Sygn. akt: KIO 514/23

Wyrok

z dnia 10 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2023 roku przez Odwołującego:

M. L. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: MLH M. L., ul. Gdańska nr 65, 84120 Władysławowo w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Dom Pomocy Społecznej w Strzebielinku 84-250 Gniewino

przy udziale wykonawcy: STEMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Władysławowie ul. Portowa 3, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 514/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Dom Pomocy Społecznej w Strzebielinku 84-250 Gniewino i:

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   3.2. zasądza od Zmawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 117 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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 poz. 1710 z późń. 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: ……

Sygn. akt: KIO 514/23

Uzasadnienie

Zamawiający - Dom Pomocy Społecznej w Strzebielinku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę artykułów spożywczych w roku 2023” nr AT.331.2.2023 zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022r, poz. 1710, ze. zm.), zwaną dalej „Pzp”, w trybie podstawowym – bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1) Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00082892/01 z dnia 6 lutego 2023 roku.

W dniu 25 lutego 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: M. L. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: MLH M. L. we Władysławowie, zwana dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 ustawy Pzp w zakresie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców,

przejrzystości oraz proporcjonalności;

2. art. 226 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 226 ust 1. pkt 7 ustawy Pzp, poprzez dokonanie bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego MLH M. L., pomimo iż Oferta Odwołującego spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu;

3. Naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w/w postępowaniu w zakresie treści złożonej oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo MLH M. L.;

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLARIS" M. G. ul. Żołnierska 20a, 62-800 Kalisz z dnia 22.02.2023 r.

2. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w ww. postępowaniu;

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie;

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która jest ważna i nie podlega wykluczeniu. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie

z przepisami prawa zamówień publicznych, to oferta Odwołującego ostała by się jako najkorzystniejsza. Odwołujący ma więc interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż może ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

W dniu 6 lutego 2023 roku Zamawiający opublikował zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający dokonał naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania - niewątpliwie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ustawy Pzp w zakresie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności.

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. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

W tym momencie Odwołujący pragnie wskazać na sprzeczne z prawem i etyką działania Wykonawcy Stemar Sp. z o.o. – mianowicie w/w postępowaniu Odwołujący MHL M. L. potwierdza prawdziwość złożonych oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania. Bezspornym faktem jest to, że został wydany wyrok KIO sygn. akt 12/23 wskazany i notorycznie rozsyłany do wszystkich Zamawiających przez firmę Stemar Sp. z o.o., tam gdzie startuje Odwołujący. Wyrok KIO sygn. akt 12/23 się ostał „ad casum", z uwagi, iż w tamtym postępowaniu firma MHL M. L. 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 Stemar Sp. z o.o., Wykonawca MHL M. L. podjęła stosowne kroki prawne oraz składa odwołania również, co do czynu nieuczciwej konkurencji praktykowanej przez firmę Stemar Sp. z o.o. w innych toczących się postępowaniach.

Ponadto w ramach uściślenia Wykonawca MHL M. L. pragnie wskazać, że startuje na rynku w wielu przetargach, w których to wygrywa i podpisuje długoletnie kontrakty z Zamawiającymi. Realizacja dostaw przebiega prawidłowo i należycie. Należy również mieć

na uwadze, że wskazany w pismach Wykonawcy Stemar Sp. z o.o. drugi przedsiębiorca tj. firma „MARIT" J. L. jest odrębnym przedsiębiorcą i nie brała udziału w przedmiotowym postępowaniu (w załączeniu jako dowody wypisy z CEDIG dla obu przedsiębiorców).

Z rzetelnych informacji powziętych przez Odwołującego to należy mieć na uwadze, że jednocześnie firma „MARIT" J. L. startuje w innych postępowaniach przetargowych, gdyż korzysta z procedury self-cleaningu zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp., zgodnie ze 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 konkretnym przypadku nie ma tu zastosowania dana instytucja z uwagi na fakt, iż jest to odrębny przedsiębiorca, który nie ubiegał się o dane zamówienie.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący pragnie również wskazać, że przy ocenie i badaniu ofert Zamawiający powinien wnikliwie ocenić ofertę Wykonawcy Stemar Sp. z o .o. pod kątem jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy

Pzp.

W ramach wyjaśnień Odwołujący wskazał, że firma Stemar Sp. z o.o. stosuje praktykę polegającą na rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim konkurencie tj. MHL M. L. w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia mu szkody, co zdecydowanie 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;
- wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach;
- stosowanych cenach;
- sytuacji gospodarczej lub prawnej

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 jakiekolwiek

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.

