

WYROK

Warszawa, 22 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: J.G.

Monika Kawa-Ogorzałek

Ernest Klauziński

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 17 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 września 2024 r. przez wykonawcę:

Euvic Media sp. z o.o. Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Województwo Małopolskie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:

Polska Press sp. z o.o. Warszawa

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenie oferty wykonawcy Polska Press sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i c ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika;
- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Członkowie:

UZASADNIENIE

Województwo Małopolskie (ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków) (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp pod nazwą: „Kampania informacyjno - promocyjna Małopolskiego Systemu Informacji Medycznej (MSIM)”; oznaczenie sprawy: IS-I.272.1.2024”; Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 czerwca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem wydania: Dz.U. S: 123/2024, nr publikacji 377603-2024 (dalej: Postępowanie). Zasady, warunki, kryteria ocen, opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy na realizację zamówienia określa Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej SWZ).

26 września 2024r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Euvic Media sp. z o.o. Warszawa (ul. Czerska 12, 00-732 Warszawa) (dalej odwołujący).

30 września 2024r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza Polska Press sp. z o.o. Warszawa (ul. Domaniewska 45, 02-672 Warszawa) (dalej: przystępujący lub Polska Press), w związku z udostępnieniem przez zamawiającego kopii odwołania wraz z załącznikami za pośrednictwem poczty elektronicznej 27 września 2024r. Wobec zgłoszenia przystąpienia w terminie i wypełnieniu przesłanek z art. 525 Pzp izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołanie zarzucono zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i c Pzp w zw. z art. 108 ust 1 pkt 5 Pzp w zw. z §2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (DZ.U z 30 grudnia 2020 r. Poz. 2415 z późn. zm.)(dalej rozporządzenie) w zw. z art. 16

pkt 1-3 Pzp

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polska Press, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, bowiem zawarł porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji, gdyż

- należąc do tej samej grupy kapitałowej co wykonawcy SIGMA BIS S.A. złożył ofertę w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, przy czym

- nie wykazano, że ww. wykonawcy przygotowywali oferty niezależnie od siebie, w tym również

- składane przez Polska Press wyjaśnienia i dokumenty były spóźnione (tj. nie zostały złożone w przewidzianym w przepisach terminie), co zostanie omówione szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;

2.art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 108 ust 1 pkt 5 Pzp w zw. z w zw. z §2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia poprzez bezzasadne wezwanie Polska Press do udzielenia wyjaśnień, tj. wezwanie z 16 sierpnia 2024 r. oraz z 6 września 2024 r., które doprowadziły do uzupełnienia informacji i dokumentów dotyczących wyjaśnienia okoliczności związanych z pozostawianiem w tej samej grupie kapitałowej co Sigma BIS S.A. podczas, gdy zgodnie z §2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia informacje i dokumenty w tym zakresie powinny być złożone wraz z oświadczeniem o grupie kapitałowej;

3.art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

Odwołując w związku z zarzutami wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,

- 3.unieważnienia czynności wezwania z dnia 16 sierpnia 2024 r. (w zakresie art. 128 ust. 4 Pzp) oraz czynności wezwania z dnia 6 września 2024 r.;

- 4.odrzucenia oferty Polska Press;

- 5.ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy w zakresie zarzutu oddalonego. Izba uznała również, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba stwierdza, że odwołanie w zakresie stanu faktycznego ograniczało się do przytoczenia wezwań zamawiającego kierowanych do przystępującego (wezwanie do złożenia, wezwanie z dnia 16 sierpnia 2024 r., wezwanie z 6 września 2024 r.), udzielonych na wezwania odpowiedzi oraz treści rozstrzygnięcia poprzedzonego ustaleniem komisji przetargowej, co do braku istnienia porozumienia zakłócającego konkurencję.

ZARZUT PIERWSZY

W zakresie zarzutu pierwszego odwołanie sprowadzało się przywołania treści art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp a także §2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia i stwierdzenia, że doszło do naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp bo (podkreślenia izby):

- Polska Press i Sigma Bis należą do grupy kapitałowej ORLEN.

- „Złożenie odrębnych ofert przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej rodzi domniemanie istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję. W komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. H.Nowaka wskazano, że „TSUE w wyroku w sprawie Assitur trafnie uznał, że regulacja krajowa, która zakazuje członkom grupy kapitałowej udziału w tym samym postępowaniu przetargowym w sposób oczywisty ma na celu wykluczenie przypadków potencjalnej zмовы między uczestnikami tego samego przetargu oraz zapewnienie równego traktowania oferentów i przejrzystości postępowania. Przedsiębiorcy należący do grupy kapitałowej, stanowiąc jeden organizm gospodarczy, co do zasady nie konkurują ze sobą, ponieważ jako grupa kapitałowa realizują wspólny cel gospodarczy. Z tego powodu uczestniczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia dwóch lub więcej przedsiębiorców wchodzących w skład tej samej grupy rodzi podejrzenie, że łączy ich niedozwolone porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji.” Podejrzenie to może zostać usunięte w przypadku, gdy wykonawcy wykażą, że przygotowywali ofertę niezależnie od siebie. W przypadku wykonawców działających w ramach tej samej grupy kapitałowej domniemywa się bowiem istnienia takiego porozumienia, którego obalenie jest inicjatywą wykonawcy. Możliwość złożenia przez wykonawców szczegółowych wyjaśnień dotyczących niezależności w składaniu ofert jest wyjątkiem od zasady ogólnej, zgodnie z którą składanie w jednym postępowaniu ofert przez wykonawców pozostających w tej samej grupie kapitałowej jest na gruncie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp zakazane.”

