Sygn. akt: KIO 3927/24
KIO 3928/24
KIO 3929/24

WYROK

Warszawa, 18 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Monika Kawa-Ogorzałek
Beata Konik
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. 23 października 2024 r. przez odwołującego: WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Miłowie (KIO 3927/24),

B. 23 października 2024 r. przez odwołującego: WODKAN-GRZENKOWICZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kartuzach (KIO 3928/24),

C. 23 października 2024 r. przez odwołującego: B.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Lądowego B.S., ul. Starodworcowa 26C, 81-575 Gdynia (KIO 3929/24)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg i Zieleni z siedzibą w Gdyni
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3927/24 i KIO 3928/24: B.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Lądowego B.S., ul. Starodworcowa 26C,
81-575 Gdynia

orzeka:

1. Uwzględnia:
   1.1 odwołanie o sygn. akt KIO 3929/24 w całości,
   1.2 odwołanie o sygn. akt KIO 3927/24 w zakresie zarzutu nr IV,
   1.3 odwołanie o sygn. akt KIO 3928/24 w zakresie zarzutu nr 7,

   i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części III i IV.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołania o sygn. akt KIO 3927/24 i KIO 3928/24.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3927/24 obciąża odwołującego: wykonawcę WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Miłowie i:
   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
   3.2 zasądza od odwołującego WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Miłowie na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego;
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3928/24 obciąża odwołującego: wykonawcę WODKAN-GRZENKOWICZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kartuzach i:
   4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
   4.2 zasądza od odwołującego WODKAN-GRZENKOWICZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kartuzach na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego;
5. Kosztami postępowania w sprawie KIO 3929/24 obciąża zamawiającego i:
   5.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego B.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Lądowego B.S., ul. Starodworcowa 26C, 81-575 Gdynia tytułem wpisu od

odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

5.2zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego B.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Lądowego B.S., ul. Starodworcowa 26C, 81-575 Gdynia kwotę

13 600 zł 00 gr (trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący …….....

…….....

…….....

Sygn. akt: KIO 3927/24
KIO 3928/24
KIO 3929/24

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Dróg i Zieleni z siedzibą w Gdyni (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Roboty budowlane polegające na wykonywaniu napraw i remontów, modernizacji, przebudowy i budowy kanalizacji deszczowej oraz innych obiektów służących gospodarce wodami opadowymi
w czterech rejonach” (Numer referencyjny: EZP.271.36.2024), zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 31 lipca 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00439884.

KIO 3927/24

23 października 2024 r. wykonawca WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Miłowie, (dalej: Odwołujący Wobet), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I.w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego na realizację Części I Zamówienia oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego na realizację Części IV Zamówienia – naruszenie:
a.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 4 pkt 1 i pkt 14 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331 z późn. zm. – zwaną dalej Uokik),
b.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1, art. 6, art. 15 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 Nr 47, poz. 211 z późn. zm. – zwaną danej Uznk),
c.art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp,
d.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp;

II.w odniesieniu do czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie Części I oraz Części IV Zamówienia – naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 4 pkt 1 i pkt 14 Uokik oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;

III.w odniesieniu do czynności unieważnienia postępowania w zakresie Części I – naruszenie art. 255 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy oferta Odwołującego złożona na Część I nie podlegała odrzuceniu;

IV.w odniesieniu do czynności unieważnienia postępowania w zakresie Części IV – naruszenie art. 255 pkt 3 w związku z art. 222 ust. 4 Pzp oraz art. 266 Pzp przez unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy Zamawiający nie wykazał, że cena
oferty Odwołującego na Część IV Zamówienia przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia (w szczególności,

że Zamawiający nie podał po otwarciu ofert łącznej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia w zakresie Części IV), ani tym bardziej Zamawiający nie wskazał, że nie może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia odrzucenia ofert Odwołującego na realizację Części I Zamówienia oraz na realizację Części IV Zamówienia;
2. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie Części I Zamówienia oraz Części IV Zamówienia;
3. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Części I Zamówienia oraz Części IV Zamówienia.

KIO 3928/24

23 października 2024 r. wykonawca WODKAN-GRZENKOWICZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kartuzach (dalej: Odwołujący Wodkan), wniósł odwołanie
i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp oraz art. 108 ust. 1

pkt 5 Pzp polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu i wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na przyjęcie, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego

w błąd, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, że Zamawiający poczynił nieprawidłowe ustalenia w zakresie powiązań między Odwołującym a innym wykonawcą biorącym udział w postępowaniu oraz rzekomego zakłócenia konkurencji w niniejszym postępowaniu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp polegające

na ich niewłaściwym zastosowaniu i stwierdzeniu wystąpienia podstawy

do wykluczenia Odwołującego z postępowania, podczas gdy z okoliczności faktycznych w żaden sposób nie wynika, aby Odwołujący zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 – dalej jako: Uznk) w zw. z art. 6 Uznk w zw. z art. 15 ust. 1 Uznk polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu

i stwierdzeniu, że Odwołujący działał w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy z okoliczności faktycznych w żaden sposób nie wynika, aby Odwołujący naruszył jakikolwiek przepis prawa lub dobre obyczaje, wprowadzał w błąd

co do tożsamości z innym przedsiębiorstwem oraz utrudniał innym przedsiębiorcom dostęp do rynku;

4. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp polegające na jego niewłaściwym zastosowaniu i stwierdzeniu, że oferty Odwołującego są niezgodne z przepisami ustawy, podczas gdy w istocie

w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia jakiegokolwiek przepisu Pzp, ani innych ustaw;

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 9 Pzp polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu i stwierdzeniu, że Odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy przedstawione przez Odwołującego informacje wyjaśniały zarówno sytuację prawną Odwołującego, jak i prawidłowość złożonych przez niego w niniejszym postępowaniu ofert, a zatem nie zawierały informacji nieprawdziwych;
6. art. 255 pkt 2 Pzp polegające na jego zastosowaniu i unieważnieniu postępowania

w zakresie jego części II, mimo że jedyna oferta złożona w tej części nie powinna podlegać odrzuceniu;

7. art. 255 pkt 3 Pzp polegające na jego zastosowaniu i unieważnieniu postępowania

w zakresie jego części III, mimo że informacja Zamawiającego o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie odpowiada wymogom z art. 222 ust. 4 Pzp, gdyż nie obejmuje wydatków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć w latach kalendarzowych 2025 oraz 2026, mimo że zamówienia są przewidziane do udzielenia na okres 24 miesięcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części II;
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części III;
3. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu

w zakresie części II;

4. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu

w zakresie części III;

5.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w zakresie części II postępowania;
6.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w zakresie części III postępowania;
7.powtórzenie czynności oceny oferty Odwołującego złożonej w zakresie części II postępowania i jej wybór, jako najkorzystniejszej;
8.powtórzenie czynności oceny oferty Odwołującego złożonej w zakresie części III postępowania i jej wybór, jako najkorzystniejszej.

KIO 3929/24

23 października 2024 r. wykonawca B.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Lądowego B.S.,
ul. Starodworcowa 26C, 81-575 Gdynia (dalej: O.S.), wniósł odwołanie
i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 255 pkt 3 i art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez niezgodne z przepisami ustawy oraz zasadami prowadzenia postępowania, wymagającymi zachowania w nim uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części III i IV, choć nie nastąpiły przesłanki do takiego unieważnienia,
co w konsekwencji spowodowało zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego złożonej dla części III i IV tego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części III i IV zamówienia oraz kontynuowania postępowania w zakresie części III i IV zgodnie
z procedurą opisaną w ustawie Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów odwołań w zakresie dotyczącym niezasadnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp wszyscy odwołujący wskazali jako istotną okoliczność, fakt niepodania przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający podał jedynie kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia do końca roku 2024 – 100 000 zł w równych częściach na wszystkie cztery części zamówienia. W konsekwencji Zamawiający porównywał oferty o cenach przekraczających 3 000 000 zł z kwotą 25 000 zł, a to skutkowało jego decyzją o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.
W uzasadnieniu zarzutów dotyczących odrzucenia ofert Odwołującego Wobet i Wodkan
(KIO 3927/24 i 3928/24) obaj odwołujący podnieśli podobną argumentację. Przytoczona poniżej pochodzi z odwołania KIO 3928/24 i bezpośrednio odnosi się do Odwołującego Wodkan:
Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało podzielone przez Zamawiającego na 4 części, według kryterium terytorialnego, tj. realizacja świadczeń w ramach poszczególnych części mogła obejmować inny obszar miasta Gdynia. Zamawiający w SWZ przewidział ograniczenie, wedle którego jeden wykonawca mógł złożyć ofertę obejmującą maksymalnie dwie części.
W postępowaniu o udzielenie zamówienia, Odwołujący złożył ofertę dotyczącą części II
oraz III (Odwołujący Wobet złożył ofertę dla części I i IV – przyp. Izby).
Zamawiający wezwał Odwołującego do:

