

Sygn. akt: KIO 512/23

WYROK

z dnia 13 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2023 r. przez wykonawcę M. L. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MLH M. L. we Władysławowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dom Pomocy Społecznej nr 1 w Lęborku

przy udziale wykonawcy Stemar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Władysławowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Domowi Pomocy Społecznej nr 1 w Lęborku unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części I i części IX na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw - Stemar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Władysławowie i:

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

odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw - Stemar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Władysławowie na rzecz odwołującego M. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą MLH M. L. we Władysławowie kwotę 11 393 zł 30 gr (słownie: jedenaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt trzy złote trzydzieści groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Dom Pomocy Społecznej nr 1 w Lęborku (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym pn. „Sukcesywne dostawy artykułów spożywczych do Domu Pomocy Społecznej Nr 1 w Lęborku” (nr ref.: AG.260.1.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00022833/01. Do ww. postępowania

o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 24 lutego 2023 r. wykonawca M. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MLH M. L. we Władysławowie (dalej jako „Odwołująca”) wniosła odwołanie w ww. postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz Sekcji III ogłoszenia – udostępnienie dokumentów zamówienia i komunikacja (3.1) Adres strony internetowej prowadzonego postępowania) poprzez zaniechanie przez Zamawiającego podania na platformie do komunikacji e-zamówienia następujących informacji: tj. bark podania informacji z otwarcia ofert, brak podania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, brak podania informacji o unieważnieniu postępowania oraz ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty;

2. art. 222 ustawy Pzp;

3. art. 253 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia niezwłocznie informacji, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania;

4. art.16, art. 17 ustawy Pzp i dokonania unieważnienia wyboru oferty Odwołującej jako

najkorzystniejszej;

5. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonaniu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zakresie na dostawę artykułów spożywczych dla DPS Nr 1 w Lęborku część I oraz część IX;

6. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w stosunku do Odwołującej, w sytuacji gdy Zamawiający otrzymał wyjaśnienia od Odwołującej, wskazujące, że działalność Odwołującej jest prowadzona pod adresem Władysławowo ul. Gdańska 65 tylko przez Odwołującego, a właścicielem jest J. L., pomimo to Zamawiający 3

bezpodstawnie twierdzi, że Odwołująca również powinna być właścicielem lokalu, jednakże w treści SWZ Zamawiający nie postawił warunku, co do posiadania przez Wykonawców na własność lokalów, w których są prowadzone ich działalności gospodarcze.

Odwołująca wniosła o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Stemar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Władysławowie (dalej jako „Przystępujący”) oraz dokonanie ponownej oceny ofert w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu utrzymanie w mocy wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującej. Ewentualnie Odwołująca wniosła o unieważnienie postępowania z uwagi na niezachowanie przez Zamawiającego czynności wskazanych ustawą Pzp co do prawidłowości i rzetelności prowadzenia postępowania, z uwagi na fakt, iż całe postępowanie obciążone jest wadą.

Uzasadniając przedstawione zarzuty Odwołująca wskazała, iż w dniu 11 stycznia 2023 roku Zamawiający opublikował za pośrednictwem platformy e- zamówienia (pod adresem) ogłoszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn. „Sukcesywne dostawy artykułów spożywczych do Domu Pomocy Społecznej Nr 1 w Lęborku” Jednocześnie Zamawiający opublikował SWZ wraz z załącznikami. Zamawiający nie opublikował na platformie zakupowej e- zamówienia, na której prowadzone jest postępowanie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 stycznia 2023 r., informacji o unieważnieniu postępowania w zakresie najkorzystniejszej oferty z dnia 21 lutego 2023 ani informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty

Przystępującego z dnia 21 lutego 2023 r. Odwołująca wskazała, iż Zamawiający dokonał naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania zgodnie z ustawą Pzp tj. art. 16 ustawy Pzp oraz Sekcji III ogłoszenia (3.1.) poprzez zaniechanie przez Zamawiającego podania na platformie do komunikacji e-zamówienia następujących informacji: tj. informacji o otwarciu ofert, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, informacji o unieważnieniu postępowania oraz ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z doktryną prawa wypełnianie obowiązków informacyjnych przez zamawiającego jest jedną z najistotniejszych gwarancji transparentności postępowania, a także równego traktowania wykonawców. Przekazanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej jest kulminacją wszystkich czynności dokonywanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Odwołująca wskazała na art. 253 ust. 2 ustawy Pzp oraz podkreśliła, że ustawodawca wskazując na obowiązek zamieszczania informacji na stronach

internetowych, żąda przy tym, aby była to strona internetowa prowadzonego postępowania, tj. ta sama strona, na której zamieszczono ogłoszenie o zamówieniu, SWZ itp.

Niewystarczające będzie zamieszczenie informacji na stronach internetowych, a następnie zdjęcie przed upływem terminów, w których możliwe jest korzystanie ze środków ochrony prawnej. Celem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest zapewnienie poprzez jej dostępność za pośrednictwem strony internetowej prawa do ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia podmiotów, które takiej informacji nie otrzymują od zamawiającego w inny sposób. Zdaniem Odwołującej w przedmiotowym przypadku doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ustawy Pzp w zakresie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności.

Dalej Odwołująca wskazała, iż Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje wyraz w przepisach dotyczących poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. Odwołująca wskazała na sprzeczne z prawem i etyką działania Przystępującego, który rozsyła do Zamawiających wyrok KIO sygn. akt KIO 12/23. Odwołująca wyjaśniła, iż w ww. sprawie nie dochowała terminów w zakresie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i w dalszej kolejności nie brała udziału w toczącej się rozprawie przed KIO. Jednakże w chwili obecnej w związku nieuczciwym działaniem i notorycznym składaniem donosów przez firmę Przystępującego Odwołująca podjęła stosowne kroki prawne oraz składa odwołania również co do czynu nieuczciwej konkurencji praktykowanej przez Przystępującego w innych toczących się postępowaniach. Odwołująca wskazała, że startuje na rynku w wielu przetargach, w których to wygrywa i podpisuje długoterminowe kontrakty z Zamawiającymi. Realizacja dostaw przebiega prawidłowo i należyście. Podniosła, że wskazany w pismach Przystępującego drugi przedsiębiorca tj. firma „MARIT” J. L. jest odrębnym przedsiębiorcą i nie brała udziału w przedmiotowym postępowaniu. Wyjaśniła, iż firma „MARIT” J. L. startuje w innych postępowaniach przetargowych, gdyż korzysta z procedury self-cleaningu zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp., gdyż zgodnie z wskazanym przepisem wykonawca, który podlega wykluczeniu z powodu wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 108 ust 1 ustawy Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Jednakże w danym przypadku nie ma tu zastosowania dana instytucja z uwagi na fakt, iż jest to odrębny przedsiębiorca, który nie ubiegał się o dane zamówienie.

Odwołująca wskazała także, że przy ocenie i badaniu ofert Zamawiający powinien wnikliwie ocenić ofertę Przystępującego pod kątem jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust.

1 pkt 7 ustawy Pzp. Przystępujący stosuje praktykę polegającą na rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim konkurencie tj. Odwołującej w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia mu szkody, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem wiadomościami noszącymi znamiona „wprowadzających w błąd” są zapisy nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd w szczególności o osobach kierujących przedsiębiorstwem. Przez rozpowszechnianie na gruncie art. 14 u.z.n.k. należy przy tym rozumieć nie tylko udostępnianie informacji publicznie do nieoznaczonej grupy odbiorców, ale także jakiegokolwiek przekazanie go innym osobom, nawet, jeśli jest to grupa zamknięta, składająca się z indywidualnie oznaczonych osób - a to z uwagi na specyfikę prowadzenia działalności gospodarczej, dla której rozpowszechnienie informacji nawet wśród wąskiej grupy odbiorców może mieć istotne znaczenie. W zakresie tego czynu nieuczciwej konkurencji nieprawdziwa jest nie tylko informacja obejmująca fakty obiektywnie niezgodne z rzeczywistością, ale także informacja wprowadzająca w błąd klienta lub inną osobę w niniejszym przypadku również Zamawiającego jako podmiot prawa publicznego. O wiadomości wprowadzającej w błąd może być mowa wówczas, gdy jej treść nie odnosi się wprost do rzeczywistości, a jedynie w jakiś sposób sugeruje klientowi wyobrażenie o niej, wpływa na postrzeganie przez klienta rzeczywistych cech produktu czy przedsiębiorcy. W błąd wprowadza taka wiadomość, która zawiera informacje dwuznaczne, nie zawiera pewnych informacji koniecznych do zbudowania przez odbiorcę prawidłowego obrazu rzeczywistości. Odwołująca wskazała także, że czyn nieuczciwej konkurencji został zagrożony sankcją karną i powołała się na art. 26 u.z.n.k.. Przystępujący przedstawił Zamawiającemu nierzetelne i nieprawdziwe informacje godzące w dobre imię Odwołującej. Osoba dokonująca wygłoszenia nieprawdziwych informacji na temat konkretnego przedsiębiorcy powinna liczyć się także z odpowiedzialnością przewidzianą w kodeksie karnym. Odwołująca wskazała na art. 212 k.k.

W związku z całą powyższą sytuacją, jaka obecnie ma miejsce Odwołująca oświadczyła, że jej oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu. Wskazała również, że prowadzi działalność usługową o podobnym zakresie co jej matka J. L., dlatego nie są to żadne działania pozorne, gdyż swoją działalność prowadzi już od ponad 3 lat i we własnym imieniu. Odwołująca nie odpowiada za działania członka swojej rodziny w szczególności nie powinno dochodzić do pozbawiania jej możliwości brania udziału w postępowaniach przetargowych z powodu zaistnienia przesłanki wykluczenia jej matki. Zgodnie z zasadą odpowiedzialności indywidualnej unormowanej w Kodeksie Karnym – zasada prawa karnego stanowiąca, że odpowiedzialność za czyn zabroniony ponosi jedynie sam sprawca, a wszelkie okoliczności wpływające na odpowiedzialność karną odnoszą się jedynie do osoby,

której dotyczą. Ponadto Odwołująca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ, a co za tym idzie to jej oferta jest ważna i nie powinna podlegać odrzuceniu.

Odwolująca na marginesie podniosła, że Zamawiający nie powinien także wykroczać poza zakres informacji niezbędny dla spełnienia wymogów ustawowych i powinien także posługiwać się wyłącznie informacjami zweryfikowanymi z należytą starannością. Przystępujący notorycznie wysłał wyrok KIO 12/23 z dnia 16 stycznia 2023 r. do wszystkich Zamawiających, u których Odwołująca bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołująca codziennie dostaje wezwania do wyjaśnień albo od razu oferta odwołującej podlega odrzuceniu. Odwołująca powołała się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 maja 2016 r., sygn. akt VI ACa 494/15, wskazując, że Zamawiający może być winnym naruszenia dóbr osobistych wykonawcy lub osób wchodzących w skład jego organów, a także wszelkich innych osób, których dane zostaną ujawnione, jeżeli ich ujawnienie w powiązaniu z informacjami, które przedstawiają te osoby w niekorzystnym świetle, nie było konieczne, nie istniała ku temu rzeczywista potrzeba, a zakres ujawnianej informacji i krąg osób, do których była ona skierowana, przekraczał upoważnienie wynikające z przepisów Prawa zamówień publicznych. W przywołanej sprawie zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o unieważnieniu postępowania, w której oprócz danych wymaganych na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r. przedstawił także szczegółowe uzasadnienie odrzucenia jednej z ofert, w którym zawarto informacje o złożeniu tej oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz zatrzymaniu członków zarządu wykonawcy w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. Sąd uznał, że zamieszczenie tych informacji, nawet jeżeli były zgodne z prawdą, w informacji o unieważnieniu postępowania było pozbawione podstawy prawnej. Podobnie pozbawione podstawy prawnej było ich opublikowanie na stronie internetowej zamawiającego wobec braku takiego nakazu ustawowego. Ujawnienie powyższych informacji bez podstawy prawnej oraz bez uzasadnienia godziło zarówno w dobre imię wykonawcy, jak i wymienionych w zamieszczonej informacji osób.

Zamawiający w dniu 3 marca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Pismem z dnia 3 marca 2023 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

Przystępujący w dniu 6 marca 2023 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Ponadto na posiedzeniu w dniu 8 marca 2023 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów opisanych w pkt 13 odwołania w zakresie dotyczącym zaniechania opublikowania

informacji z otwarcia ofert z dnia 19 stycznia 2023 r. i informacji o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20 stycznia 2023 r., z uwagi na ich podniesieniu po upływie ustawowego terminu na wniesienie odwołania. Przystępujący wskazał też, że informacje o toku postępowania były publikowane na stronie internetowej wskazanej w SWZ, a rozbieżność pomiędzy adresem strony internetowej prowadzonego postępowania wskazanej w ogłoszeniu, a wskazanej w SWZ mogła zostać przez Odwołującą zaskarżona w terminie na wniesienie odwołania wobec treści dokumentów zamówienia.

W pozostałym zakresie Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący zauważył m.in., że Odwołująca nie przedstawiła dowodów świadczących o braku pozorności złożonej przez niego oferty. Podkreślił, że twierdzenia Odwołującej dotyczące działań Przystępującego nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującej. Przystępujący wskazał, że żadne z jego działań nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, nie stanowi takiego czynu informowanie zamawiających o przesłankach do odrzucenia oferty Odwołującej, potwierdzonych wyrokiem z dnia 16 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 12/23. Informacje te nie są nieprawdą, wskazują na okoliczności wynikające z ww. wyroku. Przystępujący wskazał też, iż twierdzenia Odwołującej, że startuje w wielu przetargach, które wygrywa i podpisuje umowy nie zostały poparte dowodami. Przystępujący wskazał, iż stanowisko Zamawiającego wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującej znajduje odzwierciedlenie w ww. wyroku Izby, w którym Izba dała wiarę twierdzeniom Przystępującego i złożonym przez niego dowodom, świadczącym o nieprowadzeniu faktycznej działalności gospodarczej przez Odwołującą z jednoczesnym istnieniem podstaw do uznania, że działalność Odwołującej ma służyć ukryciu rzeczywistej działalności pani J. L., która została skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwa wskazane w art. 108 ustawy Pzp. Przystępujący wskazał, iż z notatki służbowej sporządzonej przez Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2023 r. magazyn zlokalizowany we Władysławowie przy ul. Gdańskiej 65 jest nieczynny, nie posiada oznakowania prowadzonej działalności. Z informacji uzyskanych od pracownika pobliskiego zakładu wynika, że hurtownia została przeniesiona do Pucka przy ul. Żarnowieckiej. Przystępujący podniósł też, iż druga wizja lokalna, przeprowadzona w dniu 6 lutego 2023 r. miała miejsce po wcześniejszym ustaleniu daty z Odwołującą, a zatem ustalenia wynikające z tej wizji nie są wiarygodne, ponieważ Odwołująca miała możliwość przygotowania się na nią. Brak aktywności gospodarczej Odwołującej w miejscu prowadzenia działalności potwierdził też Powiatowy Inspektor Sanitarny w Pucku oraz komisja przetargowa innego

zamawiającego – DPS w Strzebielinku.

Przystępujący podtrzymał stanowisko prezentowane w korespondencji z Zamawiającym w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności twierdzenia o złożeniu przez Odwołującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w warunkach pozorności oraz w celu obejścia ustawy. Odwołujący nie prowadzi rzeczywistej działalności gospodarczej, przyznał, że nieruchomości przy ul. Gdańskiej 65 we Władysławowie nie stanowi jego własności, lecz należy do J. L. Przystępujący wskazał także, iż umowa cesji samochodów dostawczych budzi wątpliwości, ponieważ uprzednim najemcą była J. L. Odwołująca nie wskazała nadto, aby zatrudniała jakichkolwiek pracowników, a przedmiotem cesji były 4 samochody. Zdaniem Przystępującego złożenie oferty przez Odwołującą stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem ukrywało rzeczywistą działalność J. L. Miało charakter pozorny, wobec czego oferta jest nieważna na podstawie art. 82 k.c. Złożenie przez Odwołującą oferty miało na celu obejście przepisu art. 108 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący nie prowadzi faktycznej działalności gospodarczej, a jego byt jako przedsiębiorcy wpisanego do CEIDG ma służyć wyłącznie za fasadę ukrywającą rzeczywistą działalność skazanej J. L.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba uznała, iż Odwołująca, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, która złożyła ofertę w postępowaniu i która wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia jej oferty oraz do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a ewentualnie unieważnienia postępowania, wykazała, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełniła materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, korespondencja prowadzona przez Zamawiającego z Odwołującą i Przystępującym, pierwsze zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części I i IX zamówienia, informacja o unieważnieniu ww. czynności, zawiadomienie o

ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującej.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującą wraz z odwołaniem, tj. wezwania z dnia 22 lutego 2023 r. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Sopot, informacji o odrzuceniu oferty Odwołującej w postępowaniu prowadzonym przez Szkołę Podstawową w Krokowie, a także z dokumentów złożonych przez Odwołującą na rozprawie, tj. wezwania do złożenia wyjaśnień oraz wyjaśnień Odwołującej w postępowaniu prowadzonym przez Szkołę Policji w Słupsku, wezwania do złożenia wyjaśnień oraz wyjaśnień Odwołującej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Sopotu, na okoliczności wskazane przez Odwołującą, wynikające z treści dokumentów. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego wraz z pismem procesowym, tj. informacji z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez SP nr

56 w Gdańsku, protokołu z wizji lokalnej z dnia 7 marca 2023 r., wiadomości Zamawiającego z dnia 7 marca 2023 r., notatki służbowej DPS w Strzeblinku z dnia 21 lutego 2023 r. z załącznikami, na okoliczności wskazane przez Przystępującego w piśmie procesowym, wynikające z treści dokumentów. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z fotografii złożonych przez Przystępującego na rozprawie na wskazane przez niego podczas wypowiedzi okoliczności.

Izba na podstawie art. 541 ustawy Pzp postanowiła odmówić przeprowadzenia wnioskowanych przez Odwołującą i Przystępującego dowodów z zeznań świadków, stwierdzając, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający do wydania rozstrzygnięcia, a przeprowadzenie ww. dowodów prowadziłoby do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania. Należy wskazać, iż ocena zgodności działania Zamawiającego polegającego na odrzuceniu oferty Odwołującej z przepisami ustawy Pzp następuje co do zasady przez przyzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego, jakie Zamawiający zakomunikował wykonawcy odrzucając ofertę i nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, jak i nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji zamawiającego. W przedmiotowym przypadku uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego przedstawione w zawiadomieniu z dnia 21 lutego 2023 r. było lakoniczne i nie wykazywało istnienia podstawy odrzucenia odwołania wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zaś okoliczności, które miały być wykazane wnioskowanymi zeznaniami świadków (rzeczywiste lub pozorne prowadzenie działalności) wykraczały poza uzasadnienie odrzucenia oferty przedstawione przez Zamawiającego (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia).

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy artykułów spożywczych do Domu Pomocy Społecznej Nr 1 w Lęborku. Zamówienie zostało podzielone na dziewięć części, 10

z których m.in. część I obejmowała jaja kurze, a część IX różne artykuły spożywcze: produkty przemiału ziarna, tłuszcze roślinne, wyroby ciastkarskie, przyprawy, owoce i warzywa przetworzone, napoje itp.

W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym 11 stycznia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00022833 w sekcji I „Zamawiający” wskazano adres strony internetowej Zamawiającego dps1lebork.mojbip.pl. W sekcji III „Udostępnianie dokumentów zamówienia i komunikacja” w pkt 3.1) Zamawiający podał adres strony internetowej prowadzonego postępowania: . W pkt 3.5) wskazano, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu Platformy e-Zamówienia, która dostępna jest pod adresem: oraz poczty elektronicznej: . Z kolei w pkt I SWZ wskazano adres internetowy Zamawiającego - dps1lebork.mojbip.pl. W pkt II SWZ wskazano adres strony internetowej, na której będą udostępniane zmiany i wyjaśnienia SWZ: dps1lebork.mojbip.pl,

. W pkt VII.1 SWZ wskazano, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu Platformy e-Zamówienia, która dostępna jest pod adresem: oraz poczty elektronicznej: . Zamawiający w pkt 3 dodał, iż postępowanie można wyszukać również na stronie głównej Platformy e-Zamówienia (przycisk „Przeglądaj postępowania/konkursy”), a w pkt 5 wyjaśnił, iż przeglądanie i pobieranie publicznej treści dokumentacji postępowania nie wymaga posiadania konta na Platformie e-Zamówienia ani logowania.

Izba ustaliła, iż Zamawiający opublikował na platformie e-Zamówienia wyłącznie dokumenty zamówienia, nie publikując dalszych informacji dotyczących postępowania i jego przebiegu (informacji o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, informacji z otwarcia ofert, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, informacji o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej). Izba ustaliła, iż Zamawiający publikował informacje dotyczące postępowania na stronie dps1lebork.mojbip.pl (bez wyodrębnienia konkretnego postępowania, w zakładce dotyczącej postępowań prowadzonych w 2023 r. na podstawie ustawy Pzp).

W postępowaniu w zakresie części I i IX oferty złożyli Odwołująca i Przystępujący. Zamawiający w dniu 20 stycznia 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w ww. częściach zamówienia.

W konsekwencji pism składanych przez Przystępującego (z dnia 21 stycznia 2023 r.

oraz 24 stycznia 2023 r.), wskazujących, iż składanie ofert przez Odwołującą ma charakter pozorny, a faktycznym wykonawcą jest p. J. L., skazana prawomocnym wyrokiem sądu karnego, Zamawiający poinformował Odwołującą o wstrzymaniu się z dalszymi czynnościami i poprosił w dniu 26 stycznia 2023 r. o przesłanie kopii decyzji o zatwierdzeniu zakładu z Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Pucku. Odwołująca przedstawiła w odpowiedzi zaświadczenie nr 30/2022 z dnia 17 listopada 2022 r. o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej, potwierdzające dokonanie wpisu 4 marca 2019 r. oraz zaświadczenie nr 7/DL/22 z dnia 17 listopada 2022 r. potwierdzające, że w zakładzie – hurtowni spożywczej we Władysławowie ul. Gdańska 65 prowadzi się działalność zgodnie z decyzją orzekającą o spełnieniu wymagań koniecznych do zapewnienia właściwych warunków sanitarno-higienicznych do prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na obrocie środkami spożywczymi. Zamawiający po przeprowadzonej w dniu 30 stycznia 2023 r. wizji, stwierdzając, że budynek hurtowni we Władysławowie ul. Gdańska 65 jest nieczynny, brak jest oznakowania prowadzonej działalności, zwrócił się do Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Pucku o udostępnienie wyników kontroli tego obiektu i jej ponowne przeprowadzenie. Równocześnie Przystępujący przekazał Zamawiającemu odpis wyroku KIO 12/23.

Zamawiający w dniu 31 stycznia 2023 r. zwrócił się do Odwołującej o przedstawienie dowodów na uwiarygodnienie prowadzenia działalności gospodarczej, która nie ma charakteru pozornego, a oferta nie została złożona w celu uzyskania zamówienia przez Odwołującą, a przez firmę Marit. Zamawiający wyjaśnił z czego wynikają jego obawy, w tym

powołał się na wyrok KIO 12/23 oraz przeprowadzoną wizję lokalną. Odwołująca w odpowiedzi wskazała m.in., iż pod adresem we Władysławowie ul. Gdańska 65 prowadzona jest działalność gospodarcza, a nie hurtownia, do której przechodzą klienci. Jest to miejsce magazynowe służące do przechowywania towaru, bądź skompletowania towaru dla finalnego klienta. Odwołująca wskazała też, że może udostępnić wnętrze obiektu po uprzednim kontakcie. Odniosła się także do ww. wyroku, wskazując, iż Przystępujący przedstawił informacje nieprawdziwe, jakoby Odwołująca nie realizowała zamówień publicznych ani nie składała ofert w postępowaniach, a także wyjaśniła, iż nie przystąpiła do ww. postępowania odwoławczego z uwagi na pobyt za granicą. Odwołujący w odrębnej korespondencji załączyła także zawarte przez nią umowy, w tym z AMW Rewita, w których to postępowaniach brał udział także Przystępujący (umowa z 23 lipca 2021 r. zawarta przez Odwołującą z AMW Rewita Sp. z o.o. na sprzedaż artykułów spożywczych i słodczy, umowa z 19 listopada 2021 r. zawarta przez Odwołującą z Gminą Miasta Gdańsk na dostarczenie paczek żywnościowo-świętecznych, umowa z 7 czerwca 2021 r. zawarta przez Odwołującą z AMW Rewita Sp. z o.o. na sprzedaż artykułów spożywczych). Ponadto

Odwołująca przedstawiła fakturę za wynajem pojazdów IVECO wystawioną przez Petit Forestier Polska Sp. z o.o. wraz z opinią Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego zatwierdzającą pojazdy do przewozu artykułów spożywczych, decyzje i zaświadczenia organów inspekcji sanitarnej (decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego z Pucku z 27 lutego 2019 r. o zatwierdzeniu zakładu, zaświadczenia z 18 marca 2019 r. o wpisie do rejestru zakładów oraz o spełnieniu wymagań koniecznych do zapewnienia właściwych warunków sanitarno-higienicznych do prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na obrocie środkami spożywczymi oraz analogiczne zaświadczenia wydane 17 listopada 2022 r.), polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (w tym sprzedaży hurtowej artykułów spożywczych) dotyczące okresów 18.07.2019-17.07.2020, 29.05.2021-28.05.2022, 24.12.2022-23.12.2022, zaświadczenie o wpisie do rejestru Przedsiębiorstw PWJHARS w Gdańsku z dnia 5 maja 2021 r., zaświadczenia z ZUS i US o niezaleganiu w opłacaniu składek i podatków, informację z KRK.

W dniu 6 lutego 2023 r. Zamawiający przeprowadził wizję lokalną w budynku przy ul. Gdańskiej 65 we Władysławowie z udziałem Odwołującej, podczas której ustalono, hurtownia była czysta, panował w niej ład i porządek. Znajdowały się tam m.in. pomieszczenia biurowe, socjalne, magazynowe, w tym wydzielone pomieszczenia na nabiał, mięso i wędliny, produkty suche, itp. Teren wokół był uprzątnięty, brak było informacji o prowadzonej działalności, w tym oznaczeń, nazwy hurtowni, godzin otwarcia. Ponadto Zamawiający zwrócił się do Odwołującej o przesłanie umowy najmu/dzierżawy samochodów dostawczych oraz wykazu realizowanych i zrealizowanych umów dotyczących zamówień publicznych w latach od 2021 do dzisiaj. W odpowiedzi Odwołująca przesłała ponownie przekazane już wcześniej dokumenty dotyczące pojazdów, a także umowę cesji z dnia 29 grudnia 2022 r. dotyczącą przejęcia przez Odwołującą umów najmu pojazdów. W dalszej korespondencji Odwołująca wskazała, iż lista dostępna na powołanej stronie internetowej jest rzeczywistą listą przetargów, w których Odwołująca zawarła umowy, Odwołująca wskazała przykładowe 12 umów, które zawarła (we wcześniejszej korespondencji przekazała trzy umowy).

Zamawiający pismem z dnia 14 lutego 2023 r. poinformował wykonawców, iż podtrzymuje decyzję o wyborze oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w częściach I i IX zamówienia. W odpowiedzi na to pismo Przystępujący przekazał Zamawiającemu kolejne dokumenty dotyczące działalności Odwołującej, w tym m.in. fotografie z ul. Gdańskiej 65 we Władysławowie oraz pisma z innych postępowań. Zamawiający w dniu 15 lutego 2023 r. zwrócił się do Odwołującej z prośbą o wyjaśnienie kwestii dotyczącej adresu prowadzonej działalności – czy hurtownia prowadzona przy ul. Gdańskiej 65 we Władysławowie jest

również miejscem prowadzenia działalności firmy Marit J. L. . W odpowiedzi Odwołująca wyjaśniła, iż pod tym adresem jest prowadzona tylko działalność Odwołującej, natomiast właścicielem jest J. L. .

Zamawiający w dniu 21 lutego 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i IX. W tym samym dniu Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w ww. częściach zamówienia oraz o odrzuceniu oferty Odwołującej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Uzasadniając odrzucenie oferty Zamawiający wskazał, iż w toku postępowania otrzymał od firmy Stemar Sp. z o.o. dokumenty świadczące o pozornej działalności, stosowaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez korzystanie z zaplecza technicznego Firmy Marit J. L. przez MLH M. L. . Zamawiający analizując wpisy w CEIDG zwrócił się w dniu 15.02.2023 r. do MLH M. L. o wyjaśnienie kwestii dotyczącej wspólnego adresu tj. Władysławowo ul. Gdańska 65, w przypadku Firmy MLH M. L. podane jako stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, a w przypadku Firmy Marit J. L. jako stałe dodatkowe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej. W odpowiedzi na pismo MLH M. L. stwierdziła, że pod adresem Władysławowo ul. Gdańska 65 jest prowadzona działalność tylko przez MLH, natomiast właścicielem jest J. L., tym samym potwierdziła, że nie ma tytułu prawnego do ww. lokalu. Przedsiębiorca wpisany do systemu CEIDG powinien zgłosić kwestię bezprawnego posługiwania się jego adresem na cele prowadzonej działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę wpisanego do systemu CEIDG do Ministerstwa Rozwoju i Technologii tj. Firmę Marit J. L., czego Pani M. L. nie uczyniła. O prowadzeniu działalności w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji świadczą również inne dokumenty przesłane przez Firmę Stemar Sp. z o.o. - identyczne oferty cenowe, podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, złożone w innym postępowaniu przez Firmę Marit J. L. i MLH M. L. .

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, iż w rozpoznawanej sprawie zachodzi wskazana w art. 255 ust. 6 ustawy Pzp podstawa do unieważnienia postępowania w zakresie części I i IX zamówienia z uwagi na brak publikacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacji o jego przebiegu. Tym samym za zasadne Izba uznała zarzuty nr 1-

3 odwołania odnoszące się do tego aspektu. Izba stwierdziła, iż co prawda Odwołujący nie wskazał wprost w odwołaniu na naruszenie przez Zamawiającego art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, a jedynie na naruszenie przepisów statuujących określone obowiązki publikacyjne (art. 222 i 253 ustawy Pzp) oraz naruszenie podstawowych zasad z 14

art. 16 ustawy Pzp, niemniej z treści uzasadnienia odwołania, jak i wyrażonego w odwołaniu żądania unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą, dało się wywieść, iż podstawą prawną podniesionych zarzutów był również art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z art. 16 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie zaś z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Ww. regulacje wskazują na podstawowe zasady zamówień publicznych, które każda instytucja zamawiająca zobowiązana jest respektować podczas przygotowania i prowadzenia postępowania, na każdym jego etapie. Jedną z gwarancji zachowania ww. zasad, w szczególności zasady przejrzystości i zasady jawności, są nałożone na zamawiającego przez ustawodawcę obowiązki informacyjne. Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób transparentny, tak aby podejmowane przez niego działania były możliwe do prześledzenia i poddawały się kontroli. Na gruncie zasady jawności i przejrzystości postępowania zamawiający zobligowany jest do zapewnienia - nie tylko wykonawcom, ale wszystkim pomiotom zainteresowanym prowadzonym postępowaniem - dostępu do informacji dotyczących tego postępowania w zakresie określonym w ustawie Pzp. Zamawiający, poza publikowaniem ogłoszeń odpowiednio w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub Biuletynie Zamówień Publicznych, ma obowiązek publikowania wymaganych informacji dotyczących postępowania na stronie internetowej tego postępowania. Dotyczy to zarówno etapu przed upływem terminu składania ofert (publikacja dokumentów zamówienia oraz wprowadzanych w nich zmian), jak i po jego upływie, kiedy to Zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania m.in. informacji o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 222 ust. 4 ustawy Pzp), informacji o otwarciu ofert (art. 222 ust. 5 ustawy Pzp), informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 253 ust. 2 ustawy Pzp), informacji o unieważnieniu postępowania – art. 260 ustawy Pzp). Przy tym o kluczowych dla wyniku postępowania czynnościach (jak wybór oferty najkorzystniejszej czy unieważnienie postępowania) zamawiający w świetle ustawy zobowiązany jest zawiadamiać dwutorowo – zarówno publikując informacje na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jak i zawiadamiając wykonawców bezpośrednio. Ustawodawca przyjął, iż tylko zachowanie

powyższych reguł w pełni gwarantować będzie jawność i przejrzystość postępowania, dając odpowiednią możliwość kontroli działań instytucji zamawiającej. Prawidłowe wypełnianie przez instytucję zamawiającą obowiązków informacyjnych ma fundamentalne znaczenie dla całego postępowania, niewątpliwie kształtuje też zaufanie do podmiotów wydających środki publiczne.

W przedmiotowym przypadku Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji III „Udostępnianie dokumentów zamówienia i komunikacja” w pkt 3.1) jako adres strony internetowej prowadzonego postępowania podał odnośnik do platformy zakupowej e-Zamówienia (.). Ponadto w pkt 3.5) ogłoszenia wskazano, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu Platformy e-Zamówienia, która dostępna jest pod adresem: oraz poczty elektronicznej: . Zatem to ww. łącze do Platformy e-Zamówienia było stroną internetową prowadzonego postępowania, a nie adres dps1lebork.mojbip.pl, który w treści ogłoszenia został wskazany wyłącznie jako adres strony internetowej Zamawiającego (w sekcji I „Zamawiający”). Okolicznością bezsporną na moment zamknięcia rozprawy było zaś to, że pod wskazanym adresem internetowym Platformy e-Zamówienia, poza dokumentami zamówienia opublikowanymi przed upływem terminu składania ofert, nie zostały opublikowane żadne inne informacje. Nie zamieszczono tam informacji z otwarciem ofert, informacji o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, informacji o wyborze oferty z dnia 20 stycznia 2023 r., informacji o unieważnieniu ww. czynności i o dokonaniu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 lutego 2023 r. Tym samym Zamawiający nie dopełnił ciężących na nim obowiązków informacyjnych, a stwierdzona wada ma charakter znaczącego uchybienia w stosowaniu przepisów mających gwarantować realizację podstawowych zasad rządzących systemem zamówień publicznych – zasady przejrzystości i jawności, a w konsekwencji też zasady równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby wada ta - jako godząca w fundamentalne zasady zamówień publicznych – stanowi wadę kwalifikowaną, o której mowa w art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. Mając zaś na uwadze fakt, że Zamawiający zobowiązany jest do bieżącego, niezwłocznego wypełniania obowiązków informacyjnych, uchybienie to nie może zostać konwalidowane na tym etapie.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego, który podnosił, iż zarzuty dotyczące zaniechania opublikowania przez Zamawiającego informacji z otwarciem ofert oraz informacji o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, zostały podniesione z uchybieniem ustawowego terminu, Izba wskazuje, iż weryfikacja istnienia podstaw do unieważnienia postępowania, w tym ocena czy ma miejsce kwalifikowana wada postępowania, winna

zostać dokonana kompleksowo, z uwzględnieniem stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego (por. art. 552 ust. 1 ustawy Pzp). Ustalenia faktyczne poczynione przez Izbę potwierdziły, iż na moment orzekania stwierdzona wada istniała – na Platformie e-Zamówienia nie opublikowano żadnej informacji dotyczącej przebiegu postępowania po upływie terminu składania ofert (w zakresie części I i IX zamówienia dotyczy to informacji z otwarciem ofert, informacji o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, informacji o wyborze oferty z dnia 20 stycznia 2023 r., informacji o unieważnieniu ww. czynności i o dokonaniu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 lutego 2023 r.), czego zresztą Przystępujący nie kwestionował. Ponadto należy wskazać, iż mimo, że

Odwołujący w petitum odwołania sformułował zarzuty dotyczące poszczególnego rodzaju informacji, których nie opublikowano, w sposób odrębny, to jednak były one ściśle powiązane i w korelacji z postawionym żądaniem w praktyce składały się na jeden zarzut – zarzut naruszenia art. 255 ust. 6 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu dopełnienia określonych obowiązków informacyjnych, co skutkowało kwalifikowaną wadą postępowania uzasadniającą jego unieważnienie. Zarzut ten został podniesiony z zachowaniem ustawowego terminu, liczonego od daty podjęcia czynności wieńczącej postępowanie, tj. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 lutego 2023 r., o której także nie poinformowano na stronie internetowej postępowania.