- §2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia „jednoznacznie określa moment, w którym należy złożyć informacje i dokumenty dotyczące niezależnego przygotowania ofert, wskazując, iż jest to wraz z oświadczeniem w zakresie przynależności do grupy kapitałowej”

- „w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych (w tym oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej) Polska Press złożyła niepodpisany JEDZ, podpisane i niewypełnione oświadczenie

odnoszące się do art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz lakoniczną informację o tym, że z Sigma BIS S.A. wykonawcę łączy jedynie powiązania formalne. W informacji tej wskazano tylko, że ofertę przygotowano w ramach Oddziału w Krakowie, jak również, że spółka nie dysponuje „dokumentami bezpośrednio świadczącymi o niezależności przygotowania ofert, aczkolwiek jesteśmy gotowi przedstawić na żądanie dowolny materiał dowodowy, który może wykazać brak jakiejkolwiek komunikacji pomiędzy POLSKA PRESS sp. z o.o. a SIGMA BIS S.A. poprzedzającej złożenie oferty”. Tak ogólna informacja oraz brak złożenia jakichkolwiek dokumentów wskazujących na niezależność składanych ofert wskazuje, że wykonawca nie wykazał zgodnie z §2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, iż doszło do obalenia domniemania istnienia porozumienia pomiędzy członkami tej samej grupy kapitałowej. Powołane powyżej przepisy jednoznacznie wskazują, że inicjatywa i ciężar dowodu w tym obszarze leżą pod stronę wykonawców, którzy złożyli ofertę. Tymczasem Polska Press swoje wyjaśnienia sprowadziło do ogólnej informacji o tym, że oferta była przygotowywana w ramach oddziału, oraz że nie posiada dokumentów potwierdzających niezależność, ale „jest gotowa” przedstawić „dowolny materiał dowodowy” potwierdzający brak komunikacji pomiędzy tym wykonawcą a Sigma BIS S.A. Z powyższego wynika, że Polska Press jednoznacznie przyznała, że nie jest w stanie wykazać, że przygotowywała ofertę niezależnie, a enigmatyczna informacja o gotowości przedstawienia dalszych dokumentów nie mogła zostać uznana za wystarczającą w kontekście wykazania inicjatywy wykonawcy oraz wyjaśnienia samodzielności w przygotowaniu i złożeniu oferty. Za nieuzasadnione należy w tym stanie faktycznym uznać kolejne wezwania kierowane przez Zamawiającego do Polska Press służące uzupełnieniu informacji i dokumentów, które to powinny być złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wezwanie z dnia 16 sierpnia 2024 r. mimo, iż miało podstawę prawną w art. 128 ust. 4 Pzp to służyło uzupełnieniu dokumentów i informacji, na co bezpośrednio wskazuje jego treść: „do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów lub informacji, potwierdzających przygotowanie oferty niezależnie od Wykonawcy SIGMA BIS S.A.” Analogicznie w przypadku kolejnego wezwania z dnia 6 września 2024 r. - doprowadziło ono do uzupełnienia dokumentów i informacji wcześniej nieuwzględnionych przez Polska Press. Wyjaśnieniu może podlegać informacja i dokument, który został złożony - wyjaśnienia nie służą uzupełnieniu, a ustaleniu rzeczywistej treści złożonej informacji lub złożonego dokumentu. Wydaje się, że również sam Zamawiający ma tego świadomość, ponieważ w wezwaniu z dnia 16 sierpnia 2024 r. wskazał, że „Zwracam zarazem uwagę, że w przypadku gdy Wykonawca należy do grupy kapitałowej z innym uczestnikiem postępowania, dowody należało złożyć wraz z ww. oświadczeniem, co wprost wynika z jego treści.” Niezrozumiałe jest zatem kierowanie wezwania do wykonawcy, który zaniechał wykazania niezależności w przygotowaniu złożonej przez siebie oferty. Złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 sierpnia 2024 r. informacje i dokumenty również okazały się niewystarczające, bowiem Zamawiający w dniu 6 września 2024 r. po raz kolejny wezwał Polska Press do wyjaśnień i wykazania niezależności w złożeniu oferty. Biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności można wskazać, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z inicjatywą wykonawcy w celu wykazania, że przygotował swoją ofertę niezależnie od Sigma BIS S.A., a inicjatywą Zamawiającego, który dążył do uzupełnienia kolejnych dokumentów, które powinny być złożone na wcześniejszym etapie postępowania.

Nie może budzić wątpliwości fakt, że skoro wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania, że przygotował ofertę samodzielnie, to sankcją powinno być odrzucenie oferty na podstawie:

a.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp (wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp jako, że nie obalił domniemania istnienia porozumienia pomiędzy nim a innym wykonawcą należącym do tej samej grupy kapitałowej, który złożył ofertę w postępowaniu),

b.oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp (wykonawca nie przedstawił w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia oraz dokumentów potwierdzających niezależność w przygotowaniu oferty),

a nie kierowanie kolejnych wezwań w celu umożliwienia wykonawcy wykazania okoliczności związanych z samodzielnym przygotowaniem i złożeniem oferty.

ZARZUT DRUGI

Sprowadzał się do stwierdzenia, że w świetle powyżej przedstawionych argumentów : „W związku z tym, Odwołujący wnosi również o unieważnienie czynności wezwań w zakresie art. 128 ust. 4 Pzp, które doprowadziły do przywrócenia Polska Press terminu na złożenie informacji i dokumentów dotyczących złożenia oferty niezależnie od wykonawcy Sigma BIS S.A.” Tutaj odwołujący przytoczył orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej do art. 24 ust. 1 dawnej ustawy pzp wskazujące na ciężar dowodowy na członku grupy kapitałowej oraz moment składania dokumentów opisany rozporządzeniem jako chwilę składania oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej oraz brak możliwości uzupełniania tych dokumentów. Podkreślał, że „Wyjaśnieniu może podlegać informacja i dokument, który został złożony - wyjaśnienia nie służą uzupełnieniu, a ustaleniu rzeczywistej treści złożonej informacji lub złożonego dokumentu”.

DALEJ ODWOŁUJĄCY DOKONAŁ WŁASNEJ ANALIZY I OCENY ODPOWIEDZI UDZIELANYCH PRZYSTĘPUJĄCEGO NA WEZWANIA ZAMAWIAJĄCEGO.

Zaznaczał, że (podkreślenia własne izby):

- do odpowiedzi z 12 sierpnia 2024r. nie zostały dołączone jakiekolwiek dowody potwierdzające powołane przez Polska Press okoliczności; ofertę w postępowaniu złożyła spółka - Polska Press sp. z o.o. Oddział na gruncie polskiego prawa nie posiada osobowości prawnej; „Osoba, która podpisała ofertę i składała w postępowaniu dokumenty to Pan D.K., który pełnomocnictwo otrzymał od Polska Press sp. z o.o. - wskazane pełnomocnictwo dotyczy wprost postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, a zatem należy uznać za co najmniej wątpliwie, że spółka nie miała wiedzy o tym, że Oddział w Krakowie zamierza składać ofertę w postępowaniu. Co więcej, należy w tym kontekście również podkreślić, że zgodnie z częścią SOPZ dotyczącą reklamy i emisji w mediach wykonawca powinien uwzględnić w ofercie następujący zakres: (...) Z powyższego wynika, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi m.in. zakup powierzchni reklamowej w minimum 1 dzienniku regionalnym. Dzienniki regionalne ma jako wydawca Polska Press. To oznacza, że w celu dokonania wyceny i złożenia oferty w postępowaniu najprawdopodobniej Sigma BIS S.A. jako dom mediowy zwracała się do Polska Press o wycenę **(dop izby: na tę okoliczność przywołał opisany poniżej dowód – treść wyjaśnień RNC Sigma Bis S.A.)** Nie sposób zatem uznać, że Polska Pres sp. z o.o. jako wykonawca mógł nie wiedzieć wcześniej o zamiarze złożenia oferty przez Sigma BIS S.A. a informację o tym powziął dopiero po otwarciu ofert. „

- do wyjaśnień z dnia 23 sierpnia 2024 r.: „Polska Press wskazała, że nie można przedstawić dowodu negatywnego, a nawet zaznaczyła, że „Możemy przedłożyć całość zawartości skrzynek pocztowych i bilingów naszych pracowników, co po pierwsze jest bezcelowe, a po drugie nie będzie dowodem przesadzającym o np. braku osobistej rozmowy pracowników dwóch niezależnych spółek”. Jednocześnie Polska Press złożyła w odpowiedzi na ww. wezwanie bilingi i wyciąg ze skrzynki pocztowej Pani M.M. z potwierdzeniem braku kontaktów tej osoby z pracownikami SIGMA BIS S.A. Według wykonawcy wyłącznie ta osoba opracowywała ofertę co do ceny oraz składników ceny. Przede wszystkim Pani M.M. została wskazana w ofercie Polska Press sp. z o.o. jako „osoba do korespondencji”, a nie pełnomocnik upoważniony do składania oświadczeń woli lub wiedzy w imieniu wykonawcy. Oferta Polska Press została podpisana przez Pana D.K., który działał na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu przez spółkę konkretnie do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Trudno zatem uznać, że Pani M.M. mogła być jedynym pracownikiem opracowującym ofertę co do jej ceny, skoro oświadczenie woli w tym zakresie zostało złożone przez Pana D.K. działającego w imieniu Polska Press. Tym samym, już na tej podstawie dalsze dowody w tym bilingi i wyciąg ze skrzynki pocztowej należy uznać za dowody bezprzedmiotowe. Osobą do kontaktu pomiędzy Polska Press a Sigma BIS S.A. mógł być Pan D.K., a w tym obszarze wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów.

Abstrahując jednak od tego, dowody złożone przez Polska Press nie potwierdzają niezależności w przygotowaniu oferty pomiędzy Polska Press a SIGMA BIS S.A. Jak słusznie zauważył sam wykonawca w wyjaśnieniach tego typu dokumenty nie przesadzają o braku np. kontaktów osobistych. Co więcej, tego typu dowody nie wykluczają kontaktu z telefonów prywatnych czy skrzynek mailowych prywatnych, jak również nie potwierdzają okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. przygotowania oferty niezależnie od innego wykonawcy. Brak kontaktu przez jednego pracownika wykonawcy nie wyklucza kontaktów z innymi osobami z firmy, w szczególności, iż oferta w postępowaniu została złożona przez Pana D.K., a nie Panią Monikę Mrozowicz.

Nie sposób również pominąć, że do wyjaśnień Polska Press zostało dołączone oświadczenie Sigma BIS S.A., z którego wynika, że na prośbę Polska Press Sigma BIS S.A. udostępniła listę numerów telefonów komórkowych pracowników spółki „jako dowód świadczący o braku kontaktów Pracowników Sigma BIS S.A. z Panią M.”. To oznacza, że spółki ze sobą współpracują, skoro Sigma BIS S.A. udostępniła Polska Press tego typu informacje. Warto wskazać, że Sigma BIS S.A. sama wezwana do wyjaśnień przez Zamawiającego odpowiedzi nie udzieliła tylko udostępniła popisaną przez zarząd oświadczenie dla spółki ze swojej grupy kapitałowej. Dołączona do informacji Sigma BIS S.A. lista telefonów komórkowych nie jest weryfikowalna - w tabeli są wskazane same numery, jak również nie jest wiadome czy jest to lista kompleta. Ponadto, złożone dowody w połączeniu z bilingami i wyciągiem ze skrzynki pocztowej, mogą potwierdzać wyłącznie, że Sigma BIS S.A. nie kontaktowała się z Panią M., a nie z innymi pracownikami Polska Press.

Okoliczność, iż złożone dotychczas wyjaśnienia i dokumenty nie były wystarczające wynika również z faktu, że Zamawiający wystosował do Polska Press kolejne wezwanie do wyjaśnień (z dnia 6 września 2024 r.), w którym nawet wskazał przykładowe dokumenty, jakie może złożyć wykonawca.

- do wyjaśnień z dnia 12 września 2024 r. „W wezwaniu z dnia 6 września 2024 r. Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień „(...) czy pozostając w ramach tej samej grupy kapitałowej Wykonawcy Sigma BIS S.A. i Polska Press sp. z o.o. dysponują samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach (co w szczególności może wynikać z dokumentów wewnętrznych np. procedury lub standardy lub umowy, które gwarantują zarówno niezależność, jak poufność przy opracowaniu ofert przez

przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej)". Wyjaśnienia Polska Press z dnia 12 września 2024 r. stanowiły odpowiedź na trzecie wezwanie Zamawiającego (drugie do udzielenia wyjaśnień), a wykonawca ogólnie oświadczył, że „dysponuje samodzielnością” oraz ograniczył się do zacytowania kilku fragmentów „Polityki Zgodności z Prawem Ochrony Konkurencji” sprowadzających się do wskazania, że pracownicy grupy ORLEN mają zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Tak ogólnie udzielona odpowiedź powinna być uznana za niewystarczającą. Dołączone do wyjaśnień dokumenty stanowią zbiór zasad dla pracowników grupy ORLEN - nie odnoszą się do samodzielności organizacyjnej spółek w ramach grupy. Co więcej, w §4 „Polityki Zgodności z Prawem Ochrony Konkurencji”, na który powołuje się Polska Press w udzielonej Zamawiającemu odpowiedzi z dnia 12 września 2024 r. wskazano, że: „przepisy prawa określają zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, tj. podejmowania przez co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców jakichkolwiek uzgodnień, w jakiegokolwiek formie których celem lub skutkiem jest eliminowanie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji na rynku właściwym” (§4 ust. 2 zd. 1). Z zacytowanego fragmentu wynika, że dotyczy on porozumień zawieranych przez dwóch niezależnych przedsiębiorców, a w przypadku podmiotów działających w ramach tej samej grupy kapitałowej mamy do czynienia z jedną organizacją - podmioty w ramach grupy kapitałowej nie stanowią konkurencji. W §4 ust. 5 ww. dokumentu stwierdzono, że spod zakazu zawierania porozumień wyłączone są porozumienia zawierane pomiędzy członkami grupy kapitałowej: 5. Spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję wyłączone są porozumienia ograniczające konkurencję zawierane pomiędzy spółkami GK ORLEN tak długo, jak spółki GK ORLEN będą tworzyły jeden organizm gospodarczy. Nie należy natomiast domniemywać istnienia jednolitego organizmu gospodarczego w przypadku joint — venture czy też konsorcjum (zwłaszcza w zakresie oceny zachowań podmiotów w toku postępowań przetargowych). Należy też pamiętać, że relacje w ramach grupy kapitałowej mogą podlegać ograniczeniom na podstawie odrębnych ustaw, w szczególności na podstawie przepisów ustawy - Prawo energetyczne, w tym przepisów ustanawiających szczególne zasady dotyczące zasad postępowania operatorów systemu przesyłowego lub połączonego oraz operatorów systemu dystrybucyjnego względem przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się produkcją, wytwarzaniem lub obrotem paliwami gazowymi albo wytwarzaniem lub obrotem energią elektryczną (zasada tzw. unbundlingu).

Jeszcze raz należy podkreślić, że zbiór zasad ujętych w złożonej wraz z wyjaśnieniami polityce nie przesądza o niezależności i samodzielnym przygotowaniu ofert w tym konkretnym postępowaniu. W złożonej polityce znajduje się również zakaz stosowania cen rażąco niskich (por. część A pkt 1 tiret 1), jednak to nie oznacza, że rzeczony dokument stanowi koronny dowód braku zaniżenia cen w przypadku wezwania wykonawcy należącego do grupy kapitałowej ORLEN do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.”

I zawarł podsumowanie: „Z żadnego z dowodów ani wyjaśnień nie wynika, że Polska Press oraz Sigma BIS S.A. nawet w ramach grupy kapitałowej są od siebie niezależne. Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.”

Strony i uczestnik powoływały się na dokumenty postępowania, SWZ, oferty, korespondencje pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, w tym w szczególności podmiotowe środki dowodowe. Odwołujący nie przedłożył żadnych dodatkowych dowodów, w tym na istnienie porozumienia zakłócającego konkurencję. Przywołał na rozprawie znajdujący się w dokumentach postępowania w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Sigma Bis S.A. w zakresie Potwierdzenia stawki emisji w Dziennikach Regionalnych email od biura centrali Polska Press p. Młyńskiej do Sigma Bis S.A. z ofertą złożoną przez biuro centrali Polska Press w Warszawie na potwierdzenie współpracy. Email zawierał informację o wycenie publikacji w Gazecie Krakowskiej i Dzienniku Polskim i kierowany był do czterech nie zidentyfikowanych osób oraz adnotację „Uwaga: ta wiadomość pochodzi spoza GK ORLEN. Proszę uważać na załączone pliki oraz linki.” – W ocenie izby potwierdzał, że Sigma Bis S.A zwróciła się o ofertę w opisanym zakresie do centrali Polska Press i ją otrzymała.

Izba ustaliła, że:

1. zgodnie z SWZ przedmiot zamówienia obejmował usługę polegającą na przygotowaniu i przeprowadzeniu kampanii informacyjno-promocyjnej Małopolskiego Systemu Informacji Medycznej (MSIM) tj. usługi polegającej na opracowaniu koncepcji kreatywnej, przygotowaniu elementów kampanii oraz publikacji i emisji w mediach z prawem opcji w zakresie produkcji i emisji filmu wideo; usługa przeprowadzana winna być w sposób zintegrowany, to jest równocześnie na wszystkich wskazanych w SOPZ nośnikach; i realizowana jest w dwóch etapach: „I. Pierwszy etap: Przygotowanie kampanii informacyjno-promocyjnej Platformy MSIM, obejmujący następujące elementy: 1) przygotowanie koncepcji kreatywnej, 2) prace projektowe i produkcyjne - stworzenie wszystkich projektów i materiałów na potrzeby kampanii, to jest: a) spot radiowy do 30 sek., b) ulotki, broszury, plakat wraz z drukiem i dostarczeniem pod 40 adresów na terenie Małopolski, c) artykuły sponsorowane (min. 3 szt.), d) baner internetowy (min. 1 szt.) statyczny /animowany. (...) II. Drugi etap: Realizacja kampanii informacyjno-promocyjnej Platformy MSIM, w tym zakup mediów, obejmujący następujący elementy: 1) przeprowadzenie kampanii w mediach oraz dystrybucja do wyznaczonych miejsc, 2) sporządzenie raportu z kampanii.”;

2. Postępowanie prowadzone było z zastosowaniem procedury odwróconej w oparciu o art. 139 Pzp;
3. Zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej: „Powyższy warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przeprowadził: ☐ co najmniej jedną kampanię informacyjno-promocyjną w prasie i/lub w internecie i/lub radio - o całkowitej wartości min. 250 000 zł brutto oraz ☐ co najmniej trzy kampanie informacyjno-promocyjne produktów lub usług medycznych. „
4. Zamawiający oczekiwał złożenia podmiotowych środków dowodowych w tym w szczególności na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, dotyczącego zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, tj. **„oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej** w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1689), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 6 do SWZ., z tym, że wobec stosowania procedury odwróconej wskazał, że: „Z uwagi na zastosowanie w niniejszym postępowaniu przepisów, o których mowa w art. 139 ustawy, wykonawcy nie są obowiązani do złożenia wraz z ofertą oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na formularzu jednolitego dokumentu, ponieważ Zamawiający przewiduje możliwość żądania tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.”
5. Zamawiający przewidział szereg kryteriów oceny ofert, w tym:
- a. Cena brutto oferty – waga 60
 - b. Publikacja i emisja w mediach – waga łącznie 32 w tym
 - Reklama w rozgłośni radiowej – waga 8
 - Reklama prasowa (artykuły sponsorowane + reklama prasowa wizerunkowa) – waga 10
 - Reklama w internecie – waga 6
 - Artykuły sponsorowane we wszystkich serwisach internetowych zaproponowanych przez Wykonawcę – waga 8
 - c. Dodruk ulotek i broszur- waga łącznie 6 w tym
 - Dodruk Ulotki – waga 3
 - dodruk Broszury – waga 3
 - d. Banner animowany, dynamiczny – waga 2

Dalej izba ustaliła, że:

6. W Postępowaniu oferty złożyło 9 wykonawców:

- 1) ubiegający się wspólnie: **SIGMA BIS S.A i MUFU sp. z o.o. sp.k. z ceną 317 586,00 zł (pierwotnie plasujący się na 6 miejscu)**
- 2) Aplan Media sp. z o.o. z ceną 303 559,31 zł
- 3) Five Media sp. z o.o. z ceną 322 979,53 zł
- 4) Euvic Media sp. z o.o. z ceną 298 978,43 zł
- 5) Fabryka Marketingu sp. z o.o. z ceną 349 011,00 zł
- 6) Agencja Reklamowa DSK sp. z o.o. z ceną 251 696,33 zł
- 7) **Polska Press z ceną 270 593,85 zł (pierwotnie plasujący się na 2 miejscu)**
- 8) 38PR & Content Communications p. z o.o. z ceną 427 134,11 zł
- 9) Luxury Care & Mores p. z o.o. z ceną 281 425,09 zł

7. Ceny ofertowe oraz ceny jednostkowe poszczególnych oferentów, w tym w szczególności SIGMA BIS S.A. i MUFU sp. z o.o. sp.k. oraz Polska Press były zróżnicowane (niższe lub wyższe w ramach pozycji) (plik excel porównanie ofert, plik excel ranking ofert);
8. Oferty 1,2,3,4,6,7 były niższe od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT o więcej niż 30 % (oferty, plik excel rażąco niska cena);
9. Po odrzuceniu ofert SIGMA BIS S.A. i MUFU sp. z o.o. sp.k. oraz Agencja Reklamowa DSK sp. z o.o. oferta Polska Press uplasowała się na pierwszej pozycji;

Izba ustaliła bezsporną okoliczność że:

10. SIGMA BIS S.A. oraz Polska Press należą do grupy kapitałowej spółek zależnych od ORLEN S.A.
11. Właścicielem 100 % udziałów w Polska Press jest ORLEN S.A.(KRS);
12. Pomiędzy SIGMA BIS S.A. i Polska Press brak jest powiązań osobowych i kapitałowych (KRS);
13. Siedziby i adresy obu spółek z grupy kapitałowej mieszczą się w Warszawie pod różnymi adresami (KRS);
14. Polska Press prowadzi działalność poprzez zarejestrowane w KRS oddziały (16 dla każdego województwa) (KRS), spółka funkcjonuje i jest zarządzana w systemie oddziałowym, każdy ma odrębnych klientów i swoją działalność (KRS i dodatkowo wyjaśnienia przystępującego niekwestionowane przez strony);

Izba ustaliła też, że:

15. zamawiający 5 sierpnia 2024 r. wezwał Polska Press do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wymienionych w rozdz. XII ust. 2 SWZ, w tym między innymi do złożenia: „oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1689), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 6 do SWZ.” oraz pouczył, że: „na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 li. c) ustawy odrzuci Państwa ofertę w przypadku niezłożenia wszystkich wymaganych dokumentów w wyznaczonym terminie.”

Jako podstawę wezwania wskazano art. 126 ust. 1 Pzp

(dalej jako wezwanie do złożenia)

16. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia Polska Press złożyła plik – Grupa kapitałowa – wyjaśnienia tj. pismo datowane na 12 sierpnia 2024 r. którym poinformowała, że: „w związku z oświadczeniem o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z wykonawcą SIGMA BIS S.A., wyjaśniam, że POLSKA PRESS sp. z o.o. i SIGMA BIS S.A. poza przynależnością do grupy kapitałowej (własność udziałów i akcji ORLEN S.A.) nie łączą żadne powiązania personalne lub organizacyjne, które można by łączyć ze złożoną Państwu ofertą. Świadczy o tym najlepiej różnica oferowanych cen. POLSKA PRESS sp. z o.o. jest wydawcą prasy, a SIGMA BIS S.A. domem mediowym, siedzibą obu spółek jest Warszawa, ale należy zwrócić uwagę, że ofertę złożono w zakresie działalności Makroregionu Południe (Oddział w Krakowie), więc o tym, że SIGMA BIS S.A. złożyła ofertę do tego samego przetargu dowiedzieliśmy się z informacji po otwarciu ofert. Nie dysponujemy dokumentami bezpośrednio świadczącymi o niezależności przygotowania ofert, aczkolwiek jesteśmy gotowi przedstawić na żądanie dowolny materiał dowodowy, który może wykazać brak jakiegokolwiek komunikacji pomiędzy POLSKA PRESS sp. z o.o. a SIGMA BIS S.A. poprzedzającej złożenie ofert.”

Polska Press nie załączyła w odpowiedzi na wezwanie do złożenia innych dokumentów odnoszących się do powiązań kapitałowych oprócz oświadczenia na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ w przedmiocie przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, w którym nie wykreślono oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej;

17. zamawiający 16 sierpnia 2024r. wezwał Polska Press do „uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień” w tym wezwał do „**złożenia prawidłowego oświadczenia Wykonawcy o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy.** Oświadczenie złożone przez Państwa 13 sierpnia 2024 r. za pośrednictwem strony prowadzonego postępowania, podpisane jest prawidłowo przez Pana D.K. – Prezesa Makroregionu Południe na podstawie udzielonego pełnomocnictwa. Jednak w treści dokumentu nie dokonano wyboru pomiędzy alternatywnymi oświadczeniami o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej” a także do: „**złożenia wyjaśnień oraz dokumentów lub informacji, potwierdzających przygotowanie oferty niezależnie od Wykonawcy SIGMA BIS S.A.,** który również złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, a który jest członkiem tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W złożonym dokumencie pn. „Grupa_kapitałowa-wyjaśnienie sig” widnieje deklaracja, iż jesteście Państwo „gotowi przedstawić na żądanie dowolny materiał dowodowy, który może wykazać brak jakiegokolwiek komunikacji pomiędzy POLSKA PRESS sp. z o.o. a SIGMA BIS S.A. poprzedzającej złożenie ofert.” Zwracam zarazem uwagę, że w przypadku gdy Wykonawca należy do grupy kapitałowej z innym uczestnikiem postępowania, dowody należało złożyć wraz z ww. oświadczeniem, co wprost wynika z jego treści” .

W wezwaniu zamawiający przypominał o konsekwencji wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy tj. odrzuceniu oferty wykonawcy, „który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust.1 lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”

Jako podstawę wezwania wskazano art. 128 ust. 4 Pzp
(dalej jako wezwanie z 16 sierpnia 2024r.)

18.w odpowiedzi na wezwanie z 16 sierpnia 2024 r. Polska Press złożyła prawidłowe oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej oraz pismo, w którym wyjaśniła, że: „że nasza deklaracja przedłożenia dowolnego materiału dowodowego oznacza, że na żądanie możemy każdy, możliwy dowód przedstawić. Dowód dotyczy okoliczności faktycznej, która miała miejsce, a nie takiej, która się nie wydarzyła. Nie mam możliwości dowodzenia, a zawłaszczając dokumentami, że nie przygotowaliśmy oferty w porozumieniu z innym oferentem. Okoliczności negatywne i zaprzeczenia nie mają, co do zasady, dowodów. Możemy przedłożyć całość zawartości skrzynek pocztowych i bilingów naszych pracowników, co po pierwsze jest bezcelowe, a po drugie nie będzie dowodem przesądzającym o np. braku osobistej rozmowy pracowników dwóch niezależnych spółek.

W załączniku przedkładamy wyciąg ze skrzynki mailowej i biling z telefonu służbowego M.M. za okres poprzedzający złożenie oferty. Oświadczam, że Pani M.M. była jedynym pracownikiem Polska Press sp. z o.o. opracowującym ofertę co do jej ceny i składników ceny.”

Do pisma załączono:

- aktualne KRS SIGMA BIS S.A. i Polska Press, wykazujące brak powiązań osobowych pomiędzy spółkami,
- Raport ze skrzynki firmowej email p. M.M.potwierdzający brak korespondencji z tej skrzynki na adresy email @sigma-media.pl,
- pismo SIGMA BIS S.A. z 23 sierpnia 2024 r. o treści: „Działając w imieniu i na rzecz spółki Sigma BIS S.A. : siedzibą w Warszawie, ul. Bielańska 12, 00-085 Warszawa, wpisanej do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000534906, ustosunkowując się do Pana prośby otrzymanej w formie wiadomości mailowej z dnia 22 sierpnia 2024 r., w załączniku do niniejszego pisma, przekazujemy listę numerów telefonów pracowników Sigma BIS S.A., tylko i wyłącznie w celu przedłożenia ich Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Małopolskiego, jako dowód świadczący o braku kontaktów Pracowników Sigma BIS S.A. z Panią.M.”
- listę numerów telefonów pracowników SIGMA BIS S.A.
- Billing telefoniczny telefonu służbowego p. M.M. za okres poprzedzający złożenie oferty od 1 lipca do 31 lipca 2024r., potwierdzający brak kontaktowania się z osobami z listy pracowników SIGMA BIS S.A.

19.zamawiający 6 września 2024 r. wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie dostarczonych dokumentów wskazując, że: „W wyniku wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie przygotowania oferty niezależnie od Wykonawcy Sigma BIS S.A., z którym Wykonawca Polska Press sp. z o.o. pozostaje w tej samej grupie kapitałowej, w dniu 23 sierpnia 2024 r. zostały złożone dokumenty na potwierdzenie braku kontaktów pomiędzy Wykonawcami w okresie poprzedzającym złożenie oferty w niniejszym postępowaniu. W nawiązaniu do ww. dokumentów Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, czy pozostając w ramach tej samej grupy kapitałowej Wykonawcy Sigma BIS S.A. i Polska Press sp. z o.o. dysponują samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach (co w szczególności może wynikać z dokumentów wewnętrznych np. procedury lub standardy lub umowy, które gwarantują zarówno niezależność, jak poufność przy opracowaniu ofert przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej).”

Jako podstawę wezwania wskazano art. 128 ust. 4 Pzp
(dalej jako wezwanie z 6 września 2024r.)

20.w odpowiedzi na wezwanie z 6 września 2024r. Polska Press wyjaśniła, że: „ W odpowiedzi na pismo z dnia 6 września 2024, wyjaśniamy, że pozostając w ramach tej samej grupy kapitałowej Polska Press sp. z o.o. i Sigma BIS S.A. dysponujemy samodzielnością w prowadzeniu naszej polityki handlowej i działalności gospodarczej, we wszystkich działaniach, w tym w zakresie udziału w przetargach.

21.Dokumenty wewnętrzne Grupy Kapitałowej Orlen gwarantują zarówno niezależność, jak poufność przy opracowaniu ofert przez przedsiębiorców, w tym przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej.

22. Na podstawie Uchwały Zarządu nr 99/23 z 15.11.2023 r. wprowadzono do stosowania Standard Organizacyjny „Polityka Zgodności z Prawem Ochrony Konkurencji”. W § 4. wskazano : "Pracownikom Spółki GK ORLEN Osobom Zarządzającym zabrania się zawierania porozumień ograniczających konkurencję" "Zakaz obejmuje porozumienia ograniczające konkurencję polegające, w szczególności, na: - ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów, - ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu towarów oraz postępu technicznego lub inwestycji, - podziale rynków zbytu lub zakupu, - stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, - uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy, - ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, - uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny." - **uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu** lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem **przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny**. Zmowy przetargowe uznawane są za jedno z najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji. Ubiegając się o udzielenie zamówienia lub organizując przetarg, Pracownicy i Osoby Zarządzające muszą przestrzegać obowiązujących przepisów nie tylko w zakresie postępowań przetargowych, ale także prawa konkurencji. Przedsiębiorcy uczestniczący w przetargu nie mogą (bezpośrednio lub pośrednio), w szczególności: - uzgadniać warunków składanych ofert, - uzgadniać sposobu uczestniczenia w przetargach (np. przydział przetargów, zobowiązanie do nieuczestniczenia, złożenia ofert pozornych/podkładowych, wycofania ofert, nieuzupełnienia braków formalnych), - przekazywać, ujawniać, pozyskiwać lub wymieniać się informacjami dotyczącymi ofert przetargowych. 10 Ponadto, organizatorom przetargów, jak i uczestnikom, we wzajemnych relacjach, w szczególności, nie wolno: - dokonywać ustaleń dotyczących procedur przetargowych, - uzgadniać z przedsiębiorcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia parametrów zamówienia, kryteriów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, elementów istotnych, innych parametrów, w szczególności skutkujących ograniczeniem kręgu możliwych oferentów, - uzgadniać wyboru oferty konkretnego przedsiębiorcy, - uzgadniać treści ofert składanych przez uczestników, - uzgadniać przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zasady prawa konkurencji stosuje się zarówno do przetargów publicznych, jak i prywatnych."

Wraz z pismem przystępujący przesłał zamawiającemu:

- uchwałę numer 99/23 zarządu Polska Press przyjmującą do stosowania „Standard Polityki zgodności z prawem Ochrony Konkurencji” obowiązujący spółki bezpośrednio i pośrednio zależne od Orlen SA stanowiący załącznik do uchwały,
- wyciąg załącznika do ww. uchwały t.j. par 4 „Zasady ochrony konkurencji. Zachowania niedozwolone zagrożone karą pieniężną”

23. Zamawiający 16 września 2024 r. uznając wyjaśnienia za wystarczające dokonał oceny ofert i wybrał ofertę Polska Press jako najkorzystniejszą.

24. Zamawiający do uzupełnień i wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych oraz przynależności do grupy kapitałowej Orlen S.A. wzywał również konsorcjum SIGMA BIS S.A. i Mufu sp. z o.o. sp k.

Dalej izba ustaliła, że:

25. Komisja przetargowa i w konsekwencji zamawiający stwierdził, że „Z analizy złożonych przez wykonawcę w dniach 23 sierpnia i 12 września br. wyjaśnień i dokumentów komisja stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania, iż doszło do naruszenia uczciwej konkurencji w trakcie przygotowywania ofert postępowaniu ze względu na pozostawanie w jednej grupie kapitałowej przez wykonawców Polska Press sp. z o.o. i Sigma Bis S.A.” (protokół z oceny ofert);

26. Zamawiający 16 września 2024 r. uznając wyjaśnienia za wystarczające dokonał oceny ofert i wybrał ofertę Polska Press jako najkorzystniejszą, odrzucając jednocześnie ofertę konsorcjum SIGMA BIS S.A. i MUFU sp. z o.o. sp.k. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Ustawy wobec tego, że: „Wykonawca nie złożył w ofercie pełnomocnictwa członka konsorcjum firmy MUFU sp. z o.o. sp. k. dla lidera konsorcjum firmy SIGMA BIS S.A. do reprezentowania go w postępowaniu, w szczególności do złożenia oferty w jego imieniu. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca w dniu 8.08.2024 r. złożył pełnomocnictwo, które jest nieprawidłowe. Dokument został opatrzony datą 7.08.2024 r., nie był więc ważny na dzień składania oferty, ponadto dokument został nieprawidłowo podpisany

(wynik weryfikacji jest negatywny i zawiera komunikat, że podpis zawiera niepoprawne, nierozpoznane, uszkodzone lub podejrzane dane)."

W ocenie izby dla wydania orzeczenia relewantną była treść wezwań zamawiającego (wezwanie do złożenia, wezwanie z dnia 16 sierpnia 2024 r. i wezwanie z dnia 6 września 2024 r.) oraz udzielonych na nie przez przystępującego odpowiedzi.

Uwzględniając stan faktyczny sprawy w ocenie izby zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 128 ust. 4 Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Wskazać należy, że zgodnie z art. art. 128 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Stosownie zaś do treści art. 128 ust. 4 Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Z powyższego przepisu wprost wynika, że wyjaśnienia mogą dotyczyć tylko kwestii dotyczących informacji zawartych w podmiotowych środkach dowodowych lub złożonego już oświadczenia. Natomiast nowe wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie było w treści dokumentu wyjaśnianego stanowią uzupełnienie treści, a nie wyjaśnienie.

Izba uznała, że przystępujący składając podmiotowy środek dowodowy określony w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sposób lakoniczny i gołosłowny wskazał na okoliczności w jego opinii potwierdzające, że przygotował ofertę w sposób niezależny od spółki Sigma BIS S.A. należącej do tej samej grupy kapitałowej. Nie mniej jednak Izba uznała, mając na względzie treść art. 7 pkt 17 Pzp zawierającą definicję podmiotowych środków dowodowych, że dokumenty lub informacje potwierdzające przygotowanie oferty niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy taki podmiotowy środek dowodowy stanowią, a więc mają do nich zastosowanie przepisy art. 128 ust. 1 oraz 4 Pzp. Jednakże, uwzględniając poczynione wyżej ustalenia faktyczne Izba uznała, że czynność Zamawiającego z dnia 6 września 2024 r. dokonana w trybie art. 128 ust. 4 Pzp była czynnością zmierzającą do obejścia zakazu jednokrotności wezwania wynikająca z art. 128 ust. 1 Pzp. Zamawiający kierując do przystępującego wezwanie z dnia 6 września 2024 r. pomimo wskazania w podstawie art. 128 ust. 4 Pzp nie dążył do wyjaśnienia kwestii wynikających ze złożonych przez przystępującego pism w dniu 12 i 23 sierpnia 2024 r., a odnosił się do zupełnie nowej okoliczności, tj. „do wyjaśnienia, czy pozostając w ramach tej samej grupy kapitałowej Wykonawcy Sigma BIS S.A. i Polska Press sp. z o.o. dysponują samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach (co w szczególności może wynikać z dokumentów wewnętrznych np. procedury lub standardy lub umowy, które gwarantują zarówno niezależność, jak poufność przy opracowaniu ofert przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej)”. Odpowiadając na powyższe wezwanie, przystępujący podał nowe informacje, a ponadto przedłożył nieznane wcześniej zamawiającemu dokumenty, w żaden sposób nie odnoszące się do okoliczności wskazywanych wcześniej w wyjaśnieniach.

Podkreślić natomiast należy, że wyjaśnienia podające nową treść, której w ogóle nie było w dokumencie wyjaśnianym stanowią uzupełnienie treści, a nie wyjaśnienie. Jak słusznie wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2024 r., KIO 277/24: „dodanie treści/złożenie nowego dokumentu jest czynnością zupełnie odmienną od złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienie (tłumaczenie) jest jedną z odmian rozumowania, jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla danej treści, czyni coś zrozumiałym. Wyjaśnienia, w przeciwieństwie do uzupełnienia czy też poprawienia, mają na celu ustalenie rzeczywistej treści dokumentu czy też oświadczenia. Wyjaśnianie treści oferty polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest, jak wykonawca postanowił w treści”, a nie na przedłożeniu nowych dokumentów o nowej treści. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu.”.

W konsekwencji powyższych ustaleń izba uznała, że zamawiający w sposób nieuprawniony i naruszający zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, a także zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wzywał przystępującego do wykazania, że Polska Press oraz Sigma BIS S.A. nawet w ramach grupy kapitałowej są od siebie niezależne.

W związku z powyższym izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp.

Podkreślić również należy, że to w wyniku działań zamawiającego przystępujący podejmował działania odpowiadające treści wezwań. Przystępujący samodzielnie, nie złożył jakiegokolwiek dokumentu, nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej mającej na celu wykazanie, że nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zauważyć natomiast należy, że przystępujący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, powinien mieć świadomość, jakie konsekwencje wiążą się z nieudzieleniem precyzyjnych i wyczerpujących wyjaśnień w wymaganym

zakresie, a wszelkie zaniechania w tym zakresie obciążać będą tylko i wyłącznie tego wykonawcę. Podkreślić należy, że nie jest natomiast zadaniem zamawiającego wykazywanie za wykonawcę i podejmowanie działań zmierzających do wykazania, że przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W konsekwencji izba uznała, że przystępujący nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu, a więc zasadny okazał się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i c Pzp w zw. z art. 108 ust 1 pkt 5 Pzp w zw. z §2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku w oparciu o art. 575 i art. 574 Ustawy oraz § 7 ust. 1 pkt. 1 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....