Należy mieć na uwadze, że czyn nieuczciwej konkurencji został zagrożony sankcją karną.

Zgodnie z art. 26 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, kto rozpowszechnia nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd wiadomości o przedsiębiorstwie, w szczególności o osobach kierujących przedsiębiorstwem, wytwarzanych towarach, świadczonych usługach lub stosowanych cenach albo o sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorstwa, w celu szkodzenia przedsiębiorcy, podlega karze aresztu albo grzywny.

Firma Stemar Sp. z o.o. przedstawiła Zamawiającemu nierzetelne i nieprawdziwe informacje godzące w dobre imię przedsiębiorcy MHL M. L. Osoba dokonująca wygłaszania nieprawdziwych informacji na temat konkretnego przedsiębiorcy powinna liczyć się także z odpowiedzialnością stricte przewidzianą a kodeksie karnym. Otóż przedsiębiorcę, jako osobę prawną również można pomówić a to stanowi czyn karalny określony w art. 212 kk. Zatem, kto pomawia inną osobę, grupę osób, instytucję, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności.

W związku z całą powyższą sytuacją, jaka obecnie ma miejsce Odwołujący MHL M. L. oświadcza, że oferta Wykonawcy jest ważna i nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazuje 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. Zatem Odwołujący MHL M. L. 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 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 Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ, a co za tym idzie to jego oferta jest ważna i nie powinna podlegać odrzuceniu.

Mają na uwadze całą powyższą sprawę Odwołujący pragnie również wskazać na marginesie, że Zamawiający nie powinien także wykraczać poza zakres informacji niezbędny dla spełnienia wymogów ustawowych i powinien także posługiwać się wyłącznie informacjami

zweryfikowanymi z należytą starannością. Wykonawca Stemar Sp. z o.o. notorycznie wysyła wyrok KIO 12/23 z dnia 16 stycznia 2023 r. do wszystkich Zmawiających, u których Odwołujący bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący codziennie dostaje wezwania do wyjaśnień, czego w danym postępowaniu nie zrobił Zamawiający naruszając tym samym art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez

wezwania

do wyjaśnień Odwołującego w zakresie treści złożonej oferty.

Również Odwołujący pragnie podkreślić, jak wynika z wyroku SA w Warszawie z 10.05.2016 r., VI ACa 494/15, LEX nr 2099912, 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 p.z.p.2004 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. Ponadto Odwołujący, wskazujące, że działalność Odwołującego MLH M. L. jest prowadzona pod adresem Władysławowo ul. Gdańska 65 tylko przez MLH M. L., a właścicielem jest J. L.

W Rozdziale 6 treści Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający nie postawił żadnych warunków udziału w postępowaniu - nie określił warunków udziału w postępowaniu,

co do posiadania przez Wykonawców na własność lokalów/budynków magazynowych. Obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zachodzi tylko i wyłącznie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w treści SWZ. Na mocy art. 57 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile te warunki zostały określone przez zamawiającego. W związku z powyższym całkowicie nie zasadne i kuriozalne było wysłanie kontroli przez Zamawiającego, celem sprawdzenia wykonywania pracy i prowadzenia działalności przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu. Ponadto Odwołujący współpracuje już od kilku lat z Zamawiającym w zakresie dostaw i na przestrzeni ostatniego czasu ze strony Zamawiającego nie było uwag ani zastrzeżeń co do prawidłowości realizacji dostaw.

Mając na uwadze powyższe odwołanie zasługuje na uwzględnienie a Odwołujący wnosi jak na wstępie.

W dniu 28 lutego 2023 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Stemar Sp. z o.o. z siedzibą we Władysławowie, zwany dalej „Przystępującym".

W dniu 8 marca 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z 7 marca 2023 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

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

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę: STEMAR spółka z o.o. z siedzibą we Władysławowie do udziału w postępowaniu odwoławczym,

w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

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

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało wpływ, lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub systemu kwalifikacji wykonawców.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 226 ust 1. pkt 7 ustawy Pzp, poprzez dokonanie bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego MLH M. L., pomimo iż Oferta Odwołującego spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Izba nie nakazała Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poinformował, że w dniu 24 lutego 2023 roku unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Skoro czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została już przez Zamawiającego unieważniona, Izba nie mogła nakazać jej wykonania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający powołał się na:

art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 1.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) w związku z art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny oraz art. 83 § 1 Kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, jak również na podstawie art 226 ust. 1 pkt 7 PZP w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty wskazał:

Zamawiający ustalił, iż zachodzą podstawy do odrzucenia złożonej przez Panią oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7, w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2023 r., sygn. Akt: KIO 12/23, w którym Izba uznała, że złożona przez Panią oferta ma charakter pozorny — oferta nie została złożona w celu uzyskania zamówienia i jego realizacji osobiście, a przez Firmę MARIT J. L., w celu umożliwienia jej uniknięcia skutków wynikających z art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp, a działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zaznaczam, że w celu potwierdzenia, czy argumenty będące podstawą stwierdzenia przez KIO wymogu odrzucenia oferty w postępowaniu odwoławczym sygn. Akt: KIO 12/23, są adekwatne także w naszym postępowaniu, z uwagi na fakt wydania wyroku w tak bliskiej odległości czasowej w stosunku do złożenia w dniu 14.02.2023 roku oferty w naszym postępowaniu, Komisja przetargowa Zamawiającego przeprowadziła w dniu 21.02.2023 roku w godzinach 11.00 — 12.00 wizję lokalną w miejscu wskazanym przez Panią oraz w CEiIDG jako stale miejsce wykonywania działalności gospodarczej i stwierdziła, że okoliczności i argumenty będące podstawą orzeczenia przez KIO wymogu odrzucenia oferty w przywołanym wyroku KIO 12/23 są adekwatne także w naszym postępowaniu.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego. Jedyną okolicznością na której Zamawiający oparł się odrzucając ofertę odwołującego są ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie których został wydany wyrok KIO 12/23 oraz ustalenia własne Zamawiającego, które w treści uzasadnienia odrzucenia oferty nie zostały wyartykułowane.

Zamawiający nie wskazał, na jakiej podstawie uznał, że złożona oferta ma charakter pozorny, że nie została złożona w celu realizacji zamówienia, że Odwołujący nie będzie samodzielnie realizował zamówienia, lecz przez wykonawcę MARIT J. L. oraz że złożył ofertę w celu umożliwianie jej uniknięcia skutków wynikających z art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Założenie, iż złożenie oferty ma charakter pozorny i zmierza do obejścia skutków wykluczenia innego wykonawcy nie zostało niczym poparte.

Dopiero w treści Odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wyjaśnił, że Zamawiający w niniejszej sprawie podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego jedynie na podstawie

obiektywnych i nie budzących wątpliwości dowodów. Jednym z takowych był wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2023 r. w sprawie o sygn. akt. 12/23. Po powzięciu informacji na temat jego treści od spółki STEMAR, mimo iż wyroki KIO są jawne i publikowane na stronie uzp.gov.pl, Zamawiający podjął czynności zmierzające do samodzielnego zbadania czy oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą pozorną, czego wyrazem były przeprowadzone czynności sprawdzające przez pracowników Zamawiającego. W dniu 21 lutego 2023 r. pracownice Zamawiającego (…) udały się pod adres Odwołującego, tj. do Władysławowa na ul. Gdańską 65 i ustaliły, iż pod wskazanym adresem (ujawnionym w CEIDG na dzień 20.02.23 r. jako jedyne stałe miejsce wykonywania działalności gospodarczej) nie jest od dłuższego czasu prowadzona żadna działalność gospodarcza. Pracownice potwierdziły, iż mieści się tam jedynie budynek magazynowy, którego wygląd wskazuje na to, że nie jest on od dłuższego czasu użytkowany (drzwi zamknięte, zaciągnięte rolety

antywłamaniowe). Warto zaznaczyć, że pracownice przyjechały do siedziby Odwołującego się w godzinach między 11-12, w których to zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego jest normalna porą w jakich działalność powinna być wykonywana. Co więcej, na budynku nie widnieją żadne szyldy czy oznaczenia, które świadczyłyby że jest w nich prowadzona działalność, ani że została ona przeniesiona w inne miejsce. Pracownice nie zauważyły również żadnej kartki na drzwiach z numerami kontaktowymi, której to istnienie było potwierdzone dowodami wykorzystanymi w toku postępowania przeciwko Odwołującej się w sprawie KIO 12/23. Ponadto pracownice dokonały czynności rozpytania pracowników innych firm, mieszczących się w pobliżu siedziby Odwołującego, i uzyskały informacje potwierdzające fakt, iż „od kilku lat w budynku nic się nie dzieje i jest to hurtownia, w której kiedyś w okresie letnim faktycznie była hurtownia spożywcza" oraz, „że w budynku znajduje się magazyn hurtowni spożywczej, która swoją siedzibę ma w Pucku przy ul. Żarnowieckiej i nazywa się MARIT". Należy w tym miejscu podkreślić, iż zgodnie z danymi z CEIDG, opublikowanymi na dzień 20.02.2023 to firma „MARIT" J. L. ma wskazane jako miejsce wykonywania stałej działalności gospodarczej, Puck ul. Żarnowieckiej 5.

Powyższe, w ocenie Izby nie jest wystarczające aby uznać że oferta Odwołującego w danym postępowaniu została złożona dla pozoru, oraz w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze, Odwołujący wraz z ofertą złożył zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oświadczenie o którym mowa w art. 125 ust 1 ustawy Pzp, które stanowi wstępne potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału na dzień składania ofert, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, sporządzone zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ. Odwołujący zadeklarował samodzielną realizację zamówienia, bez udziału podwykonawców. A jak przyznał Zamawiający podczas rozprawy,

żadna informacja podana w ofercie Odwołującego nie wskazywała, aby oferta została złożona dla pozoru.

Po drugie, Zamawiający nie ustanawiał żadnych warunków udziału w postępowaniu, zatem samodzielna weryfikacja i próba ustalenia – jak Zamawiający wskazał w Odpowiedzi na odwołanie - że: dla Zamawiającego kluczowe było ustalenie (…) czy posiada ona zaplecze magazynowo techniczne by być zdolnym do realizacji dostawy artykułów spożywczych dla Domu Pomocy Społecznej, w świetle braku ustanowienia warunków udziału w postępowaniu nie była uzasadnione. Skoro Zamawiający nie wymagał od wykonawców wykazania się odpowiednim zapleczem magazynowo technicznym, to weryfikacja czy wykonawca dysponuje zapleczem, które nie zostało wskazane, oraz określone co do wymagań technicznych, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 16 Pzp.

Nie zasługuje również na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym: Warto podkreślić, iż w złożonym w toku postępowania formularzu przetargowym MLH M. L. w pkt 11 nie wykazuje, aby do realizacji zamówienia powoływała się na dodatkowe zasoby innych wykonawców. Tym samym należy uznać, iż Wykonawca deklaruje, że przedmiot zamówienia będzie realizował z własnych zasobów. Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego wynika, iż takowe zasoby posiada właśnie firma MARIT J. L. Tym samym istnieją uzasadnione obawy, iż w sytuacji gdy Odwołujący rzeczywiście nie prowadzi działalności gospodarczej, a faktycznie przedmiot zamówienia będzie realizowany przez firmę MARIT J. L. Oznacza to, iż decyzja Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty MLH M. L. z uwagi na złożenie jej dla pozoru była słuszna.

W ocenie Izby niezasadne jest na tle przedmiotowego zamówienia łączenia Odwołującego z wykonawcą Marit J. L. Są to dwa odrębne podmioty gospodarcze. Powiązania rodzinne jak i adresowe w tym przypadku pozostają bez znaczenia dla sprawy. Wykonawcą w tym postępowaniu jest MLH M. L. To ten wykonawca złożył ofertę w postępowaniu i to ten wykonawca, w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą będzie odpowiadał przed Zamawiającym za realizację przedmiotu zamówienia.

Ponadto okoliczność, że w danym miejscu nie jest prowadzona już hurtownia nie ma znaczenia dla sprawy, ponieważ prowadzenie hurtowni nie było elementem przedmiotu zamówienia, a to, że w chwili przeprowadzenia wizji, która nie była uzgodniona z Odwołującym budynek był zamknięty, nie świadczy o tym, że Odwołujący nie prowadzi działalności gospodarczej.

Należy również podkreślić, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego zarzucając mu brak prowadzenia działalności gospodarczej, a nie to, jak Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą.

Izba zwróciła również uwagę na sprzeczność w stanowisku Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym: dla Zamawiającego kluczowe było ustalenie czy to właśnie MLH M. L. prowadzi tam działalność gospodarczą oraz fakt czy posiada ona zaplecze magazynowo techniczne by być zdolnym do realizacji dostawy artykułów spożywczych dla Domu Pomocy Społecznej realizacji dostawy artykułów spożywczych dla Domu Pomocy Społecznej ww. Strzebielinku. Odwołująca się natomiast w żaden sposób nie wykazuje ażeby takowe posiadała.

Izba wskazuje, że niezasadne jest stanowisko Zamawiającego dotyczące

niewykazywania posiadanego zaplecza technicznego w okolicznościach braku wymogu posiadania takowego. Ponadto, w sytuacji, w której Zamawiający nie zwrócił

się do Odwołującego o wyjaśnienie wątpliwości wywołanych informacją od Przystępującego z 14 lutego 2013 r., dotyczącą okoliczności złożenia oferty i prowadzenia działalności gospodarczej, zarzucanie Odwołującemu, iż nie wykazał okoliczności prowadzenia działalności gospodarczej i zdolności technicznych, należy uznać za wewnętrznie sprzeczne. Dodać należy, że poprzez niewezwanie Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień, Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości odniesienia się, ustosunkowania się do informacji przedstawionych przez innego

wykonawcę. Zamawiający w pierwszej kolejności mógł (choć nie był do tego zobligowany) wyjaśnić powyższe wątpliwości, stosując mechanizmy przewidziane w tym celu w ustawie Pzp, a nie dokonywać wizji lokalnej. Powyższe stanowisko Zamawiającego, należy uznać zatem jako wewnętrznie sprzeczne i wykluczające się.

Odnosząc się dokumentacji fotograficznej złożonej przez Zamawiającego i Przystępującego oraz dowodów złożonych przez Przystępującego, to w ocenie Izby nie wniosły one nic do sprawy. Złożone fotografie oraz pismo z dnia 14 lutego 2023 r. z Państwowego Powiatowego Inspektoratu Sanitarnego w Płocku potwierdzają jedynie ustalenia dokonane podczas wizji lokalnej. Zaparkowane samochody, należące do Pani M. L. na terenie w którym działalność prowadzi Pani J. L. nie świadczą o tym, że nie prowadzi ona działalności gospodarczej. Mogą jedynie wskazywać na miejsce ich parkowania po godzinach pracy. Jak wyjaśnił Odwołujący podczas rozprawy, samochody parkuje na terenie ogrodzonym. Samochody nie stanowią własności Odwołującego lecz pochodzą z wynajmu, a dla bezpieczeństwa parkowane są na terenie ogrodzonym i zamkniętym. Ponadto dokumenty złożone przez Przystępującego w postaci Informacji z innych postępowań nie dowodzą, że Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę dla pozoru, w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Natomiast okoliczność, że Pani J. L. została wykluczona z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp nie jest sporna.

W obliczu złożonych przez Odwołującego dowodów potwierdzających prowadzenie działalności gospodarczej od 2019 roku, w postaci:

- kopii zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej (załączonych do oferty i do odwołania), z których wynika że data rozpoczęcia działalności gospodarczej to 22.02.2019 r.; status indywidualnej działalności gospodarczej – aktywny;

- kopii faktur z lat 2019,2020, 2022 i 2023,

- kopii umów o pracę,

- kopii umów dotyczących realizacji zamówień publicznych: Umowa nr 228/2019 z 18.09.2019 zawarta z AMW REWITA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Umowa nr 17/OJRT/2021 z 07.06.2021 r. zawarta z AMW REWITA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Umowa nr 17/2021 z 23.07.2021 r. zawarta z AMW REWITA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Umowa nr W/MOPR/1584/DOST/181/SAMRE/3/2021 z 19.11.2021 r. zawarta z Gminą Miastem Gdańsk; Umowa nr 4/2023 z 02.01.2023 r. zawarta z Gminą Miastem Gdynia, Umowa nr 6/2023/Ż z 07.02.2023 r. zawarta z Gminą Miastem Gdańsk, Umowa z 8.02.2023 zawarta z Centralnym Ośrodkiem Sportu instytucją Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Warszawie; Umowa nr 6/2023 z dnia 01.03.2023 r. zawarta z Gminą Miastem Gdańsk,

- kopii Umowy Cesji z 28.12.2022 r.,

- zaświadczeń: (Zaświadczenie o wpisie Rejestru Przedsiębiorstw PWIJHARS

w Gdańsku s/z w Gdyni z 05.05.2021 r.; Zaświadczenie ZUS o Niezaleganiu w opłacaniu składek z 22.02.2023 r.; Zaświadczenia nr 4/2021 z 05.05.2021 r oraz nr 30/2022 z 17.11.2022 O Wpisie do Rejestru Zakładów Podlegających Urzędowej Kontroli Organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej,; Zaświadczenia nr 3/DL/21 z 05.05.2021 r. Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Płocku o prowadzeniu w zakładzie-hurtowni spożywczej we Władysławowie ul. Gdańska 65 działalności zgodnie z Decyzją nr SE.HŻŻ/461/98/ED/19 z dnia 27.02.2019 r.),

Izba nie mogła dać wiary argumentacji Zamawiającego opartej wyłącznie na przeprowadzonej wizji lokalnej i rozmowie z osobami trzecimi, że Odwołujący nie prowadzi działalności gospodarczej i złożył ofertę wyłącznie dla pozoru. Stanowisko Zamawiającego, iż złożenie oferty przez Odwołującego ma charakter pozorny i zmierza do obejścia skutków wykluczenia innego wykonawcy, nie zostało niczym poparte. Co więcej, stanowisko to opiera się wyłącznie na przypuszczeniach i domysłach Zamawiającego, a budowanie argumentacji będącej podstawą odrzucenia oferty opartej również na informacjach zasłyszanych podczas wizji lokalnej od osób trzecich, należy uznać co najmniej za niezasadne .

Nie jest ono zasadne również z tego względu, że jak wskazał Odwołujący, wykonawca J. L. wszczęła procedurę self-cleaning, umożliwiającą jej samodzielnie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem nie ma przeszkód prawnych do jej udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do wyroku KIO 12/23 z 16 stycznia 2023 roku Izba wskazuje, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Każdy wyrok zapada w określonych okolicznościach wyznaczonych stanem faktycznym. Nie można pominąć zatem okoliczności, że wyrok KIO 12/23 został wydany w okolicznościach, w których obecny Odwołujący nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego. Nie mógł zatem przedstawić dowodów potwierdzających prowadzenie działalności gospodarczej. Izba wydając wyrok w sprawie KIO 12/23 oparła się zatem na posiadanym materiale dowodowym, który nie jest tożsamy z tym, zgromadzonym w rozpoznawanej sprawie. Okoliczności przedmiotowej sprawy (które zawierają stanowisko obecnego Odwołującego) opierają się na innych ustaleniach Izby niż w sprawie KIO 12/23.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie Odwołujący wykazał, że prowadzi działalność gospodarczą od 2019 roku. Nie ma zatem podstaw do stawiania zarzutu złożenia oferty dla pozoru, w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, ustalenia Zamawiającego opierające się wyłącznie na tych zawartych w wyroku KIO 12/23 oraz

przeprowadzonej wizji lokalnej są niewystarczające, aby zarzucić Odwołującemu złożenie oferty dla pozoru, w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie oparł się na dowodach lecz na przypuszczeniach i domysłach, czym naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych, w zakresie objętym zarzutem.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w ww. postępowaniu w zakresie treści złożonej przez Odwołującego oferty.

Zgodnie z art. 223 ust 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W zakresie wykładni ww. przepisu, Izba wskazuje, że przepis ten ma zastosowanie do merytorycznej, przedmiotowej strony oferty. Okoliczności będące przedmiotem

niniejszego sporu nie należą do zakresu treści oferty, o którym mowa w art. 223 ust. 1 Pzp, lecz do strony podmiotowej wykonawcy. Przedłożone przez Odwołującego w tym zakresie dowody w postaci wezwań do złożenia wyjaśnień w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej skierowane na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, Izba uznała za nieprzydatne dla sprawy. To, że Zamawiający powołują się na ww. podstawę prawną, nie oznacza że stosują ją prawidłowo.

Jednakże Izba podkreśla, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający mógł skorzystać z mechanizmów określonych art. 128 ust. 4 lub 5 Pzp w celu wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej przez Odwołującego, wywołanych informacją Przystępującego przekazaną Zamawiającemu w dniu 14 lutego 2023 r. Izba zwraca uwagę, iż skorzystanie z ww. mechanizmów nie jest obowiązkiem lecz prawem Zamawiającego. Nie można mu zatem w tym zakresie postawić zarzutu zaniechania. Nie mniej jednak w okolicznościach, w których Zamawiający nie skorzystał z przysługujących mu mechanizmów weryfikacji ustanowionych ustawą Prawo zamówień publicznych, pozbawiając tym samym Odwołującego się możliwości odniesienia się do informacji przedstawionych przez innego wykonawcę, a swoją czynność odrzucenia oferty Odwołującego oparł na ustaleniach zawartych w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i przeprowadzonej, niezapowiedzianej wizji lokalnej - a nie na obowiązujących przepisach prawa, Izba uznała za zasadne obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 5 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).

Przewodniczący: ……