1.złożenia wyjaśnień co do treści oferty (pisma z 6 września 2024 r.) z uwagi
na podejrzenie zastosowania przez Odwołującego zawyżonych cen jednostkowych
w kosztorysie ofertowym – na które Odwołujący udzielił odpowiedzi pismami
z 11 września 2024 r.;
2.złożenia wyjaśnień co do treści oferty (pisma z 16 września 2024 r.) z uwagi
na podejrzenie zastosowania zaniżonych cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym – na które Odwołujący udzielił odpowiedzi pismami z 19 września 2024 r. (należy przy tym zaznaczyć, że Zamawiający wyznaczył Odwołującemu jedynie 3-dniowy termin
na złożenie wyjaśnień i nie uwzględnił wniosku Odwołującego o jego przedłużenie, mimo że wezwanie wskazujące na wymagające wyjaśnienia wątpliwości liczyło
aż 9 stron i zawierało szeroki zakres okoliczności wskazanych do wyjaśnienia);
3.uzupełnienia wyjaśnień udzielonych w pismach z 19 września 2024 r. (pisma
z 25 września 2024 r.) – na które Odwołujący udzielił odpowiedzi pismami
z 30 września 2024 r.;
4.złożenia podmiotowych środków dowodowych – które zostały przez Odwołującego przedłożone 10 października 2024 r.;

5. złożenia wyjaśnień odnośnie treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (pismo z 7 października 2024 r.) – na które Odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z 9 października 2024 r.

Pismami z 18 października 2024 roku Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania z uwagi na rzekome „wprowadzenie [jego] w błąd" oraz odrzucił jego oferty twierdząc, że Odwołujący zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Ponadto, w zakresie części II Zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi na brak innych ofert, zaś w zakresie części III Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.
Zamawiający przy analizie okoliczności związanych z funkcjami pełnionymi przez p. W.G. u Odwołującego oraz u wykonawcy Wobet dopuścił się nieprawidłowości.
Zamawiający odnotował, że p. W.G. jest jednym z wspólników oraz jednym z członków zarządu u Odwołującego, jak również jednocześnie pełni funkcję komandytariusza i prokurenta samoistnego u wykonawcy Wobet, który złożył ofertę dotyczącą części I i IV niniejszego postępowania. W konsekwencji Zamawiający powziął wątpliwości, czy w sprawie występuje przesłanka do wykluczenia Odwołującego z postępowania określona w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. zawarcie pomiędzy ww. podmiotami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. W szczególności Zamawiający postanowił zbadać, czy Odwołujący oraz Wobet należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy Uokik, oraz czy przygotowali swoje oferty niezależnie od siebie.
Dokonując analizy funkcji pełnionych przez P. W.G. w obu podmiotach, Zamawiający poczynił konkluzje, które świadczą o niezrozumieniu przez niego mechanizmów dotyczących prawa spółek, bądź o celowym ich opisaniu w sposób wypaczający istotę funkcjonowania podmiotów gospodarczych. Zamawiający stwierdził bowiem, że:

1. „(…) podkreślenia wymaga fakt, że spółka WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o., oraz spółka WOBET sp. z o.o. sp. k. nie są odrębnymi podmiotami prawa, ale są powiązane osobowo" – oczywistym jest, że nawet w przypadku zaangażowania jednej osoby do pełnienia funkcji w dwóch spółka prawa handlowego, podmioty te zawsze zachowują swoją odrębność i samodzielność, odznaczającą się zarówno materialnie (m.in. posiadanie osobistej zdolności sądowej przez każdą ze spółek, odrębne struktury organizacyjne w każdej z nich) jak i formalnie (odrębne akty założycielskie spółek, osobne wpisy do Krajowego Rejestru Sądowego);
2. „(…) należy stwierdzić, że wykonawca występujący pod firmą WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o., w spółc WOBET sp. z o.o. sp. k. jest wspólnikiem oraz prokurentem samoistnym" – tego typu stwierdzenie jest wyjątkowo kuriozalne, gdyż z Krajowego Rejestru Sądowego jednoznacznie wynika, że Odwołujący nie jest wspólnikiem Wobet, zaś udzielenie prokury osobie prawnej jest zakazane, co wynika a contrario z treści art. 1092 § 2 Kodeksu cywilnego („Prokurentem może być osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych"). Najprawdopodobniej Zamawiający utożsamia Odwołującego z osobą p. W.G., co jest nie tylko metodologicznie błędne, ale i nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji zamówienia;
3. „(…) zidentyfikowane powiązanie osobowe, związane z osobą pozwalają stwierdzić, że spółką dominującą jest spółka WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o., której Prezesem Zarządu uprawnionym do samodzieln reprezentacji spółki jest p. W.G., będący jednocześnie Prokurentem samoistnym spółki: WOBET sp. z o.o. sp.k. oraz wspólnikiem spółki i zarazem Prokurentem – Prokura samoistna spółki: WOBET sp. z o.o. sp. k." – Zamawiający jednakże nie wskazał w żaden sposób, na jakiej podstawie prawnej ustalił rzekomą dominującą pozycję Odwołującego wobec Wobet. Ustawodawca inaczej tę kwestię reguluje w Uokik (przewidując definicję „przedsiębiorcy dominującego"), a inaczej w Ksh. Należy zauważyć, że pojęcie „spółki dominującej" ustawodawca zdefiniował jedynie w art. 4 pkt 4 Ksh, lecz żadna z przesłanek wymienionych w przedmiotowym przepisie nie ma zastosowania względem Odwołującego oraz Wobet.

Zamawiający postanowił pozyskać od Odwołującego wyjaśnienia odnośnie pozycji p. W.G. u Odwołującego oraz w Wobet, jak również odnośnie okoliczności sporządzenia ofert przez Odwołującego – jednakże treść udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi z 9 października 2024 roku została przez Zamawiającego zinterpretowana w sposób nieprawidłowy. Zamawiający w uzasadnieniach odrzucenia ofert wskazał bowiem, że:

1. „wyjaśnienia wykonawcy sprowadziły się do polemiki z Zamawiającym, dotyczących

w głównej mierze zidentyfikowanych powiązań osobowych, potwierdzonych informacją pozyskaną z wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego" – w istocie Odwołujący przedstawił argumentację opartą o orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wykazującą, że z samego faktu powiązań osobowych między dwoma podmiotami nie można apriorycznie zakładać istnienia porozumienia zmierzającego do zakłócenia konkurencji. Sprowadzenie przedmiotowych twierdzeń jedynie do „polemiki" oraz brak jakiegokolwiek merytorycznego odniesienia się do nich, świadczy o występującej

u Zamawiającego dowolności przy ocenie niniejszej sprawy;

2.(…) wykonawca w treści odpowiedzi nie ustosunkował się co do istotnych

dla Zamawiającego kwestii dotyczących m.in. wyjaśnienia okoliczności istnienia lub nie istnienia porozumienia pomiędzy wykonawcami, zasadności złożenia ofert w układzie: Wykonawca WODKAN-GRZENKOWICZ sp. o.o. – oferta dla cz. II i III, i Wykonawca: WOBET sp. z o.o. sp.k. oferta na część I i IV zamówienia – niniejsze stwierdzenie jest nieprawidłowe, gdyż z treści odpowiedzi z 9 października 2024 roku (w szczególności z uwzględnieniem załączonych do nich oświadczeń pracowników Odwołującego) jednoznacznie wynika, że osobami odpowiedzialnymi za przygotowanie ofert Odwołującego byli jego pracownicy (B.K., W.K., P.L.), którzy nie tylko nie byli w żaden sposób powiązani z Wobet, ale i nie komunikowali się z jakimkolwiek innym podmiotem w sprawie postępowania. Co więcej, z treści ww. pism wynika, że zarówno inicjatywa wzięcia udziału w tym postępowaniu, jak i analiza kierunku ukształtowania treści

ofert wyszły od ww. pracowników, a nie od któregokolwiek z członków zarządu Odwołującego (w szczególności od p. W.G.). Zamawiający jednakże pominął przedmiotowe okoliczności przy uzasadnieniu podjętych czynności, jako niepasujące do przyjętych przez siebie założeń zmierzających do wykluczenia Odwołującego

z postępowania.

Z orzecznictwa wynika, że występowanie powiązań osobowych pomiędzy spółkami uczestniczącymi w postępowaniu nie powoduje automatycznie, że podejmowane przez
te podmioty czynności odbywają się w warunkach czynu niedozwolonej konkurencji –
w szczególności jest to widoczne w tej sprawie, gdzie jakiekolwiek czynności podjęte przez Odwołującego bądź Wobet w ramach poszczególnych części, nie mogły wpływać na przebieg postępowania w pozostałych częściach. Ponadto w istocie udział Odwołującego oraz Wobet w poszczególnych częściach zamówienia w istocie spowodował wzrost konkurencyjności, zaś w przypadku części I oraz II okazało się, że złożone oferty były jednymi biorącymi udział
w postępowaniu, dzięki czemu możliwe byłoby udzielenie zamówienia przy innej postawie Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że należyte uwzględnienie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej przy ocenie ofert doprowadziłoby do innych wniosków, niż zaprezentowane
w pismach z 18 października 2024 roku.
Jako kuriozalne należy ocenić rozumowanie prowadzące do wniosku, że Odwołujący
w jakikolwiek sposób „wprowadził w błąd" Zamawiającego. Wszystkie złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w toku postępowania znajdują potwierdzenie zarówno
w pozostałych dokumentach zamówienia, jak i we wszystkich wynikających z nich faktach. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dopatruje się rzekomych błędów na podstawie przyjętych przez siebie nieprawidłowych założeń, wedle których p. W.G. jest osobą odpowiedzialną
za całokształt działań zarówno Odwołującego, jak i Wobet. Tymczasem to Zamawiający
nie chce uwzględnić faktów świadczących o samodzielności formalnej i materialnej
ww. podmiotów w tym postępowaniu.
Zamawiający podjął również próbę wykazania, że w sprawie rzekomo występują również inne fakty świadczące o rzekomym porozumieniu się przez Odwołującego z Wobet. Jednakże przedstawione konkluzje również mogą budzić wątpliwości co do przyjętej metodologii działania. Zdaniem Zamawiającego, o rzekomym porozumieniu pomiędzy ww. podmiotami świadczą zaobserwowane „manipulacje cenowe" stosowane przez oba podmioty, odznaczające się:

1. różnicą między cenami zaoferowanymi przez Wobet, a zaoferowanymi przez Odwołującego, wynoszącą 71 434,17 zł;
2. zaoferowanie „dla niemalże tożsamych pozycji kosztorysowych" cen „zawyżonych"

lub „rażąco zaniżonych".

Odnośnie wyliczonej przez Zamawiającego różnicy pomiędzy kwotami ofertowymi, nie jest jasne dla Odwołującego, jakie znaczenie należy nadać dla przedmiotowego faktu. Innymi słowy, Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego

wystąpienie akurat takiej różnicy pomiędzy zaoferowanymi cenami miałoby świadczyć o porozumiewaniu się między Odwołującym a Wobet co do treści ofert. Użyty przez Zamawiającego argument miałby rację bytu wyłącznie w przypadku, gdyby Wykonawcy złożyli oferty opiewające na dokładnie taką samą kwotę – tymczasem występowanie różnic w przedmiotowym zakresie świadczy o tym, że oba podmioty działały w sposób niezależny od siebie, zaś podjęte działania w zakresie kosztorysowania ofert doprowadziły do uzyskania innych wyników. Uwzględniając fakt,
że pracownicy Odwołującego nie są w żaden sposób powiązani organizacyjnie ani faktycznie z Wobet, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że wyliczona przez niego różnica miałaby świadczyć o zmowie przetargowej.
Konsekwencją poczynionych przez Zamawiającego nieprawidłowych ustaleń w zakresie zawarcia przez Odwołującego oraz Wobet rzekomego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, było stwierdzenie, że Odwołujący działał w ramach czynu niedozwolonej konkurencji. Przywołując podstawy odrzucenia ofert Odwołującego, Zamawiający powołał się m.in. na naruszenie art. 6 Uznk, którego treść stanowi, że:
1. Jeżeli oznaczenie przedsiębiorstwa nazwiskiem przedsiębiorcy może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości z innym przedsiębiorstwem, które wcześniej używało podobnego oznaczenia, przedsiębiorca ten powinien podjąć środki mające na celu usunięcie niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd osób trzecich.
2. Na żądanie zainteresowanego sąd wyda orzeczenie nakazujące przedsiębiorcy, który później zaczął używać tego oznaczenia, podjęcie stosownych środków zapobiegających, polegających w szczególności na wprowadzeniu zmian w oznaczeniu przedsiębiorstwa, ograniczeniu zakresu terytorialnego używania oznaczenia lub jego używaniu w określony sposób.
W treści uzasadnienia nie pojawia się jakiekolwiek odniesienie się do tego przepisu – zresztą w świetle opisanego przez Zamawiającego stanu sprawy w żaden sposób nie można stwierdzić, dlaczego miałby on stanowić podstawę do przypisania Odwołującemu czynu nieuczciwej konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający upatruje przedmiotowy delikt w okoliczności zawarcia rzekomego porozumienia z Wobet, zmierzającego do zakłócenia konkurencji.
Jak zostało wyżej wykazane, Zamawiający nie ustalił żadnych wiarygodnych faktów świadczących o istnieniu takiego porozumienia między Odwołującym, a Wobet. Co więcej, Zamawiający w dalszym ciągu przypisuje występowanie rzekomej zmowy przetargowej przez pryzmat funkcji pełnionych przez p. W.G. w obu podmiotach. Zamawiający nie uwzględnia jednak w żaden sposób faktu, że p. W.G. nie był osobą zajmującą się merytorycznie udziałem w niniejszym postępowaniu po stronie Odwołującego. Wszelką inicjatywę oraz stosowne działania podejmowali pracownicy Odwołującego, zgodnie z przypisanymi im kompetencjami (tj. B.K. – Dyrektor operacyjny, W.K. – Dyrektor techniczny, P.L. – Kierownik ofertowania
i umów), niepowiązani w żaden sposób z jakimkolwiek innym podmiotem biorącym udział
w postępowaniu. Co więcej, p. W.G. nie jest jedyną osobą decyzyjną w zakresie bieżącego funkcjonowania Odwołującego, o czym świadczy fakt, że korespondencja z Zamawiającym
w niniejszej sprawie była podpisywana również przez drugiego z członków zarządu – T.G.
Nie sposób również zgodzić się z zarzutem, że złożenie ofert przez Odwołującego oraz przez Wobet doprowadziło do ograniczenia możliwości uzyskania zamówień przez inne podmioty. Odwołujący nie mógł przecież posiadać wiedzy na temat taktyki przyjętej przez innych wykonawców odnośnie przebiegu postępowania – w szczególności ilu wykonawców planowało w ogóle przystąpić do postępowania, oraz w jakich częściach planowali brać udział. Zarówno w przypadku części II jak i III, Odwołujący nie mógł nabrać pewności, że jego oferta będzie najkorzystniejsza. Nie było również z góry wiadome, że postępowanie w zakresie części III będzie się cieszyło większym zainteresowaniem innych podmiotów, niż w zakresie części II.
Znamiennym jest, że uzasadnienie powołania się przez Zamawiającego na art. 226 ust. 1
pkt 3 Pzp znajduje się w zasadzie wyłącznie w jednym fragmencie pisma z 18 października 2024 roku: „W przedstawionym stanie faktycznym sprawy, Wykonawca naruszył limit nałożony przez Zamawiającego w zakresie ilości części, na które może złożyć ofertę, co stanowi
o założeniu oferty, która jest niezgodna z przepisami ustawy (art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp)". Abstrahując od nieprawidłowości ww. twierdzenia (Odwołujący złożył bowiem oferty jedynie
na dwie części i nie miał wpływu na decyzje podejmowane przez inne podmioty), należy zauważyć, że ograniczenie w zakresie ilości części, na które można było składać oferty przez jeden podmiot, nie wynika z żadnego przepisu o randze ustawowej, lecz zostało wprowadzone przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Nie jest zatem jasne, dlaczego Zamawiający wywodzi z tych okoliczności wystąpienie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp jako podstawy do odrzucenia ofert Odwołującego. Powyższe stanowi kolejny przykład nierzetelności Zamawiającego, mającej wpływ na rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
8 listopada 2024 r. Zamawiający w odpowiedziach na odwołania podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu czynności odrzucenia ofert z 18 października 2024 r. Zamawiający zaprzeczył argumentacji odwołujących i wniósł o

oddalenie wszystkich odwołań.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron
i Przystępującego zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając,
że odwołanie o sygn. akt KIO 3929/24 zasługuje na uwzględnienie, a odwołania o sygn. akt KIO 3927/24 i KIO 3928/24 podlegają oddaleniu z wyjątkiem zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 3 Pzp, tj. zarzutów tożsamych jak ten w odwołaniu KIO 3929/24.

Rozpoznając oba odwołania Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania,
oraz wszystkie wnioskowane przez Strony i Przystępujących dowody z dokumentów,
za wyjątkiem Oświadczenia reprezentantów komplementariusza WOBET sp. z o.o. sp. k.
z 12 listopada 2024 r. przesłanego do Izby drogą mailową 13 listopada 2024 r., przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron. Dowód nie został jednak przesłany
do Zamawiającego i Przystępującego, ani nie został im przekazany do czasu zamknięcia rozprawy. W konsekwencji Izba uznała, że dowód z przyczyn leżących po stronie Odwołującego Wobet został złożony w sposób, który uniemożliwiał jego przeprowadzenie bez konieczności odroczenia rozprawy, by umożliwić zajęcie stanowiska przez Zamawiającego i Przystępującego. Tym samym dowód został złożony w sposób, który prowadził do zwłoki
w postępowaniu i z tego powodu został oddalony na podstawie art. 541 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzuty naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp – odwołanie KIO 3929/24 oraz KIO 3927/24 (zarzut
nr IV) i KIO 3928/24 (zarzut nr 7).

Zgodnie z dokumentacją postępowania Zamawiający w następujący sposób oszacował wartość przedmiotu zamówienia:
Rejon I - 2 618 113,22 zł netto (3 220 279,26 zł brutto),
Rejon II - 2 618 113,22 zł netto (3 220 279,26 zł brutto),
Rejon III - 2 618 113,22 zł netto (3 220 279,26 zł brutto),
Rejon IV - 2 618 113,22 zł netto (3 220 279,26 zł brutto).

W postępowaniu wpłynęły następujące oferty:

1.O.S.:
Część III - 3 931 807,96 zł (w tym zamówienie podstawowe 1 949 047,96 zł),
Część IV - 3 931 807,96 zł (w tym zamówienie podstawowe 1 949 047,96 zł);
2.Odwołujący Wobet:
Część I - 3 073 353,31 zł (w tym zamówienie podstawowe 1 563 565,21 zł),
Część IV - 3 073 353,31 zł (w tym zamówienie podstawowe 1 563 565,21 zł);
3.Odwołujący Wodkan:
Część II - 3 001 919,55 zł (w tym zamówienie podstawowe 1 549 658,55 zł),
Część III - 3 001 919,55 zł (w tym zamówienie podstawowe 1 549 658,55 zł);
4.Wodjar sp. z o.o. z siedzibą w Somoninie:
Część III - 3 323 320,69 zł (w tym zamówienie podstawowe 1 769 215,69 zł),
Część IV - 3 288 630,14 zł (w tym zamówienie podstawowe 1 734 525,14 zł);
5.Mikuma sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku:
Część III - 4 449 873,71 zł (w tym zamówienie podstawowe 2 811 513,71 zł),
Część IV - 4 449 873,71 zł (w tym zamówienie podstawowe 2 811 513,71 zł).

Zgodnie z protokołem postępowania Zamawiający zrealizował obowiązek podania kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia wskazał, że w 2024 r. na zamówienie podstawowe przeznaczył łącznie 100 000 zł, tj. po 25 000 zł na każdą z części zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem 5 SWZ termin wykonania przedmiotu umowy został określony
na 24 miesiące od dnia jej zawarcia.

Zgodnie z art. 222 ust. 4 Pzp Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tej sprawie nie budziło wątpliwości, że Zamawiający nie dopełnił tego obowiązku.

18 października 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert w postępowaniu oraz o jego unieważnieniu. Podstawą prawną unieważnienia postępowania w części III i IV był art. 255 pkt 3 Pzp.

W uzasadnieniu dotyczącym części III (uzasadnienie dotyczącej części IV było analogiczne) Zamawiający wskazał: „Zamawiający ustalił, iż ofertą niepodlegającą odrzuceniu złożoną w toku przedmiotowego postępowania dla części III zamówienia jest oferta nr 1 złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Lądowego B.S. z siedzibą w Gdyni przy ul. Starodworcowa 26c, 81-575 Gdynia, z ceną brutto oferty: 3 931 807,96 zł w tym: cena brutto „zamówienie podstawowe"-1 949 047,96 zł cena brutto „prawo opcji"- 1 982 760,00 zł. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w 2024 r. (zamówienie podstawowe) wynosi 100 000.00 zł brutto, w tym na część III (rejon III) kwotę: 25.000.00 zł brutto, o czym Zamawiający informował przed terminem otwarcia ofert. W sytuacji przedmiotowego postępowania cena oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Lądowego B.S., przewyższa wartość szacunkową Zamawiającego powiększoną o należny podatek VAT. Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia (zamówienie podstawowe) została ustalona w wysokości: 1 406 113,22 zł (wartość brutto: 1 729 519,26 zł), natomiast wraz z prawem opcji wartość szacunkowa wynosi: 2 618 113,22 zł, a wartość brutto to: 3 220 279,26 zł. Z weryfikacji oferty Wykonawcy w zakresie ceny brutto (zamówienie podstawowe) wynika, że cena brutto oferty przekracza środki przeznaczone przez zamawiającego na realizację zadania w roku 2024 oraz w latach następnych".

Biorąc pod uwagę powyższe decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania w części III i IV była nieprawidłowa.

Zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Kwota o której mowa w tym przepisie jest tą, którą zamawiający podaje na podstawie art. 222 ust. 4 Pzp. Jak zostało ustalone – w tej sprawie Zamawiający zaniechał obowiązku wynikającego z art. 222 ust. 4 Pzp. Przepis ten jednocześnie jasno określa końcowy termin, w którym możliwe jest upublicznienie kwoty przeznaczonej na realizację zadania. Po otwarciu ofert nie ma więc możliwości uzupełnienia czy też poprawy informacji o tej kwocie.

Zamawiający wprawdzie podał kwotę jaką dysponował na potrzebę realizacji przedmiotu zamówienia, ale tylko do końca 2024 r. – kwota ta nie może być zgodnie z art. 222 ust. 4 w zw. z art. 255 pkt 3 Pzp potraktowana jako podstawa badania, czy zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania.

Przez fakt zaniechania podania kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 222 ust. 4 Pzp Zamawiający pozbawił się w sposób nieusuwalny, możliwości unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp – brak jest bowiem punktu odniesienia dla oceny czy cena najkorzystniejszej oferty przekracza założony budżet dla zadania.

Z tych względów Izba uznała, że unieważnienie postępowania w części III i IV było bezpodstawne i uwzględniła odwołanie KIO 3929/24.

W konsekwencji Izba uwzględniła również odwołanie KIO 3927/24 w zakresie zarzutu nr IV i KIO 3928/24 w zakresie zarzutu nr 7. Podkreślenia wymaga jednak, że uwzględnienie tych odwołań we wskazanych częściach było wynikiem wyłącznie łącznego rozpoznania spraw oraz potwierdzenia się zasadności odwołania KIO 3929/24.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołań KIO 3927/24 i KIO 3928/24 Izba ustaliła co następuje:

18 października 2024 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania obu odwołujących i o odrzuceniu ich ofert. W uzasadnieniu dokonanej czynności Zamawiający wskazał (przytoczone uzasadnienie odnosiło się do Odwołującego Wodkan – uzasadnienie dotyczące Odwołującego Wobet było analogiczne): „Zamawiający odrzucił ofertę nr 3 złożoną przez Wykonawcę: WODKAN-GRZENKOWICZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Chmieleńsk 17 83-300 Kartuzy.

Uzasadnienie prawne

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

2)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1, art. 6, art. 15 ust. 1 ustawy

o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji,

3)art. 226 ust. 1 pkt 3,

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,

oraz dokonuje wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne:

Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni - jednostka budżetowa Gminy Miasta Gdyni (Zamawiający), po zapoznaniu się z treścią oferty WODKAN-GRZENKOWICZ sp. o.o. ustalił następujący stan faktyczny. W postępowaniu prowadzonym pn.: Roboty budowlane polegające na wykonywaniu napraw i remontów, modernizacji, przebudowy i budowy kanalizacji deszczowej oraz innych obiektów służących gospodarce wodami opadowymi w czterech rejonach eksploatacyjnych miasta Gdynia, oferty złożyło 5 wykonawców. W celu zapewnienia realizacji podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasady równości, konkurencyjności postępowania dla wykonawców z segmentu małych i średnich przedsiębiorstw, Zamawiający podzielił postępowanie (na zasadzie ilościowej) na 4 części zamówienia (rejony), oraz dopuścił możliwość składania ofert częściowych (tj. przewidujących wykonanie części zamówienia) na maksymalnie dwie części zamówienia. Choć formalnie, postępowanie podzielono na 4 części - 4 rejony, to każda z części zamówienia obejmuje do wykonania tożsamy zakres robót, zlokalizowany w różnych częściach (rejonach) Gminy Miasta Gdynia. Ponadto, dla wszystkich części zamówienia przygotowano jeden wspólny, dotyczący każdej z części zamówienia, opis przedmiotu zamówienia. Zatem, przedmiot zamówienia jest podzielny, co oznacza, zgodnie z treścią art. 379 § 2 kodeksu cywilnego świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości, co przedmiotowym postępowaniu ma zastosowanie (…).

W toku badania i oceny oferty wykonawcy WODKAN-GRZENKOWICZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dal WODKAN-GRZENKOWCZ sp. z o.o.), ustalono, że pomiędzy przedsiębiorcą: WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o który złożył oferty na część II i część III zamówienia a przedsiębiorcą: WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, który złożył oferty na cześć I i cześć IV zamówienia (dalej: WOBET sp. z o.o. sp.k.) zachodzą powiązania osobowe (bliskie więzi rodzinne) i kapitałowe. Ponadto, jak wynika z danych rejestrowych pozyskanych z informacji odpowiadających odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, numer KRS: 0000113460, przedsiębiorca WODKAN GRZENKOWICZ sp. z o.o. ma dwóch wspólników, posiadający równą liczbę udziałów tj. W.G. posiadający 969 udziałów o łącznej wysokości 969 000,00 zł, wchodzący w skład zarządu i pełniący funkcję Prezesa zarządu oraz T.G. posiadający 969 udziałów o łącznej wysokości 969 000,00 zł, wchodzący w skład zarządu i pełniący funkcję Wiceprezesa zarządu. Zgodnie z reprezentacją wynikającą z KRS organem spółki uprawnionym do reprezentacji jest Zarząd, a każdy z członków zarządu upoważniony jest do samodzielnego składania i podpisywania oświadczeń woli.

Natomiast przedsiębiorca WOBET sp. z o.o. sp. k. wg. danych rejestrowych pozyskanych z informacji odpowiadających odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, numer KRS: 000419493, ma siedzibę w Miłowie przy ul. Budowlanych, nr 1, (83-041) Mierzeszyn. Wspólnikami spółki są: WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - będąca komplementariuszem oraz W.G. - komandytariusz. Z danych rejestrowych wynikających z KRS organem podmiotu uprawionym do reprezentacji są wspólnicy reprezentujący spółkę. Zgodnie z KRS, uprawnionym do samodzielnego reprezentowania spółki jest komplementariusz tj: WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kartuzach (83-300), przy ul. Chmieleńska, nr 17.

Do reprezentowania komplementariusza i składania oświadczeń woli w zakresie praw i obowiązków majątkowych i niemajątkowych przez komplementariusza wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu, albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Wspólnikami spółki WOBET sp. z o.o. sp.k. są: WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (komplementariusz) oraz W.G. - działający jako: komandytariusz (wysokość sumy komandytowej: 5 000 zł) oraz prokurent samoistny.

Z zestawienia danych rejestrowych wynika, że spółka: WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka: WODKAN-GRZENKOWICZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zarejestrowane są pod tym samym adresem: t w Kartuzach przy ul. Chmieleńska, nr 17, 83-300 Kartuzy.

WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ma dwóch wspólników, tj. W.G. - Prezes Zarządu (posiadający 3 udziały o łącznej wartości 3 000,00 zł) oraz T.G. - Wice Prezes Zarządu, (posiadający 2 udziały o łącznej wartości 2.000,00 zł), Kapitał zakładowy spółki wynosi 5.000,00 zł. Organem uprawnionym do reprezentowania podmiotu WOBET spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością jest Zarząd. Do reprezentowania spółki i składania oświadczeń woli w zakresie praw i obowiązków majątkowych i niemajątkowych spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu, albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. W skład Zarządu spółki wchodzą: K.G. - Prezes Zarządu, T.G. - Członek Zarządu, K.K. - Członek Zarządu. Prokurentem podmiotu jest W.G. - Prokura samoistna.
Analiza danych rejestrowych dokonanych na podstawie informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego wskazuje na istniejące powiązania osobowe oraz bliskie więzi rodzinne, dotyczące osób: W.G., K.G., T.G.
W kontekście zidentyfikowanych powiązań osobowych, należy stwierdzić że Pan W.G. posiada szczególną (samodzielną) pozycję w strukturach organów spółek, bowiem wchodzi w skład organu uprawnionego do reprezentacji lub pełni funkcję prokurenta samoistnego, tj.:

- WODKAN-GRZENKOWICZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością: członek zarządu - funkcja Prezes zarządu uprawniony do samodzielnej reprezentacji spółki.
- WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa - wspólnik spółki (komandytariusz), wysokość sumy komandytowej - 5 000,00 zł, Prokurent spółki - prokura samoistna,
- WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, będąca komplementariuszem spółki: WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa - wspólnik spółki posiadający większościowe udziały, Prokurent spółki - prokura samoistna. Posiada uprawnienie do reprezentacji spółki: współdziałając łącznie z członkiem zarządu.

Z odpisu dokumentów rejestrowych KRS spółek, o których mowa w tiret, drugi i trzeci, wynika, że Pan W.G. pełni funkcje prokurenta - rodzaj prokury: prokura samoistna. Wskazać należy, że z mocy art. 109 k.c. prokura samoistna upoważnia do wszystkich czynności sądowych
i poza sądowych jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa poza wyjątkami wyraźnie wskazanymi w art. 109 k.c. W kontekście powyższego, podkreślenia wymaga fakt, że spółka WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o., oraz spółk WOBET sp. z o.o. sp. k. nie są odrębnymi podmiotami prawa, ale są powiązane osobowo.
Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykonawca występujący pod firmą WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o., w spółce WOBET sp. z o.o. sp. k. jest wspólnikiem oraz prokurentem samoistnym. Ponadto, w organach ww. spółek zachodzą bliskie powiązania rodzinne między wspólnikami i prokurentem samoistnym, którym de facto, jest jedna i ta sama osoba. Powyższe prowadzi do wniosku, że oba podmioty posiadają jedną, tożsamą osobę uprawnioną do ich reprezentacji. Poza tym, zidentyfikowane powiązanie osobowe, związane z osobą (W.G.) pozwalają stwierdzić, że spółką dominującą jest spółka WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o., której Prezesem Zarządu uprawnionym d samodzielnej reprezentacji spółki jest W.G., będący jednocześnie Prokurentem samoistnym spółki: WOBET sp. z o.o. sp.k. oraz wspólnikiem spółki i zarazem Prokurentem - Prokura samoistna spółki: WOBET sp. z o.o. sp.k.
Przenosząc powyższe rozważania na grunt przepisów kodeksu spółek handlowych, prowadzenie spraw spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i jej reprezentacja stanowi kompetencję zarządu. Stąd, gdy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością pełni w spółce komandytowej rolę komplementariusza, uprawnionym do prowadzenia spraw spółki komandytowej jest spółka z ograniczona odpowiedzialnością. Wobec tego odpowiedzialnym, faktycznie i prawnie, za prowadzenie spraw spółki komandytowej, której komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, będzie Zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Poza tym nie ma przeszkód prawnych, aby komandytariusz działał jako pełnomocnik spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej. Odnosząc powyższe do stanu faktycznego sprawy, jak wynika z KRS, W.G. jest komandytariuszem
w spółce: WOBET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, oraz jej Prokurentem - prokura samoistna.
Na podstawie okoliczności faktycznych sprawy, ustalonych na podstawie powyższego, Zamawiający powziął wątpliwości, co do złożenia przez Wykonawcę WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o., zgodnie z prawdą oświadczenia art. 125 ust. 1 ustawy Pzp,
o braku podstaw do wykluczenia, w kontekście przesłanki wynikającej z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W związku z tym, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do wyjaśnienia przedmiotowego oświadczenia, aby uniknąć sytuacji błędnego zinterpretowania stanu faktycznego towarzyszącego sprawie (dowodzi to o przestrzeganiu przez Zamawiającego art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania
w sposób zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości). W odniesieniu do przedmiotowego oświadczenia, Zamawiający uznał, że przesłanka określona w art.

108 ust. 1 pkt 5 powinna zostać dogłębnie wyjaśniona i wyeliminowana, aby wykonawca mógł skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Poprzez wystosowanie wezwania na podstawie art. 128 ust. 4, Zamawiający umożliwił Wykonawcy przedstawienie na poparcie swojego stanowiska wyjaśnień, w celu wykazania rzetelności, samodzielności, niezależności w procesie przygotowania oferty, innymi słowy Zamawiający umożliwił wykonawcy przeprowadzenie procedury samooczyszczenia. Z treści oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp (zał. 2b do SWZ.) wprost wynika, że wykonawca może złożyć informację o wystąpieniu wobec niego jednej z przesłanek wykluczenia, tj. obligatoryjnych podstaw wykluczenia wymienionych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 108 ust. 2 ustawy Pzp lub fakultatywnych podstaw wykluczenia wymienionych
w art. 109 ust. 1 pkt 1, 2a, 2b, 3-4, 6-10 ustawy Pzp.
W kontekście powyższego, pismem z dnia 07.10.2024 r. Zamawiający wystosował
do Wykonawcy WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w kontekście art. 108 ust. 1 pkt 5, w celu wykazania i udowodnienia, że złożona oferta została przygotowana niezależnie od wykonawcy WOBET sp. z o.o. sp. k. oraz przedstawienia okoliczności i przytoczenia na ich poparcie dowodów, uzasadniających, że sytuacja podmiotowa wykonawcy zaistniała w prowadzonym postępowaniu, nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz że nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia między wykonawcami, stanowiąc, że (...) wzywa Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Zgodnie
z treścią złożonego dokumentu, Wykonawca oświadczył, że nie podlega wykluczeniu
z postępowania na podstawie przesłanek, o których mowa w art. 108 ust 1, art. 109 ust. 1
pkt 1, pkt 4, pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. Wykonawca składając oświadczenie o treści, jak powyżej, oświadczył, że wszystkie informacje zawarte
w oświadczeniu są aktualne i zgodne z prawdą oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji. (...) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w wyjaśnieniach odniósł się do kwestii stosunków faktycznych oraz formalno-prawnych łączących oba podmioty oraz przedstawił
w tym zakresie dowody. W kontekście stwierdzonych okoliczności faktycznych, istotne
z punktu wyjaśnień, było to czy pomiędzy obu podmiotami (WODKAN-GRZENKOWICZ
sp. z o.o. a WOBET sp. z o.o. sp. k.) zawarto niedozwolone porozumienie.
Ponadto, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca udzielając wyjaśnień i przedstawiając dowody ustosunkował się w treści przedmiotowych wyjaśnień, w szczególności do:

- zidentyfikowanych powiązań osobowych, w tym również rodzinnych powiązań osobowych między Wykonawcą WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o., a WOBET
  sp. z o.o. a sp. k. oraz WOBET sp. z o.o.,
- wyjaśnienia stwierdzonych powiązań osobowych w aspekcie ich wpływu na istnienie domniemanego uprawnienia do kontrolowania przez WODKAN-GRZENKOWICZ
  sp. z o.o. - wykonawcy WOBET sp. z o.o. sp. k.
- wpływu stwierdzonych powiązań osobowych pomiędzy wykonawcami na zachowanie zasady uczciwej konkurencji na etapie przygotowania ofert, złożonych
  w przedmiotowym postępowaniu, w tym m.in. na: zachowanie „samodzielności, niezależności, odrębności składanych ofert, zgodności z dobrymi obyczajami”,
- wpływu powiązań osobowych na kreowanie rynku zamówień publicznych poprzez wspólne ustalenie strategii w składaniu ofert w odniesieniu do wymogu stawianego przez Zamawiającego, a dotyczącego składania ofert przez jednego wykonawcę maksymalni na dwie części zamówienia oraz w kontekście możliwości samodzielnego podejmowania przez każdego z wykonawców z osobna, w tym decyzji o zakresie udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- możliwości wywierania przez jednego wykonawcę wobec drugiego, bezpośredniego czy pośredniego wpływu, o którym mowa powyżej,
- wyjaśnienie i wykazanie procesu przygotowania ofert przetargowych i strategii ich złożenia, w kontekście dokonanego przez Zamawiającego podziału zamówienia
  na części. Zatem, dlaczego Wykonawca WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. złożył ofertę na część II i zamówienia, a WOBET sp. z o.o. sp.k. złożył ofertę na część I / IV zamówienia? Czy składając oferty w takim układzie, każdy z wykonawców złożył oferty w sposób w pełni samodzielny, niezależny od siebie?

–form działania, funkcjonowania przedsiębiorstwa z uwzględnieniem zastrzeżenia,

że bezpośrednia lub pośrednia kontrola wynikająca z faktu pozostawania w jednej organizacji, która nie musi odnosić się wyłącznie do bieżącego zarządzania przedsiębiorstwem (spółką), lecz może przybrać postać nadzorowania, możliwości wpływu na zachowania przedsiębiorcy na rynku gospodarczym (...)

Wykonawca WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o., w piśmie z dnia 09.10.2024 r., stanowiącym odpowiedź na wezwani Zamawiającego z dnia 07.10.2024 r. w ramach udzielonych wyjaśnień wskazał, że jest odrębnym od wykonawcy WOBET sp. z o.o. sp. k. podmiotem gospodarczym, posiadającym własną, niezależną strukturę organizacyjną, w ramach której przygotowano ofertę oraz, że stwierdzone powiązania osobowe związane z osobą W.G. nie prowadzą do zakłócenia konkurencji. Niemniej jednak wyjaśnienia wykonawcy sprowadziły się do polemiki z Zamawiającym, dotyczących w głównej mierze zidentyfikowanych powiązań osobowych, potwierdzonych informacją pozyskaną z wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. Jednoznacznie należy podkreślić, że wykonawca w treści odpowiedzi nie ustosunkował się co do istotnych dla Zamawiającego kwestii dotyczącym m.in. wyjaśnienia okoliczności istnienia lub nie istnienia porozumienia pomiędzy wykonawcami, zasadności złożenia ofert w układzie: Wykonawca WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. - oferta dla a. II i III, i Wykonawca: WOBET sp. z o.o. sp oferta na część I i IV zamówienia. Wykonawca nie obalił domniemania że należy do grupy kapitałowej z wykonawcą WOBET Sp. z o.o.

Po analizie przedłożonych wyjaśnień Zamawiający uznał, że wezwie wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego w dokumentach postępowania, o których mowa w:

1. art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
2. art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,
3. art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,
4. art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
5. art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych,
6. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Zamawiający otrzymując od wykonawcy ww. oświadczenie powinien więc uzyskać potwierdzenie, że aktualne są informacje co do konkretnych podmiotowych kwestii wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, złożonego wraz z ofertą a więc potwierdzenie tychże informacji, zgodne z istniejącym stanem faktycznym na dzień złożenia oświadczenia, o którym mowa w § 2 pkt 7 rozporządzenia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10.10.2024 r., Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym potwierdził (oświadczył), aktualność informacji zawartych w uprzednio złożonym oświadczeniu woli, nie uległa zmianie. Mając na względzie całokształt okoliczności sprawy, w tym sytuację podmiotową wykonawcy, okoliczności złożenia oferty, uprzednią korespondencję prowadzoną w celu wyjaśnienia sytuacji podmiotowej wykonawcy, Zamawiający uznał, że oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formie oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest aktualne, tzn. potwierdza istnienie przesłanki skutkującej koniecznością odrzucenia oferty, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, (tj. dotyczącej zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji). W przypadku braku aktualności podanych uprzednio informacji w treści oświadczeń, Wykonawca powinien złożyć stosowną informację w tym zakresie, w szczególności określić jakich danych dotyczy zmiana i wskazać jej zakres, czego nie uczynił.

Mając na uwadze sytuację podmiotową wykonawcy, należy że Wykonawca składając oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1, był zobowiązany złożyć oświadczenie uwzględniające okoliczności stwierdzone przez Zamawiającego w kontekście art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (…).

Powyższe ustalenia, dokonane w oparciu o zaistniałe okoliczności faktyczne, wskazują, że zachodzą przesłanki do uznania, że zachodzi sytuacja, w której Wykonawca WODKAN - GRZENKOWICZ Sp. z o.o przynależy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z Wykonawcą WODBET sp. z o.o. sp. k. Powiązania pomiędzy wskazanymi Wykonawcami ujawniły się w przedmiotowym postępowaniu

w następujących aspektach:

1)Wykonawcy złożyli w postępowaniu dwie najtańsze najkorzystniejsze oferty. Okoliczności faktyczne i zgromadzona dokumentacja postępowania wskazują na to,

że wykonawca WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z.o.o. oraz WOBET sp. z o.o. sp.k. są sobą powiąza osobowo i kapitałowo oraz zawarli porozumienie mające na celu uzyskanie zamówienia we wszystkich częściach. Porozumienie to przejawiło się tym, że: Wykonawca WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. złoż ofertę na część II i III zamówienia, a Wykonawca WOBET sp. z o.o. sp.k. złożył ofertę na część I i IV zamówienia.

2)Pomiędzy ofertami zachodzi związek faktyczny, który przeczy twierdzeniom Wykonawcy, jakoby nie pozostawał w grupie kapitałowej z wykonawcą o którym mowa w pkt 1 powyżej, a wskazujący na istnienie porozumienia się co do sposobu kalkulacji cen jednostkowych kosztorysów ofert, mający ostatecznie postać manipulowania cenami jednostkowymi przy kalkulacji ceny ofert. Zamawiający dokonując analizy złożonych ofert ustali, że Wykonawca WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. złożył ofertę częściową na część II Rejon II, za cenę brutto oferty: 3 0(919,55 zł oraz

na część III - Rejon III, za cenę brutto oferty: 3 001 919,55 zł. Wykonawca: WOBET Sp. z o.o. sp. k. - złoży ofertę częściową w części I - Rejon I, za cenę brutto oferty:

3 073 353,72 zł oraz w części IV - Rejon IV, za cenę brutto oferty: 3 073 353,72 zł. Różnica w cenie ofert brutto Wykonawców, pomiędzy częściami zamówienia wynosi: 71 434,17 zł. Ponadto ustalono że, obaj wykonawcy, dla niemalże tożsamych pozycji kosztorysowych, zaoferowali ceny jednostkowe albo „zawyżone" lub „rażąco zaniżone". Zachodzi zatem sytuacja „manipulowanie ceną oferty", polegająca

w szczególności na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część „cen" jest na poziomie niepozwalającym na pokrycie rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia, a część jest zawyżona, co należy zakwalifikować jako utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Podobieństwo i jednolitość postępowania obu wykonawców w zakresie kształtowania cen jednostkowych, Zamawiający ustalił w toku procedury wyjaśniającej wszczętej na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (pismo

z dnia 16.09.2024 r.) oraz na podstawie art. 223 ust. 1 (pismo z dnia 06.09.2024 r.).

Odnosząc się do podstaw odrzucenia o których mowa w pkt 2 powyżej, Zamawiający wskazuje, że każda z pozycji kosztorysu ofertowego ma istotne znaczenia z uwagi

na charakter robót stanowiących przedmiot zamówienia. W kontekście „istotności", o której mowa w zdaniu poprzedzającym, Zamawiający dokonał badania cen jednostkowych

dla pozycji kosztorysu, w szczególności dla których cena jednostkowa była o co najmniej 30% niska od wartości szacunkowej zamawiającego. W ofertach obu wykonawców dokonano „manipulacji cenowej" polegającej na nieuprawnionym zawyżaniu cen jednostkowych

dla części pozycji kosztorysowych, z jednoczesnym obniżeniem ukształtowaniem cen jednostkowych poniżej poziomu opłacalności. Zaznaczyć trzeba, że ilość, skala pozycji

dla których wykonawca dokonał „zaniżenia cen jednostkowych kosztorysu ofertowego" jest znacznie większa (niemalże dwukrotnie) w stosunku do poziomu kalkulacji cen jednostkowych do pozostałych oferentów. W ofertach obu wykonawców stopień zaniżenia cen jednostkowych kwestionowanych pozycji kosztorysu jest znacznie większy, przez co cena ich ofert odbiega od cen jednostkowych zaoferowanych przez pozostałych uczestników postępowania. Powyższe dowodzi, że ceny jednostkowe kosztorysu ofertowego zostały skalkulowane sprzecznie z dobrymi obyczajami kupieckimi, w celu polepszenia sytuacji w przetargu oraz przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia interesu zamawiającego, co do należytego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę oraz interesu uczestników przetargu, którzy złożyli oferty skalkulowane realnie, oferując rynkowe ceny jednostkowe, a to stanowi dostateczną kwalifikację, jako deliktu nieuczciwej konkurencji,

z konsekwencjami nakazanymi art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Manipulacja cenami jednostkowymi objęta jest dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia

16 kwietnia 1993r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 - dalej UZNK) i jako taka stanowi samoistną podstawę do stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (…).

Okoliczności faktyczne mające miejsce w postępowaniu, w zakresie złożenia dwóch ofert przez dwa podmioty, powyżej wskazane, wyczerpują przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż są to działania:

1)sprzeczne zarówno z prawem, jak i dobrymi obyczajami,

2)naruszające interes Zamawiającego, jak również innych przedsiębiorców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie,

3)utrudniające dostęp innym przedsiębiorcom (wykonawcom) do rynku, tj. zamówienia udzielanego przez Zamawiającego oraz

4)wymuszające na Zamawiającym wybór określonego Wykonawcy (…).

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy zawarli niedozwolone przepisami prawa porozumienie naruszające zasady uczciwej konkurencji. Jak ustalono, pomiędzy wykonawcami zachodzą okoliczności, uwarunkowane bezpośrednimi zależnościami osobowymi pomiędzy www. podmiotami, które zawarły ze sobą niedozwolone przepisami prawa porozumienie, celem uzyskania „globalnie" zamówienia (...) art. 108 ust. 1 pkt 5 daje zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, gdy zamawiający stwierdzi
na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawcy dopuścili się zmowy przetargowej. Podkreślenia wymaga przy tym, że ustawa nie obliguje zamawiającego do udowodnienia zaistnienia zmowy przetargowej, co uznać należy za rozwiązanie w pełni zasadne zmowy tego rodzaju ze swej natury są utrzymywane przez zainteresowanych wykonawców w tajemnicy.
Z tego też względu zamawiający może podjąć decyzję o odrzuceniu ofert takich wykonawców w oparciu o poszlaki. Ustawa nie wymaga również, by to zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w kierunku potwierdzenia zaistnienia zmowy przetargowej między wykonawcami - zgodnie z przytoczonym przepisem wystarczające jest oparcie się przez zamawiającego na wiarygodnych przesłankach ustalonych w oparciu o stan faktyczny sprawy.
Powyższe wskazuje na fakt, że oferty ww. wykonawców, w tym wykonawcy – WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o zostały przygotowane w porozumieniu, bez zachowania poufności, samodzielności i niezależności, gdyż rozbieżność cenowa pomiędzy złożonymi ofertami jest znikoma, wręcz mało prawdopodobna, aby taka sytuacji mogła rzeczywiście wystąpić, zważywszy na wielkość zamówienia. Z tego też względu, oferta wykonawcy WODKAN-GRZENKOWICZ sp. o.o. złożona w części II, zwłaszcza w części III uzyskała oczywistą przewagę nad pozostałymi ofertami złożonymi w tej części zamówienia. Z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu ofert, wynika, ze działania wykonawcy były ukierunkowane w ten sposób, aby wykonawcy WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. oraz WOBET sp. z o.o. sp. uzyskali zamówienie globalnie w całości, tj. na wszystkie części zamówienia.
Mając na uwadze powyższe, złożenie oferty przez WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwy konkurencji. W ocenie zamawiającego, z uwagi na istniejące powiązania osobowe pomiędzy obu podmiotami prawnymi, złamana została zasada równości, w aspekcie zapewnienia równego dostępu wszystkich uczestników do informacji dotyczących postepowania. Ponadto, takie działanie należy uznać za sprzeczne z podstawowymi zasadami uczciwego postępowania w prowadzeniu działalności gospodarczej (…). W stanie faktycznym sprawy, W.G. - członek zarządu spółki WODKAN GRZENKOWICZ sp. z o.o. jako samodzielny wykonawca składając ofertę na część II oraz zamówienia, podjął działania konkurencyjne wobec spółki WOBET sp. z o.o. sp.k, z uwagi na fakt pozostawania ustawowym reprezentantem (jako członek zarządu i prokurent samoistnym) spółki WOBET sp. z o.o. (komplementariusza). Złożenie oferty przez WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o., z prawnego punktu widzenia, zagraż zatem interesom tej spółki i stanowi wyraźne naruszenie przepisu kodeksu spółek handlowych w aspekcie wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie zamówień publicznych. Okoliczności sprawy, wskazują, na istnienie „ekonomicznej" zmowy przetargowej, podyktowanej w głównej mierze chęcią osiągnięcia zysku gdyż działanie wykonawcy wyczerpuje dyspozycję zmowy przetargowej.
W ocenie Zamawiającego, Wykonawca w odpowiedzi na wezwania do wyjaśnień, kierowane przez Zamawiającego, nie podołał udowodnieniu, co do rzetelności swojego działania
w procesie przygotowania i złożenia oferty. Wykonawca składając ofertę w takim układzie doprowadził do sytuacji, w której nastąpiło zakłócenie konkurencji, bowiem w rezultacie takiego działania ograniczony został krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, brak możliwości konkurencyjnej rywalizacji, manipulowanie cenami jednostkowymi, de facto doprowadziło do sytuacji, że konkurencja faktycznie została ograniczona wyłącznie do dwóch wykonawców (WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. oraz WOBET sp. z o.o. sp.k.). W kontekście zidentyfikowanej gru kapitałowej doszło do powstania sytuacji, w której Wykonawca WODKAN - GRZENOWICZ sp. z o.o. składając ofertę n część II i III zamówienia, a Wykonawca WOBET sp. z o.o. sp. k. na część I i IV, doprowadził do złożenia oferty w sposób powodujący obejście zastrzeżenia zamawiającego w SWZ,
że wykonawca może złożyć ofertę na maksymalnie 2 części zamówienia. W przedstawionym stanie faktycznym sprawy, Wykonawca naruszył limit nałożony przez Zamawiającego
w zakresie ilości części, na które może złożyć ofertę, co stanowi o założeniu oferty która jest niegodna z przepisami ustawy (art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.).
Należy wskazać, że czynności takie jak wykluczenie z postępowania, odrzucenie oferty najdalej ingerują w interes wykonawcy, pozbawiają go bowiem możliwości uzyskania zamówienia. Dlatego też wszelkie okoliczności mające znaczenie w kontekście zastosowania sankcji, o których mowa powyżej, muszą być ustalone ponad wszelką wątpliwość. Powyższe uzasadnia podstawę celowość działań zamawiającego, w kontekście korespondencji prowadzonej w toku postępowania. Zatem Wykonawca w toku procedury wyjaśniającej miał możliwość przedstawić swoje stanowisko, przedstawić dowody w celu wykazania, że nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek o których mowa w pkt 1-5 powyżej oraz że nie należy do grupy kapitałowej lub wprost przeciwnie, pozostaje w grupie

kapitałowej
z wykonawcą WOBET sp. z o.o. sp.k., a należąc do niej wdrożył procedury mające na celu zapobiegnięcie naruszeniu zasady uczciwej konkurencji w postepowaniu, czego skutecznie nie uczynił (…).
W związku z powyższym, w kontekście przesłanki o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, złożenie przez wykonawcę oświadczenia, że nie zachodzi wobec niego przedmiotowa przesłanka wykluczenia z postępowania, w sytuacji zidentyfikowanych powiązań osobowych
i kapitałowych, na linii: WODKAN - GRZENKOWICZ sp. z o.o. oraz WOBET sp. z o.o. sp.k.
i wobec tego będąc w przynależności do tej samej grupy kapitałowej i w ocenie zamawiającego stanowi zamierzone działanie wykonawcy w celu świadomego wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co w konsekwencji uzasadnia wykluczenie z postępowania wykonawcę WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a zw. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (…). W stanie faktycznym sprawy należy stwierdzić, że wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd,
co do braku istnienia wobec niego podstawy wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5. Wprowadzenie zamawiającego w błąd jest wynikiem świadomego podania nieprawdziwych informacji przez Wykonawcę, jakoby to nie zachodziła wobec wykonawcy (w domniemaniu wykonawcy), podstawa wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Wykonawca
w sposób zamierzony (świadomy i celowy) złożył oświadczenie wprowadzające zamawiającego w błąd co do braku istnienia wobec wykonawcy podstaw do wykluczenia
z postępowania chociaż wiedział, że podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi
na stwierdzona powiązania osobowe i kapitałowe. Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności (…).
Wykonawca WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. wraz z ofertą złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. ustawy Pzp, w którym oświadczył, że nie podlega wykluczeniu
z postepowania. Następnie, w treści Oświadczenia o aktualności danych zawartych
w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, złożył oświadczenie,
że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, pozostają nadal aktualne. W ocenienie zamawiającego, wykonawca w sposób świadomy nie uwzględnił faktu pozostawania w grupie kapitałowej, co następnie w sposób świadomy potwierdził składając oświadczenie o aktualności. W ocenie zamawiającego okoliczności te przesądzają, że wobec WODKAN Sp. z o.o. spełnione zostały przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a także z art. 109 ust. 1 pkt 8, co w konsekwencji powoduje, że WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. podlega wykluczeniu postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu. W zaistniałej sytuacji, Zamawiający został wprowadzony w błąd co do okoliczności formalno-prawnych zachodzącymi pomiędzy wykonawcą: WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. - WOBET sp. z o.o. sp.k. W stanie faktycznym sprawy zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy WODKAN-GRZENKOWICZ sp. z o.o. z postępowania i odrzuceniu złożonej
oferty, bowiem zmaterializowały się podstawy prawne do wykluczenia wykonawcy,
jak powyżej. Ustalone okoliczności faktyczne skutkują zasadnością wykluczenia wykonawcy
z postępowania o udzielenie zamówienia publiczne i odrzucenia złożonej oferty".
Po przeprowadzeniu dowodu z dokumentacji postępowania Izba potwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony przez Zamawiającego w przytoczonym uzasadnieniu odpowiada prawdzie.
Zamawiający prawidłowo ustalił powiązania osobowe między oboma Odwołującymi
i wyciągnął z nich prawidłowe wnioski. Przede wszystkim Zamawiający w prawidłowy
sposób zidentyfikował mechanizm porozumienia między Odwołującymi, które prowadziło
do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu.
Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza
się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.
Z powyższego przepisu wynika, że Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu wykonawcy nie musi dysponować niezbitymi dowodami potwierdzającymi zawarcie porozumienia w celu ograniczenia konkurencji, wystarczające są wiarygodne przesłanki. Ponadto to na podejrzanych o takie porozumienie wykonawcach ciąży obowiązek wykazania, że przygotowali oferty niezależnie od siebie. Tym samym, jeśli zaistnieją wiarygodne przesłanki zamawiający ma przyjąć domniemanie zaistnienia niedozwolonego porozumienia między wykonawcami, a ich obowiązkiem jest obalenie tego domniemania, pod rygorem wykluczenia ich z postępowania.

W tym postępowaniu, jak już zostało stwierdzone, Zamawiający ustalił zaistnienie wiarygodnych przesłanek niedozwolonego porozumienia między Odwołującymi:

1. Powiązanie obu Odwołujących osoba pana W.G. – powiązanie o charakterze dającym przynajmniej oczywistą możliwość wywierania istotnego, realnego wpływu na funkcjonowanie obu tych podmiotów.
2. Złożenie przez obu Odwołujących ofert w taki sposób, by nie stanowić dla siebie wzajemnej konkurencji.
3. Złożenie przez obu Odwołujących ofert w taki sposób, by w przypadku ich wyboru doszło do przejęcia całego przedmiotu zamówienia przez powiązane spółki.
4. Dążenie do obejścia przez Odwołujących obejścia ustanowionego w SWZ ograniczenia możliwości składania ofert do maksymalnie dwóch części przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dał Odwołującym możliwość wykazania, że jego wnioskowanie było błędne – Zamawiający wezwał Odwołujących do wyjaśnień, wskazując przy tym wyraźnie przyczyny jego wątpliwości, co do ich ofert.

Obaj Odwołujący złożyli wyjaśnienia, ale Zamawiający nie uznał je za wiarygodne. Ocena ta zdaniem Izby również była prawidłowa, szczególnie, że oba wyjaśnienia, mimo pozornych różnić w treści, były bardzo zbliżone w zakresie podniesionej argumentacji, a dowodami na ich potwierdzenie były przede wszystkim oświadczenia. Odwołujący nie podjęli choćby próby wykazania, że mimo powiązań osobowych prowadzą w rzeczywistości odrębną działalność. Okoliczność tak dałoby się wykazać na przykład dokumentami z wcześniej zrealizowanych zamówień.

Na etapie postępowania odwoławczego Odwołujący również nie podjęli rzeczywistej inicjatywy dowodowej zmierzającej do wykazania braku współdziałania na etapie składania ofert w postępowaniu. Poprzestali oni jedynie na kwestionowaniu wniosków Zamawiającego. Podkreślenia wymaga jednak, że w świetle zasad doświadczenia życiowego działanie obu Odwołujących było bardzo przejrzyste i kierowane oczywistymi motywami. Zamawiający musiałby w sposób rażący nie dochować należytej staranności prowadzenia postępowania, by nie dostrzec rzeczywistego celu złożenia w tym postępowaniu ofert przez dwóch wykonawców powiązanych osobą pana W.G.

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że Zamawiający prawidłowo zidentyfikował wystąpienie przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec obu Odwołujących.

Co za tym idzie Zamawiający prawidłowo wykluczył tych wykonawców z postępowania.

Zamawiający prawidłowo uznał również, że obaj Odwołujący wprowadzili go w błąd (bądź przynajmniej podjęli działania do tego zmierzającego) przez złożenie oświadczeń co do braku istnienia wobec nich podstawy wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wprowadzenie Zamawiającego w błąd było wynikiem świadomego podania nieprawdziwych informacji przez Odwołujących. Wykonawcy w sposób zamierzony (świadomy i celowy) złożyli oświadczenia wprowadzające Zamawiającego w błąd co do braku istnienia wobec nich podstaw do wykluczenia z postępowania chociaż wiedzieli, że podlegają wykluczeniu z postępowania z uwagi na stwierdzone powiązania osobowe.

Zamawiający prawidłowo przyjął też, że złożenie ofert przez obu Odwołujących stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia ofert obu Odwołujących w sposób wyczerpujący i prawidłowy uzasadnił tą czynność i nie jest celowym powielanie argumentacji zawartej w przytoczonym wyżej stanowisku. Izba wskazuje ponadto, że nie ulega wątpliwości, że Odwołujący składając oferty w porozumieniu spowodowali, że pozostali wykonawcy mieli gorsze warunku udziału w postępowaniu. Wykonawcy musieli w rzeczywistości konkurować z jedną ofertą, rozbitą technicznie na dwie, złożone przez dwa podmioty. Nie ulega jednak wątpliwości, że celem złożenia tej oferty przez Odwołujących było uzyskanie zamówienia na cały jego przedmiot, a nie tylko na dwie części. Tym samym Odwołujący mogli sobie pozwolić na obniżenie cen ofert ze względu na przyjęcie innych założeń finansowych do realizacji zadania niż pozostali wykonawcy, którzy zakładali realizację maksymalnie dwóch części przedmiotu zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. 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 powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący …….....

…….....

…….....