejenie w nagłówkach ofert tych samych logotypów, niemających związku z prowadzonym postępowaniem. Żaden z pozostałych dziewięciu wykonawców takiej modyfikacji nie dokonał.

Ponadto fakt niewyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez wykonawcę INVEST HOUSE PLUS Sp. z o. o. Sp. k., który zdaniem zamawiającego złożył tzw. ofertę kurtuazyjną, zwaną także ofertą podkładową, spowodował automatyczne odrzucenie jego oferty. Jest to przykład tzw. „rozstawiania i wycofywania ofert". „Celem tej strategii jest zwiększenie szans zmawiających się Wykonawców na wygranie przetargu wobec swoich konkurentów, przy jednoczesnej chęci zaoferowania najwyższej ceny."(Prawo zamówień publicznych. Komentarz., pod. red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza).

Zamawiający stoi na stanowisku, zgodnie z którym: „(…) stwierdzenie zmowy przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności danej sprawy, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że prowadzą 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. 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."(za wyrokiem KIO z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1171/20).

Ponadto, Zamawiający wskazuje, że „(…) dla wykazania zawarcia niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zmowy przetargowej) nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. W ocenie zmów przetargowych -jako zakazanych z mocy ustawy -obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowa-

dzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. Dlatego też wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zmowy przetargowej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18).

Reasumując, pomiędzy ofertami Wykonawców INVEST HOUSE PLUS Sp. z o. o. Sp. k. i Iveston Sp. z o.o. istnieje szereg podobieństw, które można wytłumaczyć tylko w jeden racjonalny sposób, tj. że oferty te były przygotowywane wspólnie i/lub w porozumieniu.

Zamawiający uznał zatem działanie Wykonawcy jako czyn nieuczciwej konkurencji niosący znamiona zmowy przetargowej.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy 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.

Zamawiający odrzucił też ofertę nr 4 złożoną przez: Iveston Sp. z o.o., ul. Obrzycka 133, 64600 Oborniki na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy oraz 226 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Podając identyczne uzasadnienie faktyczne i prawne dla tych podstaw jak w przypadku wykonawcy Invest House Plus.

Z raportu Polskiej Wywiadowni Gospodarczej dla podmiotu INVEST HOUSE PLUS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA wynika, że wykonawca posiada numery kont bankowych, w tym

jedno z nich jest kontem wskazanym w pkt. VI formularza ofertowego. Raport wskazuje na osoby pełniące funkcje zarządcze, prokurentów, wspólników i beneficjentów rzeczywistych oraz ich powiązania.

Z raportu Polskiej Wywiadowni Gospodarczej o firmie Iveston spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wynika, że spółka posiada konto bankowe wskazane w pkt. VI formularza ofertowego oraz wskazuje na zarząd wspólników, beneficjentów rzeczywistych i ich powiązania.

Izba przeprowadziła analizę porównawczą danych zawartych w raportach wywiadowni gospodarczej i nie ustaliła, aby z danych tych wynikały powiązania osobowe lub wzajemne przenikanie udziałów, czy sposobu zarządzania firmami, czy też powiązania przez osoby pełniące funkcje zarządcze w obu firmach w ramach ich osobistych powiązań zawodowych w innych spółkach czy fundacjach lub stowarzyszeniach.

Z dokumentu nazwanego przez zamawiającego "Weryfikacja wykonawców" wynika, że :

Przetargi, które wygrała firma IVESTON SP. Z O.O., najczęściej zlokalizowane były w województwie wielkopolskim. Szacunkowa suma wszystkich udzielonych firmie IVESTON SP. Z O.O. zamówień to 52 604 977,73 PLN. Najwięcej przetargów firma wygrała w roku 2016 (9 przetargów). Instytucją, która najczęściej udziela zamówień tej firmie jest Gmina Oborniki.

Najwyższa szacunkowa wartość udzielonego tej firmie zamówienia to 5 236 725,00 PLN w ramach ogłoszonego przez Gmina Dopiewo przetargu, którego przedmiotem było Budowa ul. Nowej w m. Palędzie i m. Gołuski.

Najniższa szacunkowa wartość przetargu, jaki wygrała ta firma to 148 759,55 PLN. Przedmiot tego zamówienia to poprawa infrastruktury na terenie Gminy Oborniki budowa drogi gminnej wraz z odwodnieniem w Uścikowie Przetarg ogłoszony był przez Gmina Oborniki.

Firma najczęściej wygrywa przetargi na roboty budowlane (35 udzielonych zamówień publicznych w tej kategorii na łączną kwotę 51 111 361,06 zł). Przetargi, w których wygrywa firma IVESTON SP. Z O.O. najczęściej dotyczą następujących dziedzin: Roboty budowlane, Roboty w zakresie budowy dróg, Instalowanie urządzeń oświetlenia drogowego, Roboty w zakresie nawierzchni ulic, Roboty w zakresie przygotowania terenu pod budowę i roboty ziemne

Miasta, w których tej firmie najczęściej udzielane są zamówienia publiczne to: Oborniki (11 przetargów na łączną kwotę 4 859 048,68 zł). Poznań (7 przetargów na łączną kwotę 14 168 832,68 zł). Tarnowo Podgórne (6 przetargów na łączną kwotę 7 166 585,31 zł). Dopiewo (3 przetargi na łączną kwotę 12 055 725,00 zł). Skoki (3 przetargi na łączną kwotę 1 758 702,86 zł).

Przetargi, które wygrała firma INVEST HOUSE PLUS SR Z O.O. SPÓŁKA KOMANDYTOWA, najczęściej zlokalizowane były w województwie wielkopolskim. Szacunkowa suma wszystkich udzielonych firmie INVEST HOUSE PLUS sp. Z O.O. SPÓŁKA KOMANDWOWA zamówień to 76 480 358,80 PLN. Najwięcej przetargów firma wygrała w roku 2022 (14 przetargi). Instytucją, która najczęściej udziela zamówień tej firmie jest 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy.

Najwyższa szacunkowa wartość udzielonego tej firmie zamówienia to 24 498 400,00 PLN w ramach ogłoszonego przez WOJSKOWY ZARZAD INFRASTRUKTURY przetargu, którego przedmiotem było Zadanie 55151 Poznań CSWLąd "Modernizacja budynku szkoleniowego nr 21" - "zaprojektuj i wybuduj".

Najniższa szacunkowa wartość przetargu, jaki wygrała ta firma to 64 171,09 PLN. Przedmiot tego zamówienia to Roboty konserwacyjno - ogólnobudowlane dachów budynków nr 32, 103 i 109 w kompleksie wojskowym przy ul. Wojska Polskiego 86-90 w Poznaniu Przetarg ogłoszony był przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy

Firma najczęściej wygrywa przetargi na roboty budowlane (23 udzielonych zamówień publicznych w tej kategorii na łączną kwotę 72 981 041,14 zł). Przetargi, w których wygrywa

firma INVEST HOUSE PLUS SP. Z O.O. SPÓŁKA KOMANDYTOWA najczęściej dotyczą następujących dziedzin: Roboty remontowe i renowacyjne, Roboty budowlane, Roboty instalacyjne elektryczne, Przygotowanie przedsięwzięcia i projektu, oszacowanie kosztów, Roboty w zakresie instalacji elektrycznych Miasta, w których tej firmie najczęściej udzielane są zamówienia publiczne to: Poznań (24 przetargi na łączną kwotę 74 079 062, 10 zł). Powidz (2 przetargi na łączną kwotę 2 401 296,70 zł).

Z formularzy ofertowych przedstawionych przez zamawiającego w prowadzonych przez niego postępowaniach w latach 2021 – 2022 wynika, że :

- odwołujący brał udział w postępowaniach nr 28 i 29 w roku 2021,

- wykonawca Invest House Plus sp. z o.o. sp. k. nie brał udziału w żadnym postępowaniu poza postępowaniem nr 23 z 2022 to jest będącym przedmiotem sporu.

Z formularzy ofertowych złożonych w postępowaniach nr 28 i 29 z 2021 wynika, że odwołujący użył tej samej czcionki oraz sposobu przedstawiania listy numerycznej w tych postępowaniach, co w spornym postępowaniu nr 23 z 2022, choć w postępowaniach nr 28 i 29 nie ma użytych w jego ofercie logotypów. W taki sam sposób to jest odręcznie odwołujący w postępowaniach 28 i 29 z 2021 zastosował skreślenia jak i ponumerował odręcznie strony. Graficzne odwzorowanie podpisu elektronicznego również znalazło się w prawym górnym rogu pierwszej strony oferty częściowo zasłaniając ukryte pod nim napisy.

Z czcionki takiej, jakiej użył odwołujący w spornym postępowaniu, korzystał także wykonawca Service-Net M.K. w postępowaniu o zamówienie publiczne pn.:Budowa oświetlenia drogowego w m. Potasze ulicy Jabłoniowej – etap I, zaś tej samej listy numerycznej jak odwołujący użyła Firma Usługowo-Handlowa ANNA A.B. w postępowaniu Poprawa bezpieczeństwa na przejściach dla pieszych w Gminie Czerwonak.

Izba dostrzegła także, że w postępowaniach związanych z robotami drogowymi biorą często udział wykonawcy: Intradrog sp. z o.o., PB Haus sp. z o.o. i Kost-Bud P.D., brali oni także udział w postępowaniu 23 z 2022.

Izba zauważyła, że konkretni wykonawcy często wypełniają oferty w charakterystyczny dla nich sposób w kolejnych postępowaniach np. PB Haus sp. z o.o. sp. k czy KOSOX Sebastian Kaczmarczyk, czy to przez umiejscowienie napisów, użytą czcionkę, czy jej kolor.

Izba przyjęła również opinię prywatną B.D. uznając ją za stanowisko własne odwołującego skupiające się na tezie, że logotypy, które pojawiły się w ofercie odwołującego i ofercie Invest House Plus były elementami graficznymi osadzonymi w załączniku nr 3_formularz ofertowy.docx zamieszczonym przez zamawiającego na stronie czerwonak.logintrade.net. w ocenie Izby fakt osadzenia tych elementów graficznych został przyznany przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i nie był sporny pomiędzy stronami. Pomiędzy stronami

było sporne, czy uzyskanie pliku pdf z tymi elementami jako oferty wymagało nadzwyczajnych działań ze strony wykonawców. Skoro sam fakt osadzenia elementów graficznych w pliku dostarczonym przez zamawiającego nie był sporny, to Izba dała wiarę opinii przedstawionej przez odwołującego, że docx jest skompresowanym zbiorem plików oraz dodatkowych mediów, a sporny logotyp znajduje się w pliku image1.jpeg i jest osadzony w nagłówku dokumentu opisanego plikiem heade2.xml.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek z art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przez:

> a) bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy odwołujący nie zawarł z INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. sp. k. porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, a zamawiający nie zdołał wykazać, za pomocą wiarygodnych przesłanek, że odwołujący dopuścił się zmowy przetargowej i wyciągnął zbyt daleko idące wnioski na podstawie okoliczności leżących po stronie zamawiającego i wynikających ze sposobu przygotowania postępowania przez zamawiającego tj. istnienia danych graficznych w plikach stanowiących formularze ofertowe, które są widoczne lub nie w zależności od tego jakim programem się je otwiera, czym dodatkowo zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności; b) bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, gdy złożona oferta nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także przez brak wskazania na czym rzekomy czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał, że pomiędzy wykonawcami Iveston i Invest House Plus doszło do zmowy przetargowej. Bezsporne jest pomiędzy stronami, że logotypy znajdujące się w obu ofertach mogły pochodzić z edycji plików graficznych osadzonych w załączniku nr 3_formularzu ofertowym.docx, który dostarczył w tym postępowaniu zamawiający. Zamawiają przyznał, że takie logotypy wyświetlają się przy otwarciu tego formularza w specyficznych warunkach. Izba zauważyła, że zamawiający nie określił jednego rekomendowanego sposobu postępowania z formularzem, dlatego sam fakt otwarcia dokumentu w sposób, którego nie sprawdził wcześniej zamawiający w ocenie Izby nie daje jednoznacznych podstaw do stwierdzenia, że podobieństwa pomiędzy ofertami wynikały z zachowań wskazujących na zmowę przetargową. Odwołujący w ocenie Izby w

sposób wiarygodny wyjaśnił, że otworzył pobrany ze strony zamawiającego plik w oprogramowaniu Open Office na urządzeniu działającym w systemie operacyjnym IOS dla urządzeń Apple. Izba wzięła pod uwagę, że użyte przez odwołującego czcionki i lista numeracyjna są zgodne z innymi ofertami złożonymi przez tego wykonawcę w postępowaniach u tego zamawiającego nr 28 i 29 z 2021. Nadto takiej czcionki i takiej numeracji używali w postępowaniach u tego samego zamawiającego także inni wykonawcy, co oznacza, że wbrew stanowisku zamawiającego użycie czcionki czy nietypowego numerowania nie musi wskazywać na istnienie zmowy przetargowej. Izba dostrzegła również, że oferty odwołującego i Invest Hou-se Plus nie są identyczne, ani co do sposobu rozmieszczenia w tym częściowego zakrycia logotypów, ani co do listy numeracyjnej, czy też użytych czcionek. Same wykreślenia i numeracja stron w obu ofertach też nie wykazuje podobieństw, u odwołującego są to elementy wprowadzone odręcznie do oferty, a u Invest House Plus elementy wprowadzone komputerowo. Co do pkt. IV, to na podstawie danych przedstawionych przez samego zamawiającego Izba ustaliła, że podane ofertach konta bankowe należą odpowiednio do odwołującego i do Invest House Plus i obaj wykonawcy wskazali własne konta, jako sposób zwrotu wadium. Co więcej z wywiadowni gospodarczej przeprowadzonej przez zamawiającego nie wynikają jakiekolwiek powiązania osobowe pomiędzy wykonawcami, czy to na poziomie zarządów, wspólników, prokurentów, czy ich osobistych powiązań. Przedstawione przez zamawiającego również listy przetargów, w których wykonawcy brali udział pokazują, że działają na rzecz zupełnie innych zamawiających, nie brali udziału, w tych samych postępowaniach i tych samych zamawiających, jak również inne są przedmioty pozyskiwanych przez nich zamówień. Ze zgromadzonego materiału dowodowego nie można ustalić okoliczności, które podważyłyby skutecznie oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie, że odwołującemu nie jest znany wykonawca Invest House Plus, a to postępowanie jest

pierwszym, w którym miał z nim styczność. Zamawiający mimo prowadzenia szerokiego wywiadu gospodarczego nie wykazał wzajemnych powiązań wykonawców, nie pokusił się również o przeprowadzenie badania złożonych mu ofert pod względem zawartości metadanych, które mogłyby prowadzić do wykazania twierdzenia zamawiającego, że „Jedynym logicznym wyjaśnieniem jest fakt, że jeden z Wykonawców otworzył formularz, zmodyfikował go i przesłał drugiemu Wykonawcy". Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że w tym postępowaniu zamawiający nie wykazał przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy, a więc złożenia oferty w czynie nieuczciwej konkurencji. Nadto art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, który również był podstawą wskazaną w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego nie jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, ale umożliwiającym ekskulpację przez wykazanie sporządzenia ofert niezależnie od siebie. W tym postępowaniu zamawiający nie dał odwołującemu szansy na takie działanie. Mając to wszystko na uwadze Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 223 oraz art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia kwestii, które budziły wątpliwości zamawiającego podczas dokonywania oceny złożonej oferty, a także do ewentualnego uzupełnienia złożonych dokumentów, co w konsekwencji doprowadziło do przedwczesnego odrzucenia oferty odwołującego

Zarzut nie podlegał rozpoznaniu. Zarzut został zgłoszony jako zarzut ewentualny, podniesiony na wypadek, gdyby zarzut główny nie potwierdził się. Skoro Izba uznała, że zarzut podstawowy zasługuje na uwzględnienie, rozpoznanie zarzutu ewentualnego stało się zbędne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego, nadto na podstawie par. 5 ust. 2 w związku z par. 7 ust. 1 pkt. 1 Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu, wydatków pełnomocnika w kwocie 3 600zł. zgodnie ze złożoną fakturą ograniczając zwrot do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie oraz kwotę 850, 60 zł. z tytułu kosztów dojazdu wykazanych zestawieniem kosztów – zaokrąglając ten koszt do pełnych złotych, czyli do kwoty 851zł.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……. Członkowie: …….