Z kolei twierdzenia Przystępującego, iż pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu, a treścią SWZ istnieć miała rozbieżność co do adresu strony internetowej prowadzonego postępowania, która mogła zostać przez Odwołującego zaskarżona w ramach odwołania wobec treści dokumentów zamówienia, tylko potwierdzają fakt, iż postępowanie prowadzone było w sposób nietransparentny. Wskazać przy tym należy, że ogłoszenie o zamówieniu jako adres strony internetowej prowadzonego postępowania wskazuje wyłącznie adres Platformy e-Zamówienia. Również treść SWZ wskazuje, iż to Platforma e-Zamówienia jest wiodącym narzędziem do komunikacji z wykonawcami. To na tej Platformie znajduje się dedykowana przedmiotowemu postępowaniu podstrona internetowa i tam umieszczono specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami. Tym samym fakt, że Zamawiający część informacji publikował na własnej stronie internetowej (dps1lebork.mojbip.pl) nie zmienia stanowiska Izby, ponieważ adresu strony internetowej Zamawiającego nie należy równoważyć z adresem strony internetowej postępowania. Podkreślić należy, iż prawidłowe i spójne zakomunikowanie adresu strony internetowej prowadzonego postępowania również stanowi element istotny z perspektywy zasady jawności i przejrzystości postępowania, wobec czego nieściśłości, na które zwrócił uwagę Przystępujący, jeszcze dodatkowo wzmocniają stwierdzenie, iż Zamawiający ww. zasady naruszył.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie

postępowania w części I i IX na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. Nakaz ten został ograniczony do ww. części zamówienia, ponieważ to tych dwóch części dotyczyły zarzuty odwołania i wyłącznie w odniesieniu do nich materializował się interes Odwołującego.

Odnośnie do pozostałych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, iż zarzuty dotyczące bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującej w części I i IX zamówienia również się potwierdziły.

W tym kontekście w pierwszej kolejności podkreślić należy, iż Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy w danym postępowaniu poprzez przyznanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazanego przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Sporządzenie takiego uzasadnienia w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 266 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji zamawiającego.

Powyższa okoliczność ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, ponieważ uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego przedstawione w zawiadomieniu z dnia 21 lutego 2023 r. jest bardzo lakoniczne i nie wykazuje istnienia podstawy odrzucenia odwołania wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2022 r. poz. 1233, dalej „u.z.n.k.”). W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych

w art. 5 -17g u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymogom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. 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 ust. 1 tejże ustawy.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującej przedstawione przez Zamawiającego nie odnosi się do żadnego z deliktów wskazanych w u.z.n.k., nie referuje także do art. 3 ust. 1 tej ustawy ani przesłanek tam zawartych i nie wykazuje ono, że

złożenie oferty przez Odwołującą stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji tj. (było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta). W uzasadnieniu tym wskazano w sposób hasłowy wyłączenie dwie kwestie, które w ocenie Zamawiającego miałyby wskazywać na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji: po pierwsze brak posiadania przez Odwołującą tytułu prawnego do lokalu, w którym prowadzona jest działalność, a po drugie fakt złożenia w innym postępowaniu przez Odwołującą oraz firmę Marit J. L. ofert identycznych cenowo.

W zakresie pierwszego z ww. aspektów w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano „(...) W odpowiedzi na pismo MLH M. L. stwierdziła, że pod adresem Władysławowo ul. Gdańska 65 jest prowadzona działalność tylko przez MLH, natomiast właścicielem jest J. L., tym samym potwierdziła, że nie ma tytułu prawnego do ww. lokalu.” Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż Zamawiający wywiódł zbyt daleko idący wniosek, stwierdzając, że skoro właścicielem lokalu wskazanego w CEIDG jako stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej nie jest Odwołująca, to oznacza, że nie ma ona tytułu prawnego do lokalu. Tytułem prawnym do lokalu nie musi być własność, może to być także np. umowa najmu czy użyczenia. Zamawiający nie weryfikował na podstawie jakiego tytułu prawnego Odwołująca korzysta z lokalu wskazanego w CEIDG, zwrócił się jedynie z prośbą o wyjaśnienie, czy hurtownia prowadzona przy ul. Gdańskiej 65 we Władysławowie jest również miejscem prowadzenia działalności firmy Marit J. L. . Pytanie Zamawiającego dotyczyło zatem całkiem innej kwestii. Zamawiający ponadto stwierdzając brak tytułu prawnego Odwołującej do lokalu nie wyjaśnił, co konkretnie z tego wywodzi. Z jednej strony można byłoby przypuszczać, iż zdaniem Zamawiającego czynem nieuczciwej konkurencji jest to, że Odwołująca prowadzi działalność gospodarczą w lokalu, którego nie

jest właścicielem, brak jest jednak jakiegokolwiek dalszej argumentacji w tym zakresie. Z drugiej strony Zamawiający dalej wskazał, iż „Przedsiębiorca wpisany do systemu CEIDG powinien zgłosić kwestię bezprawnego posługiwania się jego adresem na cele prowadzonej działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę wpisanego do systemu CEIDG do Ministerstwa Rozwoju i Technologii tj. Firmę Marit J. L., czego Pani M. L. nie uczyniła.” Z powyższego wynika, iż zdaniem Zamawiającego Odwołująca powinna zgłosić do właściwego organu fakt, że inne firma (Marit) bezprawnie posługuje się adresem Odwołującej, co jest sprzeczne z wcześniejszymi ustaleniami Zamawiającego, w świetle których to Odwołująca miałaby bezprawnie posługiwać się adresem innego podmiotu. Stanowisko Zamawiającego jest ogólne i niespójne, nie wyjaśnia w czym konkretnie przejawiać się miało złożenie oferty przez Odwołującą w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do drugiego z aspektów wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującej Izba za bezzasadne uznała stanowisko Zamawiającego, iż o prowadzeniu działalności w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji świadczą inne dokumenty przesłane przez Przystępującego, tj. identyczne oferty cenowe, podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, złożone w innym postępowaniu przez firmę Marit J. . i MLH M. L.. Podkreślić należy, iż art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie w jakimkolwiek postępowaniu. Ewentualne działania wykonawcy podejmowane w danym postępowaniu co do zasady nie rzutują automatycznie na jego sytuację w innych postępowaniach (z pewnymi wyjątkami, np. kiedy dochodzi do wykluczenia wykonawcy na określony w art. 111 ustawy Pzp czas). Ponadto fakt zaoferowania takich samych cen w danym postępowaniu nie przesądza per se o tym, że mamy do czynienia ze złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, czy z zawarciem porozumienia naruszającego konkurencję. Dla dokonania oceny niezbędne jest poznanie szerszego kontekstu i okoliczności faktycznych danego przypadku. Niewątpliwie nie wykazuje czynu nieuczciwej konkurencji informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Szkołę Podstawową nr 56 w Gdańsku złożona przez Przystępującego, która dowodzi wyłącznie tego, że ww. firmy złożyły oferty na niektóre części zamówienia oferując taką samą cenę. Złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji należy wykazać, tymczasem Zamawiający i Przystępujący poprzestali na wyrażeniu własnej opinii, niczym nie uwiarygodnionej.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż uzasadnienie faktyczne i prawne przedstawione przez Zamawiającego nie wykazuje istnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującej wskazanych w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego, który twierdził iż działalność

Odwołującej ma charakter pozorny i służy ukryciu działalności p. J. L. (firmy Marit), należy wskazać, iż podstawami faktycznymi odrzucenia oferty Odwołującej (zakomunikowanymi w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty) nie było pozorne prowadzenie działalności przez Odwołującą i korzystanie z zaplecza technicznego firmy Marit. Jak stwierdzono powyżej, podstawy faktyczne odnosiły się wyłącznie do dwóch aspektów - braku posiadania tytułu prawnego do lokalu oraz złożenia w innym postępowaniu przez Odwołującą i firmę Marit ofert identycznych cenowo. Na powyższe wskazał sam Przystępujący na str. 6 pisma procesowego. Tym samym argumentacja Przystępującego, jak i dowody przez niego złożone, zasadniczo nie wpływały na rozstrzygnięcie w przedmiotowej sprawie. Twierdzenia Przystępującego wskazujące, że działalność Odwołującej służy ukryciu rzeczywistej działalności firmy Marit, a Odwołująca nie prowadzi w rzeczywistości żadnej działalności, wykraczają poza podstawy faktyczne odrzucenia oferty, a jako takie nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia Izby.

Ponadto należy wskazać, iż w dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez Zamawiającego znajduje się szereg dokumentów złożonych przez Odwołującą, które potwierdzają, że prowadzi ona działalność gospodarczą. Są to m.in. informacje z CEIDG, zaświadczenia o zatwierdzeniu zakładu z Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Pucku, o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej, umowy zawarte w podmiotami trzecimi na świadczenie usług, umowa cesji najmu pojazdów, faktura za najem pojazdów, polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, zaświadczenia z ZUS i US o niezaleganiu w opłacaniu składek i podatków, etc. Odwołująca wskazała także na listę przykładowych umów, które

zawarła w wyniku przetargów. Zamawiający bazując na tych dokumentach poinformował Przystępującego pismem z dnia 14 lutego 2023 r., iż podtrzymuje decyzję o wyborze oferty Odwołującej w częściach I i IX, czyli nie znalazł podstaw do podważenia faktu prowadzenia działalności gospodarczej przez Odwołującą. Powyższe koreluje z tym, że przyczyny odrzucenia oferty Odwołującej nie odnoszą się do kwestii prowadzenia przez nią działalności gospodarczej czy pozorności tej działalności. Kwestionowanie przez Przystępującego dokumentów złożonych przez Odwołującą w toku postępowania o udzielenie zamówienia czy wskazywanie, że Odwołująca nie wykazała, że zatrudnia pracowników, nie odnosi się do okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującej i wykracza poza treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż Przystępujący w postępowaniu odwoławczym skupił się przede wszystkim na twierdzeniu, że w miejscu wskazanym w CEIDG jako stałe miejsce prowadzenia działalności przez Odwołującą brak jest śladów prowadzenia tej działalności, podczas gdy z informacji przedstawionych przez Odwołującą wynika, iż pod

adresem we Władysławowie ul. Gdańska 65 nie jest prowadzona hurtownia, lecz znajduje się tam zaplecze magazynowe obecnie nieużywane, a hurtownia znajduje się w Pucku. Twierdzenia Przystępującego i złożone przez niego dowody nie przesądzają o tym, że działalność Odwołującej ma charakter pozorny. Ponadto Przystępujący wiąże pozorność działalności Odwołującej z faktem skazania p. J. L. wyrokiem sądu karnego, pomijając okoliczność, iż p. J. L. została skazana za czyn wymieniony w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co powoduje, iż sama może brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia dokonując samooczyszczenia na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Przedstawiona przez Przystępującego informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Szkołę Podstawową nr 56 w Gdańsku potwierdza, iż oba te podmioty (tj. Odwołująca i firma Marit J. L.) biorą udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do wyroku z dnia 16 stycznia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 12/23 Izba wskazuje, iż okoliczności faktyczne ww. sprawy nie były analogiczne do sprawy obecnie rozpoznawanej. W sprawie o sygn. akt KIO 12/23 Izba orzekała na gruncie konkretnych okoliczności stanu faktycznego oraz zgromadzonego wówczas materiału dowodowego, który – w obliczu braku przystąpienia Odwołującej do tamtego postępowania – przesądzał (w ocenie składu orzekającego w sprawie KIO 12/23) na korzyść Przystępującego. Postępowanie odwoławcze ma charakter stricte kontrydiktoryjny i jego wynik co do zasady determinowany jest aktywnością procesową stron i uczestników. Okoliczności obecnie rozstrzyganej sprawy są odmienne – oferta Odwołującej została odrzucona, a zatem zasadnicze znaczenie mają informacje przedstawione w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, a ponadto w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego znajduje się szereg dokumentów złożonych przez Odwołującą, którymi w postępowaniu o sygn. akt KIO 12/23 Izba nie dysponowała. Inny jest także materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu odwoławczym.

Reasumując, Izba stwierdziła, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującej naruszała art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i jako taka winna podlegać unieważnieniu. Izba nie nakazała jednak Zamawiającemu unieważnienia ww. czynności z uwagi na fakt, iż nałożony na Zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w części I i IX jest dalej idący.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d 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).

Izba zasądziła od Przystępującego, wnoszącego sprzeciw wobec czynności uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego na rzecz Odwołującej kwotę w łącznej wysokości 11 393,30 zł, stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez Odwołującą z tytułu wpisu od odwołania (7 500 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), kosztów dojazdu Odwołującej na rozprawę (276,30 zł) oraz opłaty skarbowej uiszczonej przez Odwołującą od pełnomocnictwa o upoważniającego radcę prawnego do reprezentacji (17 zł).

Przewodniczący: