

Sygn. akt: KIO 593/23

WYROK

z 16 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Marek Bienias

Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2023 r. przez M. L. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MLH M. L.,

w postępowaniu prowadzonym przez Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej w Suchej,

przy udziale wykonawcy STEMAR Sp. z o.o. z siedzibą we Władysławowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego w częściach I i V i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach I i V oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej w Suchej w części 1/2 i M. L. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MLH M. L. w części 1/2:
 - 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 690 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt złotych zero groszy).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej w Suchej – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Dostawy Warzyw i owoców dla Ośrodka Szkolenia Służby Więziennej w Suchej oraz Oddziału Zamiejscowego w Zwartowie. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 lutego 2023 r. pod nr 2023/BZP 00077643.

W dniu 4 marca 2023 r. M. L. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą MLH M. L. wniosła odwołanie wobec czynności odrzucenia swojej oferty, bez wezwania do wyjaśnienia jej treści oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty Stemar Sp. z o.o., jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 16, art. 226 ust. 1 pkt 4, art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wniosł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I, V, VII, VIII i IX, odrzucenia oferty Stemar Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz powtórzenia badania i oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył podstawowe zasady prowadzenia postępowania, tj. zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności.

Odwołujący oświadczył, że potwierdza prawdziwość złożonych oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania. Podniósł, że wyrok KIO sygn. akt 12/23 jest przez Stemar Sp. z o.o. przekazywany do wszystkich zamawiających w postępowaniach, w których bierze udział Odwołujący.

Stwierdził, że wyrok ten uprawomocnił się, ponieważ Odwołujący nie dochował wówczas terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i w nie brała udział w rozprawie przed Izbą. Jednakże obecnie, w związku nieuczynym działaniem i notorycznym składaniem donosów przez Stemar Sp. z o.o., Odwołujący podjął stosowne kroki prawne oraz składa odwołania również co do czynu nieuczyniwej konkurencji popełnianego przez Stemar Sp. z o.o. w innych toczących się postępowaniach (m.in. Dostawa artykułów żywnościowych do Zespołu Szkół nr 1 we Władysławowie, czy Sukcesywne dostawy artykułów spożywczych do Domu Pomocy Społecznej Nr 1 w Lęborku, gdzie Zamawiający uznają zarzuty Odwołującego i dokonują ponownych czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego).

Odwołujący podkreślił, że startuje w wielu przetargach, w których to wygrywa i podpisuje długoterminowe kontrakty z zamawiającymi. Realizacja dostaw przebiega prawidłowo i należyście. Wyjaśnił, że wskazany w pismach Stemar Sp. z o.o. drugi przedsiębiorca, tj. firma „MARIT” J. L. jest odrębnym przedsiębiorcą i nie brała udziału w przedmiotowym postępowaniu (na dowód czego Odwołujący przedstawił odpisy z CEDIG dla obu przedsiębiorców). Firma „MARIT” J. L. startuje w innych postępowaniach przetargowych, gdyż korzysta z procedury self-cleaningu zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Przepis ten nie ma jednak zastosowania do Odwołującego, który jest odrębnym przedsiębiorcą.

Odwołujący podniósł, że przy badaniu i ocenie 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. Zdaniem Odwołującego wykonawca ten stosuje praktykę polegającą na rozpowszechnianiu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o Odwołującym w celu wyrządzenia mu szkody, co stanowi czyn nieuczyniwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczyniwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że 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 ww. ustawy należy 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. Odwołujący zaznaczył, że 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 postrzeżenie 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.

Odwołujący podkreślił, że czyn nieuczyniwej konkurencji został zagrożony sankcją karną. Zgodnie z art. 26 ustawy o zwalczaniu nieuczyniwej 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 szkodenia przedsiębiorcy, podlega karze aresztu albo grzywny. Zdaniem Odwołującego, Stemar Sp. z o.o. przedstawił Zamawiającemu nierzetelne i nieprawdziwe informacje godzące w dobre imię Odwołującego. Osoba dokonująca wygłoszenia nieprawdziwych informacji na temat konkretnego przedsiębiorcy powinna liczyć się także z odpowiedzialnością stricte przewidzianą a kodeksie karnym, gdyż przedsiębiorcę, jako osobę prawną również można pomówić a to stanowi czyn karalny określony w art. 212 kk.

Odwołujący podniósł, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu. Wskazał, że prowadzi działalność usługową o podobnym zakresie, co jego matka J. L., dlatego nie są to żadne działania pozorne, gdyż swoją działalność prowadzi już od ponad 3 lat i we własnym imieniu. Odwołujący 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 dotyczy.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie powinien wykraczać poza zakres informacji niezbędny dla spełnienia wymogów ustawowych i powinien także posługiwać się wyłącznie informacjami zweryfikowanymi z należytą starannością. Odwołujący dostaje od zamawiających zgodnie z ustawą Pzp wezwania do wyjaśnień, czego o przedmiotowym postępowaniu nie zrobił Zamawiający, naruszając tym samym art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący podniósł, że – jak wynika z wyroku SA w Warszawie VI ACa 494/15 – 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 przedstawił także szczegółowe uzasadnienie odrzucenia jednej z ofert, w którym zawarto informacje o złożeniu tej oferty w warunkach czynu nieuczyniwej 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.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie określił żadnych warunków udziału w postępowaniu, a obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zachodzi wyłącznie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w treści SWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Stemar Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Za oczywiście bezzasadne należało uznać stanowisko Przystępującego o braku po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na fakt, że w częściach VII, VIII i IX oferta Odwołującego jest mniej korzystna niż oferta Przystępującego, z czego Przystępujący wywodził brak możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody. Odnosząc się do tego stanowiska zauważyć należy, że Odwołujący podniósł zarzuty skierowane przeciwko ofercie Przystępującego i domagał się jej odrzucenia, zatem nie sposób twierdzić, że zarzucane Zamawiającemu naruszenia nie mogły potencjalnie skutkować poniesieniem przez Odwołującego szkody.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W częściach objętych zarzutami odwołania zostały złożone oferty z następującymi cenami:

Część I:

- MLH M. L.: 6.720,00 zł,
- Hurtownia warzyw i owoców PIOTREX Ż. Ż. : 7.490,00 zł,

Część V:

- MLH M. L.: 30.950,00 zł
- Hurtownia warzyw i owoców PIOTREX Ż. Ż. : 34.200,00 zł, Część VII:
- MLH M. L.: 2.220,00 zł,
- Hurtownia warzyw i owoców PIOTREX Ż. Ż.: 2.500,00 zł,
- STEMAR Sp. z o.o.: 2.205,00 zł, Część VIII:
- MLH M. L.: 22.800,00 zł,
- Hurtownia warzyw i owoców PIOTREX Ż. Ż.: 24.000,00 zł,
- STEMAR Sp. z o.o.: 21.675,00 zł, Część IX:
- MLH M. L.: 68.996,00 zł,
- Hurtownia warzyw i owoców PIOTREX Ż. Ż.: 76.697,50 zł,
- STEMAR Sp. z o.o.: 58.331,00 zł.

W dniu 16 lutego 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu następującą informację:

(...) w związku z udziałem w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego M. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą MLH M. L., zawiadamiam o zachodzących względem w/w wykonawcy podstawach do odrzucenia złożonej oferty. W postępowaniu odwoławczym pod sygn. KIO 12/23 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu – Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni – odrzucenie oferty złożonej przez M. Łagą prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MLH M. L. z uwagi na złożenie przez ww. oferty w celu obejścia ustawy, w warunkach pozorności oraz w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. M. L. w rzeczywistości nie prowadzi faktycznej działalności gospodarczej. Rejestracja działalności gospodarczej przez M. L. podyktowana jest wyłącznie faktem

prawomocnego skazania przez Sąd Rejonowy w Wejherowie w sprawie o sygn. akt II K 171/21 jej matki – J. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma „MARIT” J. L. – za przestępstwa z katalogu określonego w przepisie art. 108 ust. 1 PZP. Złożenie oferty przez M. L. stanowi działanie mające na wyłącznym celu ukrycie faktycznej działalności J. L., która to nie może być wykonawcą zamówienia publicznego z uwagi na zachodzące względem J. L. przesłanki do jej wykluczenia z postępowania – art. 108 ust. 1 PZP. Wobec powyższego, Spółka przesyła do wiadomości Zamawiającego odpis wyroku z dnia 16 stycznia 2023 roku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. KIO 12/23, który to potwierdza wszystkie wyżej przytoczone okoliczności związane z pozorną działalnością M. L. . W konsekwencji, w ocenie Spółki, zachodzą podstawy do odrzucenia

oferty M. L. w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 58 § 1 oraz art. 83 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Załącznik: Odpis wyroku KIO z dnia 16 stycznia 2023 roku, sygn. KIO 12/23.

Pismem z 1 marca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Hurtowni warzyw i owoców PIOTREX Ż. Ż. w częściach I i V oraz oferty Przystępującego w częściach VII, VIII i IX.

Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty Odwołującego we wszystkich częściach, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kc oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający przytoczył treść art. 226 ust. 1 pkt 4 i 7 ustawy Pzp i poinformował, że odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie wyroku z 16 stycznia 2023 roku Sygn. Akt: KIO 12/23, zgodnie z którym oferta wykonawcy ma charakter pozorny – oferta nie została złożona w celu uzyskania zamówienia i jego realizacji przez Wykonawcę MLH M. L., a przez firmę MARIT J. L.. Działanie takie stanowi tym samym czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ zmierza do obejścia przez Panią J. L. (przy pośrednictwie wykonawcy MLH M. L.) skutków przewidzianych w art. 108 ust. 1 pkt 1 PZP.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego w częściach I i V zamówienia.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 4: jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
- pkt 7: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 58 § 1 Kc, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie Izby nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego jako nieważnej oraz wypełniającej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Przed wszystkim wskazać należy, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego w żadnej mierze nie wykazuje istnienia podstaw tej czynności.

Podkreślenia wymaga, że zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o 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. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia oferty, które nie spełnia powyższych standardów. Zamawiający, uzasadniając tę czynność, ograniczył się do wskazania podstawy prawnej odrzucenia oraz wskazania, że odrzuca ofertę na podstawie wyroku z 16 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 12/23, zgodnie z którym oferta ma charakter pozorny. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający de facto nie przedstawił uzasadnienia faktycznego

odrzućenia oferty. Powołał się jedynie na wyrok Izby wydany w innej sprawie, stwierdzający, że oferta w postępowaniu badanym wówczas przez Izbę (nie zaś

w rozpoznawanej sprawie) miała charakter pozorny, podczas gdy istnienie podstaw do odrzućenia oferty należy badać w okolicznościach konkretnego postępowania. Z uzasadnienia, które przedstawił Zamawiający można wywnioskować, że w ogóle nie zbadał on okoliczności istniejących w prowadzonym postępowaniu, a oparł się wyłącznie na tym, że w innym przetargu w przeszłości Izba stwierdziła konieczność odrzućenia oferty Odwołującego. Zauważenia wymaga przy tym, że wyrok Izby nie tylko odnosi się do innego postępowania o udzielenie zamówienia i złożonej w nim oferty, ale został on wydany na podstawie dowodów, jakimi w tamtym postępowaniu dysponowała Izba. Postępowanie przed Izbą ma bowiem charakter kontradyktoryjny, a Izba wydaje wyrok opierając się na materiale dowodowym przedstawionym przez strony i uczestników postępowania. To, że w danym postępowaniu odwoławczym nie złożono dowodów potwierdzających brak podstaw do odrzućenia oferty, nie uprawnia do przyjmowania dokonanej na tej podstawie oceny jako uprawniającej do odrzućenia oferty w kolejnych postępowaniach.

O tym, że Zamawiający w rozpoznawanej sprawie nie dokonał badania podstaw do odrzućenia oferty świadczy fakt, że złożone przez niego dowody (notatki służbowe, dokumentacja zdjęciowa) zostały wytworzone dopiero po wniesieniu odwołania i załączone do odpowiedzi na odwołanie. Okoliczności mające wynikać z tych dowodów nie zostały przedstawione jako powody odrzućenia oferty Odwołującego, nie mogą więc stanowić o prawidłowości czynności Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, już sam sposób uzasadnienia odrzućenia oferty Odwołującego przesądza o niezasadności tej czynności. Niezależnie jednak od tego, w ocenie Izby zostało wykazane, że pani M. L. prowadzi działalność gospodarczą, o czym świadczy nie tylko wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (w którym wskazano jako datę rozpoczęcia prowadzenia działalności gospodarczej datę 22 lutego 2019 r.), ale również złożone do akt sprawy: zaświadczenie wydane przez Sanepid, umowy zawarte w ramach prowadzonej działalności oraz wystawione faktury VAT – daty wynikające z tych dokumentów przeczą tezie o jedynie formalnym zarejestrowaniu tej działalności. Ponadto Odwołujący przedstawił zanonimizowane umowy o pracę, które potwierdzają zatrudnianie kierowców, a także cesję praw z najmu samochodów. W stosunku do tych dowodów nie są wystarczającymi dowodami przeciwnymi przedłożone przez Przystępującego zdjęcia nieruchomości oraz notatka służbowa z wizji lokalnej, mające świadczyć o braku prowadzenia tam działalności gospodarczej przez panią M. L. . Podobnie, tezy o jedynie pozornym prowadzeniu działalności gospodarczej nie potwierdzają zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z innych postępowań czy pismo Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Pucku. O pozorności oferty Odwołującego i złożeniu jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji nie świadczy też

takie okoliczności, jak składanie w przeszłości przez Odwołującego odpowiedzi na zapytania ofertowe kierowane do MARIT J. L. czy korzystanie przy realizacji dostaw przez obu przedsiębiorców z tych samych środków transportu. Fakty te same w sobie nie przesądzają ani o tym, że Odwołujący nie prowadzi faktycznej działalności gospodarczej, ani o tym, że obie firmy pozostają w niedozwolonym porozumieniu. Nie ulega natomiast wątpliwości, że pani M. L. oraz pani J. L. to odrębni przedsiębiorcy i jedna z nich nie może ponosić konsekwencji prawomocnego skazania drugiej za przestępstwo określone w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, niezależnie od powiązań rodzinnych i ewentualnej współpracy tych osób przy prowadzeniu działalności gospodarczej (polegającej chociażby na korzystaniu z tych samych pojazdów), zauważenia wymaga, że to pani M. L. – w przypadku wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej – będzie stroną umowy z Zamawiającym i ponosić będzie pełne ryzyko związane z jej realizacją, w tym odpowiedzialność wobec Zamawiającego. W tych okolicznościach trudno twierdzić, że jej oferta ma charakter pozorny, a faktycznym wykonawcą będzie pani J. L. .

W tej sytuacji należało stwierdzić, że odrzućenie oferty Odwołującego było niezasadne. Izba nie dostrzega przy tym konieczności wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, odrzućenie oferty wynikało bowiem nie tyle z niewyjaśnienia uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego, ile z błędnego oparcia się na wyroku Izby wydanym w innej sprawie.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty dotyczące zaniechania odrzućenia oferty Przystępującego z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

W tym zakresie zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oferta podlega odrzućeniu, jeśli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zatem wypełnienie znamion czynu nieuczciwej konkurencji musi zachodzić w samej ofercie lub towarzyszyć jej złożeniu. Nie sposób uznać, że wykonawca, przekazując Zamawiającemu – po złożeniu ofert, na etapie ich badania – informacje na temat podstaw do odrzućenia oferty konkurencyjnej, składa ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji – a tylko w takiej sytuacji ww. przepis mógłby znaleźć zastosowanie. Jeśli natomiast Odwołujący twierdzi, że całokształt podejmowanych wobec niego działań Przystępującego, zarówno w różnych postępowaniach o udzielenie zamówień, jak i poza nimi, narusza uczciwą konkurencję, to ma możliwość dochodzenia roszczeń z tego tytułu przed innymi, właściwymi w tym zakresie organami.

Podsumowując, Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego we wszystkich częściach zamówienia objętych odwołaniem. Jednakże w związku z tym, że oferta Przystępującego na mocy wyroku Izby nie podlega odrzućeniu, niezasadne odrzućenie oferty Odwołującego w częściach VII, VIII i IX nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, oferta Przystępującego jest bowiem korzystniejsza. Wpływ na wynik postępowania zachodzi natomiast w częściach I i V, gdzie oferta Odwołującego, po unieważnieniu jej odrzućenia, może stać się ofertą najkorzystniejszą. Z uwagi na powyższe Izba uwzględniła odwołanie w zakresie odrzućenia oferty Odwołującego w częściach I i V, zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zasługuje przy tym na uwzględnienie stanowisko Przystępującego, jakoby unieważnienie czynności wyboru oferty w

częściach I i V było niedopuszczalne z uwagi na to, że Odwołujący nie zaskarżył wyboru oferty wykonawcy Hurtownia warzyw i owoców PIOTREX Ż. Ż. . Przystępujący zdaje się pomijać, że skoro Odwołujący zaskarżył odrzucenie swojej oferty, która w częściach I i V jest korzystniejsza od oferty ww. wykonawcy, to unieważnienie tego odrzucenia musi być powiązane z unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej – jest to bowiem konsekwencja zasadności zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 2020 r. poz. 2437). Izba, stosownie do wyniku postępowania, obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2, biorąc pod uwagę liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7.500,00 oraz poniesione przez Odwołującego koszty: wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, dojazdu na rozprawę w kwocie 261,85 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł. Odwołujący poniósł zatem dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.378,85 zł, natomiast odpowiada za nie do wysokości 5.689,43 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 690 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku. Powyższe rozliczenie uwzględnia dyspozycję § 7 ust. 6 ww.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: