Sygn. akt:KIO 4385/24
KIO 4411/24

WYROK

Warszawa, 13 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 11 grudnia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 listopada 2024 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: COMFORT-THERM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku przy ul. Piaskowej 9B (09-100 Płońsk), Ł.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł.K. z siedzibą we Wróblewie-Osiedlu 11 lok. 17 (09-152 Naruszewo) oraz E.Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą EM-BUD COMPLEX E.Z. z siedzibą w Chajętach przy ul. Miłej 1 (05-252 Chajęty) – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 4385/24;

B. wykonawcę PJM INVESTMENT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach przy ul. Wincentego Witosa 66D (25-561 Kielce) – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 4411/24

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie przy ul. Senatorskiej 29/31 (00-099 Warszawa)

orzeka:

KIO 4385/24

1. Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: COMFORT-THERM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w PłońskuŁ.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł.K.
z siedzibą we Wróblewie-Osiedlu oraz E.Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą EM-BUD COMPLEX E.Z. siedzibą w Chajętach oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia: COMFORT-THERM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Płońsku, Ł.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł.K. z siedzibą we Wróblewie-Osiedlu oraz E.Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą EM-BUD COMPLEX E.Z. z siedzibą w Chajętach, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 590 zł 98 gr (trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2. zasądza od zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa – Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: COMFORT-THERM spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Płońsku, Ł.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł.K. z siedzibą we Wróblewie-Osiedlu oraz E.Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą EM-BUD COMPLEX E.Z. z siedzibą w Chajętach kwotę w wysokości 13 600 zł 00 gr (trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 4411/24

1. Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PJM INVESTMENT spółkę
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero

groszy) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 590 zł 98 gr (trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa – Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy PJM INVESTMENT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach kwotę w wysokości 13 600 zł 00 gr (trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione
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 4385/24
KIO 4411/24

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

Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą
w Warszawie zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym, pn.: *Wymiana stolarki okiennej na okna PCV w budynkach mieszkalnych przy ul. Mickiewicza nr 9, 18 D i 20 w Warszawie*, znak sprawy: SZRM-DDZD.260.13.2024.MFE, nr procedury: RZP/PW/41/20,24 zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 września 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00503272.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowalne, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

KIO 4385/24

25 listopada 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: COMFORT-THERM Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku, Ł.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł.K. z siedzibą w Wróblewie-Osiedlu oraz E.Z. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą EM-BUD COMPLEX E.Z. z siedzibą w Chajętach (zwani dalej: „odwołującym” lub „konsorcjum COMFORT) wnieśli odwołanie od:

- czynności badania i oceny złożonych ofert;
- czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- czynności unieważnienia postępowania;
- zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący postawił następujące zarzuty naruszenia przepisów prawa mających istotny i bezpośredni wpływ na wynik postępowania, w tym błędnie ustalony stan faktyczny sprawy:

1) 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp także w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5 Pzp przez jego nieprawidłowe zastosowanie, wadliwe i bezpodstawne przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo że nie zaistniała przesłanka uzasadniająca wykluczenie odwołującego
z postępowania;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez jego nieprawidłowe zastosowanie, wadliwe i bezpodstawne przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu jako złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej jako: „ustawa znk”), z naruszeniem zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zwanej dalej jako: „ustawa okik”), dobrych obyczajów oraz interesu zamawiającego;

3) art. 255 pkt 2 Pzp oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, i/lub art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji, w której oferta odwołującego nie powinna zostać odrzucona, gdyż nie podlega on wykluczeniu
z postępowania; oferta odwołującego nie została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji, z naruszeniem zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik, dobrych obyczajów oraz interesu zamawiającego, a przez to brak było podstaw do przyjęcia, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu;

4) co jednocześnie miało skutkować naruszeniem art. 16 pkt 1 Pzp oraz 17 ust. 2 Pzp,
a przez to nierównym traktowaniem wykonawców, brakiem zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:
- unieważnił czynność unieważnienia postępowania;
- unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego;
- dokonał ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;
- dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący wskazał, że złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu, oraz wstępnie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu jak również brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania. Ponadto odwołujący podniósł, że poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp, to nie dokonałby odrzucenia oferty odwołującego i nie dokonałby unieważnienia postępowania, natomiast dokonałby wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co skutkowałoby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez odwołującego. Oferta odwołującego miała uplasować się bowiem na trzeciej pozycji w rankingu ofert, zaś dwie poprzedzające oferty podlegały odrzuceniu. Ponadto cena oferty złożonej przez odwołującego mieści się w możliwościach finansowych zamawiającego. Przez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności zamawiający miał zdaniem odwołującego doprowadzić do sytuacji, w której może on utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe w ocenie odwołującego stanowiło wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Pzp niewątpliwie miało i może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba winna uwzględnić odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego może być bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób może wpłynąć i wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

10 grudnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości ze względu zasadność działania odwołującego w ramach zmowy cenowej, co skutkowało obowiązkiem wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego.

KIO 4411/24

25 listopada 2024 r. wykonawca PJM INVESTMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (zwany dalej: „odwołującym" lub „PJM") wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o treść art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:
1) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie a polegające na błędnym uznaniu, że odwołujący dopuścił się czynu zmowy przetargowej oraz czynu nieuczciwej konkurencji (bliżej nie określonego) tylko dlatego, że nie wyjaśnił w sposób właściwy ceny oferty na wezwanie zamawiającego;
2) art. 255 pkt. 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy zamawiający w sposób niezgodny z przepisami prawa dokonał odrzucenia oferty odwołującego (wyniku postępowania);
3) w efekcie również naruszenie art. 16 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców gdzie zamawiający zupełnie bezpodstawnie zarzuca zawieranie niezgodnych z prawem porozumień i dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji co powoduje powstanie szkody u odwołującego na przyszłość – utrudnienie w składaniu ofert w zamówieniach publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o treść art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w złożeniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust.1 Pzp. Odwołujący

wskazał, że wobec wyniku oceny ofert, nawet po unieważnieniu czynności jego wykluczenia i odrzucenia oferty, nie byłby w stanie uzyskać zamówienia,
w dalszym ciągu posiada on interes w złożeniu odwołania. Tylko bowiem za jego pośrednictwem jest w stanie wykazać, że prawidłowe zastosowanie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, prowadzić musiało do wniosku, że nie było poprawnym działaniem wykluczenie wykonawcy, z powołaniem się na udział w zmowie przetargowej z innymi wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu tylko dlatego, że nie sprostał wyjaśnieniom rażąco niskiej ceny oferty.
W konsekwencji zaniechanie złożenia odwołania przez odwołującego grozi realną szkodą
w jego majątku ponieważ wiąże się z ryzykiem potencjalnego wykluczenia odwołującego
z innych postępowań na udzielenie zamówienia w oparciu o treść art. 111 pkt 4 Pzp na okres 3 lat. Wystąpienie takiego skutku wiązałoby się natomiast z pozbawieniem odwołującego przyszłych i możliwych do osiągnięcia zysków w ramach możliwych do zawarcia
w przyszłości umów o udzielenie zamówienia, co z kolei stanowiłoby utratę spodziewanych korzyści (lucrum cessans) rozumianą w myśl odpowiednich przepisów jako tzw. szkoda ewentualna. Odwołujący przy tym podniósł, że wiodącym źródłem jego zarobkowania jest pozyskiwanie robót w ramach zamówień publicznych. Wyjaśnił, że choć odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia z uwagi na odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp to jednak kwestionowanie pozostałych podstaw odrzucenia jest w pełni zasadne. Zgodnie bowiem z treścią art. 253 Pzp przez wynik postępowania rozumie się nie tylko informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, ale również informację o odrzuceniu ofert podając uzasadnienie faktyczne oraz prawne. Odwołujący wskazał, że miał zatem prawo podważać decyzję zamawiającego co do samych podstaw odrzucenia jego oferty
w sferze faktycznej oraz prawnej co rzutuje na wynik tego postępowania, ale również na sytuację prawną wykonawcy w innych postępowaniach przetargowych.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

10 grudnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie,
w której przedstawił argumentację dla wniosków o:
- odrzucenie odwołania ze względu na wniesienie przez podmiot nieuprawniony, który nie ma statusu wykonawcy i nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia;
ewentualnie
- oddalenie odwołania w całości ze względu na brak interesu we wniesieniu odwołania; ewentualnie
- oddalenie odwołania w całości ze względu zasadność działania odwołującego w ramach zmowy cenowej, co skutkuje obowiązkiem wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego.

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

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 4411/24 ze względu na wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony, który nie ma statusu wykonawcy i nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia.
W uzasadnieniu tego wniosku zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią komparycji odwołania, zostało ono wniesione od czynności unieważnienia postępowania oraz od czynności odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o treść art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a Pzp
w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Innymi słowy, odwołujący zaskarżył jedynie dwie z trzech przesłanek odrzucenia jego oferty, co oznaczało, że utracił status wykonawcy w postępowaniu. Zgodnie natomiast z art. 505 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej przysługują jedynie wykonawcy. Zdaniem zamawiającego na skutek braku zaskarżenia odrzucenia oferty odwołującego na innych przesłankach niż naruszenie zasad uczciwej konkurencji i podleganie wykluczeniu (zmowa cenowa), oferta odwołującego została prawomocnie odrzucona i odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania.
Przesłanka odrzucenia odwołania, na którą powołał się zamawiający została zawarta w art. 528 pkt 2 Pzp. Przepis ten stanowi, że odwołanie podlega odrzuceniu, jeśli zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Podmioty uprawnione do wniesienia odwołania wskazuje art. 505 Pzp. Kwestionowanie statusu wykonawcy, prowadzące do odrzucenia odwołania na podstawie wskazanego przepisu wymaga stwierdzenia, że w momencie wnoszenia odwołania

ostatecznym stało się odrzucenie oferty tego wykonawcy, co w świetle orzecznictwa stanowi podstawę do uznania, że podmiot taki utracił status wykonawcy,
a przez to możliwość korzystania z ochrony prawnej przed czynnościami zamawiającego
w postępowaniu, w którym nie ma już jego oferty.
W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie było sporu co do tego, że na dzień wniesienia odwołania tj. 25 listopada 2024 r. odwołujący posiadał status wykonawcy. Czynność zamawiającego obejmująca unieważnienie postępowania oraz odrzucenie oferty odwołującego miała miejsce 18 listopada 2024 r., zatem wnosząc odwołanie 25 listopada 2024 r., odwołujący złożył je w terminie na jego wniesienie (zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 509 ust. 2 Pzp) oraz posiadał status wykonawcy. Tym samym Izba stwierdziła, że wnosząc odwołanie w przedmiotowej sprawie, odwołujący formalnie był aktywnym uczestnikiem postępowania tj. wykonawcą. W ocenie składu orzekającego utrata przez odwołującego statusu wykonawcy w postępowaniu już po wniesieniu odwołania, a przed otwarciem rozprawy powinna być oceniana ewentualnie w kontekście ustalenia czy wykonawca wnoszący odwołanie ma lub miał interes we wniesieniu odwołania, co stanowi element rozpoznania, a nie badania od strony formalnej dopuszczalności odwołania.
Mając na uwadze powyżej wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że nie zaistniała przesłanka od odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 2 Pzp
i w związku z tym postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania
w sprawie o sygn. akt KIO 4411/24 na tej podstawie

Izba uznała, że obaj odwołujący posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Tym samym Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego podniesionej
w odpowiedzi na odwołanie złożonej w sprawie o sygn. akt KIO 4411/24. Zamawiający stwierdził, że choćby Izba uwzględniła zarzuty w zakresie określonym przez odwołującego, to zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W ocenie zamawiającego z punktu widzenia odwołującego, nie ma on interesu we wniesieniu odwołania w tym kształcie. Uwzględnienie zarzutu w zakresie wykluczenia
i odrzucenia oferty odwołującego wobec czynu nieuczciwej konkurencji, nie spowoduje, że odwołujący odzyska status wykonawcy, pozostaje bowiem wykluczony na pozostałych podstawach – złożenia oferty z rażąco niską ceną oraz braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający dodał, że nie wiadomo na czym polega szkoda, która musi wystąpić łącznie z interesem w uzyskaniu zamówienia. Podobnie, uwzględnienie odwołania w zakresie unieważnienia przetargu jest w istocie odwołaniem na rzecz konsorcjum COMFORT, bowiem jedynie konsorcjum będzie miało ewentualnie szansę na uzyskanie zamówienia – nie będzie miał jej odwołujący, który dlatego nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że w jego ocenie głównym zarzutem formalnym pozostaje brak możliwości wniesienia odwołania wobec ostatecznego wykluczenia odwołującego postępowania. W istocie bowiem odwołujący usiłował wnieść odwołanie od uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty, czego przepisy Pzp nie dopuszczają.
W przekonaniu zamawiającego, odwołujący realizuje też interes konsorcjum COMFORT, co świadczyło dodatkowo za zmową cenową.

Skład orzekający nie zgodził się ze wskazaną powyżej argumentacją zamawiającego. Izba podkreśliła, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp należy interpretować szeroko jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia
w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes ten może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. Jak trafnie stwierdzono
w uzasadnieniu wyroku z 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19, w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone
z definicją legalną zamówienia publicznego (zob. wyrok z 5 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2144/18 oraz 16 września 2021 r. sygn. akt KIO 2528/21). Ponadto Izba zwróciła uwagę, że treść art. 505 ust. 1 Pzp, który w odróżnieniu do brzmienia określonego w art. 179 ust. 1 ustawy z 2004 r., nie zawiera zwrotu odnoszącego się do „danego zamówienia”, co oznacza zmianę zakresu pojęciowego przesłanki interesu w stosunku do treści analogicznego przepisu sprzed nowelizacji. Zmiana ta pozwala na szerszy zakres zastosowania środków ochrony prawnej i znalazła zastosowanie w przedmiotowej sprawie, ponieważ co prawda unieważnienie czynności unieważnienia postępowania nie doprowadzi do

„przywrócenia” oferty odwołującego PJM w tym konkretnym postępowaniu, to jednak uwzględnienie odwołania w przedmiotowej sprawie wcale nie musi doprowadzić do wyboru oferty innego wykonawcy. W takiej sytuacji tj. po unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania oferta innego wykonawcy (konsorcjum COMFORT) będzie dopiero przedmiotem procesu badania i oceny, który może zakończyć się odrzuceniem oferty tego wykonawcy, co doprowadzi do unieważnienia postępowania. Wtedy odwołujący PJM mógłby poszukać swojej szansy przez złożenie oferty w kolejnym postępowaniu. Co istotne w tej sprawie dla oceny interesu nie można było pominąć okoliczności związanej z podstawą odrzucenia oferty odwołującego PJM, która była kwestionowana w odwołaniu (tj. odrzucenie oferty w związku
z wykluczeniem wykonawcy na postawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp). Odwołujący PJM tylko przez wniesienie przedmiotowego odwołania mógł kwestionować powyżej wskazaną czynność zamawiającego, która mogła skutkować wobec niego dotkliwymi konsekwencjami. Tym samym odwołujący PJM wykazał szkodę jaką mógł ponieść w związku z czynnością zamawiającego, która wiązała się z ryzykiem potencjalnego wykluczenia z innych postępowań na okres 3 lat (art. 111 pkt 4 Pzp). Wystąpienie takiego skutku wiązałoby się natomiast z pozbawieniem odwołującego przyszłych i możliwych do osiągnięcia zysków
w ramach możliwych do zawarcia w przyszłości umów o udzielenie zamówienia, co z kolei stanowiłoby utratę spodziewanych korzyści (lucrum cessans). W związku z tym nie można było uznać, że odwołujący PJM przez wniesienie odwołania nie realizował swojego interesu, tylko interes innego wykonawcy tj. konsorcjum COMFORT. Odwołujący PJM wykazał zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie składu orzekającego wykonawca ma uprawnienie do podważania czynności zamawiającego co do samych podstaw odrzucenia jego oferty w sferze faktycznej oraz prawnej jeśli rzutuje to na wynik danego postępowania oraz na sytuację prawną wykonawcy w innych postępowaniach przetargowych. Wynikiem tego postępowania była czynność unieważnienia postępowania, zatem podważenie podstawy unieważnienia niewątpliwie mogło istotnie wpłynąć na wynik, ponieważ mogło skutkować unieważnieniem tej czynności. Dodatkowo odwołanie związane było z wpływem na sytuację prawną odwołującego w innych postępowaniach przetargowych. W związku z powyższym Izba uznała, że odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 4411/24 miał interes w uzyskaniu zamówienia. Tym samym okoliczność utraty statusu wykonawcy przez odwołującego PJM już po wniesieniu odwołania nie mogła skutkować uznaniem, że podmiot ten nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na dwóch płytach CD (oddzielnie dla każdej sprawy) przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego
29 listopada 2024 r. (sprawa o sygn. akt KIO 4385/24) oraz 2 grudnia 2024 r. (sprawa o sygn. akt KIO 4411/24), w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- oferty złożone w postępowaniu;
- wezwanie z 4 października 2024 r. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowane do wykonawcy PJM;
- pismo z 7 października 2024 r. stanowiące odpowiedź wykonawcy PJM na powyżej wskazane wezwanie;
- wezwanie z 9 października 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych skierowane do wykonawcy DREWMAK A. i K. WIEWIÓRKOWSCY Sp. j.;
- wezwanie z 15 października 2024 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych skierowane do wykonawcy DREWMAK A. i K. WIEWIÓRKOWSCY Sp. j.;
- zawiadomienie z 18 listopada 2024 r. o unieważnieniu postępowania, która zawierała również informacje o odrzuceniu ofert obu odwołujących;

2)dokumenty załączone do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 4385/24:

- pismo zamawiającego z 17 lipca 2024 r. pochodzące z postępowania nr RZP/PW/27/2024;
- kosztorysy odwołującego;

3)dokumenty złożone na rozprawie przez zamawiającego obejmujące kosztorys wraz z załącznikami, który został sporządzony przez zamawiającego 10 grudnia 2024 r.

Izba odmówiła dopuszczenia i przeprowadzenia wnioskowanych przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 4385/24 dowodów z zeznań świadków:

a) pana M. Z. – dyrektora ds. realizacji kontraktów;

b) pana Ł. T. – kierownika budowy, osoby kosztorysującej;

na fakt: sposobu przygotowania oferty przez wykonawcę COMFORT-THERM Ł.K. w postępowaniu o n

RZP/PW/27/2024 oraz odwołującego w postępowaniu, sposobu kalkulacji ceny, sposobu przygotowania kosztorysów szczegółowych oraz założeń przyjętych do wyceny oferty odwołującego, a także przyczyn rozbieżności pomiędzy kwotą oferty COMFORT-THERM Ł.K. w postępowaniu o nr RZP/PW/27/2024,
a odwołującego w postępowaniu.
Oddalając powyżej wskazane wnioski dowodowe Izba wzięła pod uwagę to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się pisemnie (art. 20 ust. 1 Pzp). Okoliczność ta przekłada się również na postępowanie odwoławcze, ponieważ Izba rozpoznając odwołania bazuje przede wszystkim na dokumentach i materiałach wytworzonych w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które mają charakter pisemny. W przedmiotowych sprawach Izba zebrała wystarczający materiał dowodowy, który został oceniony jako pozwalający na merytoryczne rozpoznanie obu odwołań. Tym samym skład orzekający nie dostrzegł powodów ani potrzeby posiłkowania się dowodami w postaci zeznań świadków, które z założenia wynikającego z zaprezentowanej powyżej zasady pisemności, mają charakter posiłkowy oraz pośredni. W tej sytuacji przedmiotowe dowody wnioskowane przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 4385/24 prowadziłyby wyłącznie do niezasadnego wydłużenia postępowania odwoławczego. Zgodnie z treścią art. 541 Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W okolicznościach przedmiotowej sprawy ww. wnioski dowodowe zostały ocenione jako powołane jedyne dla zwłoki tym samym Izba była zobowiązana odmówić ich przeprowadzenia.

Izba ustaliła co następuje

26 czerwca 2024 r. zamawiający wszczął pierwsze postępowanie o sygnaturze RZP/PW/27/2024, którego przedmiotem była wymiana stolarki okiennej na okna PCV
w budynkach mieszkalnych przy ul. Mickiewicza nr 9, 18 D i 20 w Warszawie (zwane dalej „pierwszym postępowaniem"). Zakres pierwszego postępowania był tożsamy jak
w postępowaniu. W pierwszym postępowaniu zostały złożone dwie oferty:
1) oferta R.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PB HOLDER-BUD R.K. na kwotę 198 261,89 zł;
2) oferta Ł.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł.K. na kwotę 572 940,00 zł.
17 lipca 2024 r. zamawiający podał informację o kwocie na sfinansowanie zamówienia, która wynosiła 1 650 000,00 zł.
Oferta z pkt 1 powyżej została odrzucona ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia. Oferta z pkt 2 została odrzucona ze względu na brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.
Pierwsze postępowanie zostało unieważnione 20 sierpnia 2024 r.
Ogłoszenie w postępowaniu zostało opublikowane 17 września 2024 r. Otwarcie ofert nastąpiło 3 października 2024 r. W postępowaniu złożono trzy oferty:
1) oferta wykonawcy PJM na kwotę 794 340 zł;
2) oferta wykonawcy DREWMAK A. I K. WIEWIÓRKOWSCY Sp. j. na kwotę 1 244 700 zł;
3) oferta wykonawcy konsorcjum COMFORT na kwotę 1 615 680 zł.
3 października 2024 r. zamawiający podał także informację o kwocie na sfinansowanie zamówienia, która wynosiła 1 650 000,00 zł
4 października 2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę PJM *do wyjaśnień dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów.*
Wykonawca PJM 7 października 2024 r. przekazał odpowiedź na powyżej wskazane wezwanie. W odpowiedzi tej wykonawca PJM wskazał m. in.:
Ze względu na zbyt mały okres czasu jaki przysługiwał nam jako Wykonawcy oraz braki kadrowe wynikające z kończącego się okresu urlopowego – nie zdążyliśmy dokonać rzetelnych kalkulacji na bazie których mogliśmy zaoferować realną kwotę w Ofercie. Ponadto nie przeanalizowaliśmy dokładnie specyfikacji technicznej, SWZ oraz Projektowanych Postanowieniach Umowy i nie objęliśmy całkowitego kosztu wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkich kosztów towarzyszących jej wykonaniu. Wszystkie te czynniki przekładają się na to, że nie jesteśmy w stanie obronić merytorycznie wysokości zaoferowanej przez nas kwoty w Formularzu Ofertowym. W związku z tym nie mamy możliwości również udzielić odpowiedzi na powyższe pytania zadane przez Zamawiającego, w sposób który by zapewnił obronę zaoferowanej kwoty. Nasza cena nie uwzględnia wszystkich wymagań Zamawiającego. Do tego nie przewidzieliśmy rezerwy na koszty związane z wystąpieniem okoliczności nieprzewidzianych, niezbędnych do prawidłowego wykonania usługi oraz nie uwzględniliśmy realnej wysokości kosztów osobowych dla poszczególnych elementów prac projektowych.
Wobec powyższego zamawiający wezwał 9 października 2024 r. wykonawcę DREWMAK A. I K. WIEWIÓRKOWSC Sp. j. do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych w terminie do dnia 14 października 2024 r., zaś 15 października 2024 r., wobec braku odpowiedzi ww. wykonawcy, wezwał go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w terminie do 18 października 2024 r., na co również nie otrzymał odpowiedzi.

Zawiadomieniem z 18 listopada 2024 r. zamawiający dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp wskazując, że wszystkie oferty złożone
w postępowaniu zostały odrzucone.
Jak wynikało z powyżej wskazanego zawiadomienia:
- oferta wykonawcy PJM została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a), 7, 8 i 12 Pzp;
- oferta wykonawcy DREWMAK A. I K. WIEWIÓRKOWSCY Spółka została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a), c), 7 i 12 Pzp;
- oferta wykonawcy konsorcjum COMFORT została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i 7 Pzp.
W uzasadnieniu faktycznym dla czynności odrzucenia wszystkich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i 7 Pzp zamawiający wskazał:
W dniu 28.06.2024 r. Zamawiający wszczął pierwsze postępowanie o sygnaturze RZP/PW/27/2024, którego przedmiotem była: wymiana stolarki okiennej na okna PCV
w budynkach mieszkalnych przy ul. Mickiewicza nr 9, 18 D i 20 w Warszawie. Zostały w nim złożone dwie oferty:
(…)
Oferta nr 2 została odrzucona ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia.
Oferta nr 1 (złożona przez Lidera Konsorcjum, które złożyło ofertę nr 1 w niniejszym postępowaniu) również została odrzucona. Podstawą odrzucenia było to, że Wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zanim jednak Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, złożył do Zamawiającego (wraz z dokumentami na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu) pisemne oświadczenie o treści:
„W związku ze złożeniem oferty na ww. zadanie po ponownej analizie przedmiotu zamówienia informujemy, iż nasza oferta znacząco odbiega od realnych kosztów wykonania zadania. Z uwagi na powyższe nie możemy podjąć się realizacji zamówienia w cenie ujętej
w złożonej ofercie".
Z uwagi na fakt, że wszystkie oferty złożone w niniejszym postępowaniu podlegały odrzuceniu, zmaterializowała się przesłanka wyrażona w art. 255 pkt 2 Pzp i w dniu 20.08.2024 r. postępowanie zostało unieważnione.
2) W dniu 17.09.2024 r. Zamawiający wszczął drugie postępowanie na tożsamy przedmiot zamówienia. W odpowiedzi na ogłoszenie zostały złożone trzy oferty:
(…)
3) Zamawiający dokonał czynności badania i oceny złożonych ofert w wyniku czego:
• w dniu 04.10.2024 r. wystąpił do Wykonawcy PJM Investment o wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny w odpowiedzi na co został poinformowany, że (…).
• w dniu 09.10.2024 r. a następnie wobec braku reakcji na to wezwanie w dniu 15.10.2024 r. wystąpił do Wykonawcy DREWMAK o złożenie podmiotowych środków dowodowych. Obydwa pisma Zamawiającego pozostały bez odpowiedzi.
• w dniu 24.10.2024 r. Zamawiający wystąpił do Wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Lider Konsorcjum COMFORT-THERM był jedynym, który odpowiedział na wezwanie – wyrażając zgodę na przedłużenie terminu.
4) W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Zamawiającego, Wykonawcy: PJM Investment, DREWMAK oraz Konsorcjum firm z Liderem Konsorcjum COMFORT-THERM działali w porozumieniu, którego celem było uzyskanie zamówienia za kwotę najwyższą
z możliwych w ramach złożonych w postępowaniu ofert, złożoną przez Konsorcjum
z Liderem Konsorcjum COMFORT-THERM. Świadczą o tym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny PJM Investment, w których nie podjęto nawet próby obrony oferty przed odrzuceniem oraz brak reakcji na dwa wezwania Zamawiającego ze strony DREWMAK. Zachowania ww. Wykonawców były nielogiczne i wbrew zasadom rynkowym, bowiem nie sposób wytłumaczyć w racjonalny sposób postępowania zmierzającego do odrzucenia oferty złożonej kilka dni wcześniej zarówno w przypadku PJM Investment, jak też DREWMAK.
W szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, iż wystąpiły tego rodzaju nadzwyczajne okoliczności, które by uzasadniały sytuację, iż nagle dwóch wykonawców, którzy złożyli korzystniejsze cenowo oferty niż Konsorcjum z Liderem COMFORT-THERM przestali być zainteresowani uzyskaniem zamówienia. Z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu odrzuconych ofert, w ocenie Zamawiającego wynika, iż zachowanie Wykonawców proponujących cenę niższą niż Konsorcjum było ukierunkowane na wybór oferty Wykonawcy proponującego cenę najwyższą w postępowaniu. Działanie tego rodzaju narusza zasady uczciwej konkurencji oraz przepisy Pzp.
5) Zamawiający na każdym etapie postępowania jest zobowiązany do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą KIO „zmowa przetargowa to praktyka polegająca na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców i organizatora przetargu warunków składanych ofert, czyli celowe wpływanie swoim

działaniem bądź zaniechaniem na decyzje Zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania, tak by doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmowie.". Praktyką naruszającą uczciwą konkurencję jest również zmowa przetargowa, określona w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jako porozumienie, którego celem i skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie
w inny sposób konkurencji na rynku, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zdaniem Zamawiającego działania wszystkich trzech Wykonawców naruszały zakaz zawarty w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również dobre obyczaje, ponadto naruszały interes Zamawiającego, który ogłaszając przetarg chciał zapewnić uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów (zgodnie z art. 17 ust 1 pkt 2 Pzp). Zachowanie Wykonawców ujawnione w toku postępowania świadczy jedynie o tym, iż zamiarem było uzyskanie kontroli nad przebiegiem postępowania i podjęcie próby uzyskania zamówienia przez Konsorcjum za kwotę wyższą – w porównaniu do oferty PJM o ***821.340,00*** *zł zaś w porównaniu do oferty DREMAK wyższą o****370. 980,00*** *zł. Tego rodzaju działanie w sposób świadomy i celowy godzi w dobre obyczaje i zasadę uczciwej konkurencji, na straży której obowiązany jest stać Zamawiający, w myśl postanowień art. 16 ust. 1 oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawcy powinni zapewnić niezakłócone funkcjonowanie konkurencji, poprzez rzetelne*
i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez zamawiających cechami oferowanych towarów lub usług.
Konkurencja powinna być "przejrzysta" czytelna dla przedsiębiorców i klientów a wyniki jej niezafałszowane. W niniejszym stanie faktycznym konkurencja między Wykonawcami nie istniała, pomimo złożenia trzech ofert w postępowaniu. Była to konkurencja jedynie pozorna, ponieważ dwóch Wykonawców dobrowolnie i celowo zrezygnowało z możliwości uzyskania umowy w tym postępowaniu po to, aby taką możliwość miał jedynie Wykonawca oferujący najwyższą cenę. Nie sposób też przeoczyć faktu, iż oferta tego Wykonawcy „podrożała" między jednym a drugim postępowaniem o ponad milion złotych (1.042.740,00 zł), mimo, że między jednym (18.07.2024 r) a drugim (03.10.2024 r.) otwarciem ofert minęło niewiele ponad dwa miesiące, a na rynku nie wydarzyły się żadne okoliczności, które tłumaczyłyby
w sposób logiczny taką sytuację.
6) W zaistniałych okolicznościach, Zamawiający nie dopatrzył się innego celu uczestniczenia w przetargu przez wymienione podmioty, jak tylko uzyskanie przedmiotowego zamówienia za najdroższą cenę, przy wykorzystaniu określonych mechanizmów ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujących wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny czy do złożenia i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału dającego Wykonawcom możliwość danego zachowania bądź zaniechania.
7) Zgodnie z orzecznictwem KIO, dla stwierdzenia porozumienia (zmowy przetargowej) nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to - co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzały i mogły one osiągnąć. W ocenie Zamawiającego, wystąpiły podstawy potwierdzające dokonanie czynów nieuczciwej konkurencji. Orzecznictwo pokazuje, że nie musiały mieć nawet formy dokonanej, wystarczyła bowiem sama możliwość zaistnienia takiego czynu i potencjalnych jego skutków, aby Zamawiający zastosował sankcję odrzucenia ofert, których złożenie nie realizowało celu uczciwej między nimi konkurencji, a inne zamiary, polegające na uzyskaniu zamówienia, przy tym za cenę możliwie najwyższą.
8) Stan faktyczny występujący w niniejszym postępowaniu jest analogicznym przykładem podawanym przez UOKIK jako definicja zmowy przetargowej. I tak, wedle ugruntowanego stanowiska UOKIK zmowa przetargowa występuje, np. gdy:
• dany wykonawca składa ofertę celowo mniej atrakcyjną niż oferta wytypowana do zwycięstwa,
• zainteresowany przetargiem podmiot celowo rezygnuje z ubiegania się o zamówienie,
• poszczególni wykonawcy uzgadniają treść ofert, w których ceny są odpowiednio zróżnicowane. Jeśli po otwarciu ofert okazuje się, że oferty członków zmowy zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta zwycięska jest „wycofywana" poprzez nieuzupełnienie dokumentacji lub niekorygowanie błędów w ofercie, co powoduje wykluczenie oferenta. Jeżeli oferty członków zmowy znajdują się na trzech pierwszych miejscach, wycofywane są dwie najkorzystniejsze.
UOKIK za zmowę przetargową uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawienia ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną. Jako przykłady UOKIK wskazuje sytuacje, kiedy ceny wykonawców, którzy zawarli porozumienie, były kolejno niższe, a zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy, aby umożliwić wybór oferty droższej, będącej propozycją przedsiębiorcy, z którym pozostawał w zmowie. Analogicznie, jeśli oferty członków porozumienia zajmują trzy pierwsze miejsca, wycofywane są dwie najkorzystniejsze oferty, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu.
9) Zamawiający, jako dysponent środków publicznych, nie mógł postrzegać okoliczności opisanych w niniejszym piśmie jako zbiegu okoliczności. Cel i zamiar porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami wynika w sposób obiektywny z

całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu ofert, które nie miały konkurować między sobą, a co niewątpliwie jest podstawowym celem procedury udzielania zamówień publicznych. Tym samym, podtrzymanie wyniku postępowania, tj. unieważnienie i odrzucenia ofert jest w pełni uzasadnione.

Treść przepisów dotyczących zarzutów w obu odwołaniach:
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 17 ust. 2 Pzp – *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*.;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i 7 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*
(…)
2) została złożona przez wykonawcę:
a) podlegającego wykluczeniu z postępowania
(…)
7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:*
(…)
5) 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;
- art. 255 pkt 2 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:*
(…)
2) wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Izba zważyła co następuje.

KIO 4385/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Oferta odwołującego, konsorcjum COMFORT została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. 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 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. Powyżej wskazany przepis nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią przepisu wystarczające jest oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Jak wskazuje się w orzecznictwie, udowodnienie zachodzi wówczas, gdy
w świetle przeprowadzonych dowodów fakt przeciwny dowodzonemu jest niemożliwy lub wysoce nieprawdopodobny. Ponieważ wykazanie zmów przetargowych jest bardzo trudne, ustawodawca uznał, że nie można przerzucać pełnego ciężaru dowodu zmowy przetargowej na zamawiającego. Wystarczy, że zamawiający znacznie uprawdopodobni, że do takiej zmowy mogło dojść. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, że zamawiający nie uprawdopodobnił w stopniu znacznym, że w postępowaniu doszło do zmowy przetargowej pomiędzy wszystkimi składającymi oferty wykonawcami.

Zamawiający uzasadniając wystąpienie zmowy przetargowej, w której miał brać udział również odwołujący konsorcjum COMFORT wziął pod uwagę zdarzenia, które miały miejsce w ramach toczącego się postępowania oraz pewne okoliczności powstałe w ramach pierwszego postępowania. Przywołane przez zamawiającego zdarzenia i okoliczności niewątpliwie stanowiły poszlaki pozwalające przypuszczać, że pomiędzy wykonawcami składającymi oferty w postępowaniu mogło dojść do porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Tym samym zamawiający słuszne zwrócił uwagę na te okoliczności ponieważ powinny one być – i jak wynikało z informacji o unieważnieniu postępowania były – przedmiotem analizy w ramach czynności badania ofert. W ocenie składu orzekającego zamawiający jednak wyciągnął zbyt daleko idące wnioski z tych zdarzeń i okoliczności, pomijając inne okoliczności, które także mogły mieć wpływ na ostateczne ustalenie czy

w postępowaniu miała miejsce zmowa przetargowa.
Zdaniem Izby taką okolicznością była z pewnością niestaranność w przygotowaniu dokumentacji przetargowej. Niestaranność ta przejawiała się w treści opisu przedmiotu zamówienia, a dokładniej we wskazaniu materiału, z którego miały być zrobione wymieniane okna. Sam tytuł postępowania oraz postanowienia opisu przedmiotu zamówienia podane w dokumencie stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ wskazywały na to, że stolarka okienna ma zostać wymieniona na okna PCV, natomiast pozostałe dokumenty załączone do SWZ wskazywały na okna drewniane (skrzynkowe). Przedmiotowa niestaranność w zakresie postanowień SWZ wystąpiła w pierwszym postępowaniu oraz została bezrefleksyjnie powtórzona w przedmiotowym postępowaniu. Okoliczność ta mogła mieć wpływ na poziomy cen podane w ofertach złożonych w pierwszym postępowaniu oraz przedmiotowym postępowaniu oraz mogła wyjaśniać tak duże rozbieżności pomiędzy cenami w pierwszym postępowaniu w stosunku do cen z tego postępowania jak i rozbieżności pomiędzy cenami
z ofert złożonych tylko w tym postępowaniu. Wykonawca Ł.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł.K., który złożył ofertę w pierwszym postępowaniu sugerował przedmiotową okoliczność, a wyjaśnienie
w tym zakresie zamawiający zacytował w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Na błędy przy wycenie oferty zwrócił również uwagę wykonawca PJM w piśmie z 7 października 2024 r., stanowiącym odpowiedź tego wykonawcy na wezwanie dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 4 października 2024 r. Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, które zawierało również uzasadnienie dla czynności odrzucenia oferty odwołującego nie przedstawił stanowiska, które wskazywałoby, że wziął tą okoliczność pod uwagę w procesie badania ofert. Mówiąc prościej zamawiający nie wyjaśnił, że niejednoznaczność czy też niestaranność w przygotowaniu postanowień opisu przedmiotu zamówienia nie mogła tłumaczyć czy też usprawiedliwiać wykonawców przez co należało ją potraktować jako okoliczność nieistotną dla stwierdzenia zmowy przetargowej. Zamawiający dopiero na rozprawie odniósł się do tej kwestii tj. w odpowiedzi na argumentację przedstawioną w odwołaniu. W ocenie składu orzekającego sytuacja ta przemawiała na niekorzyść zamawiającego i stanowiła argument dla uznania, że czynność zamawiającego była nieprawidłowa.
Druga okoliczność, co do której zamawiający wyciągnął zbyt daleko idące wnioski związana była z kwotą przewidzianą na sfinansowanie zamówienia. Zarówno w pierwszym postępowaniu jak i w obecnym, wynosiła ona 1 650 00,00 zł. Tym samym już przy okazji pierwszego postępowania (dokładnie 17 lipca 2024 r.) wykonawcy uzyskali informację, że na realizację tego zamówienia zamawiający zamierza przeznaczyć ww. kwotę. Okoliczność ta mogła potwierdzać dlaczego wykonawca z pierwszego postępowania nie zdecydował się na podtrzymanie swojej oferty przez przedłużenie terminu związania ofertą. Co więcej potencjalni oferenci w kolejnym postępowaniu mieli (lub mogli mieć) świadomość co do zakładanej wartości zamówienia przez samego zamawiającego. Tym bardziej, że kolejne postępowanie ogłoszone było na analogiczny zakres. Oczywistym zatem było, że jeżeli którykolwiek z podmiotów był rzeczywiście zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia i śledził czynności zamawiającego, w kolejnym postępowaniu mógł wycenić ofertę na poziomie zbliżonym do kwoty podanej przez zamawiającego. Ponadto zamawiający na rozprawie dowodził, że maksymalna wartość prac składających się na zamówienie wynosi 576 845,56 zł brutto. Nie wymagało skomplikowanych obliczeń matematycznych stwierdzenie, że powyżej wskazana wartość znacznie odbiega od kwoty podanej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienie. Jak wyjaśnił zamawiający podając kwotę na sfinansowanie zamówienia podał wartość wynikającą z planu finansowego, który dotyczy nie tylko tej inwestycji. Powyżej opisaną sytuację, podobnie jak niestaranność przy przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia, Izba potraktowała jako okoliczność godzącą
w stanowisko zamawiającego. Przez co zamawiający nie uprawdopodobnił w stopniu znacznym, że doszło do zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami ponieważ, mając na uwadze argumentację zamawiającego podaną w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, równie dobrze można było uznać, że okoliczności, które przywołał zamawiający na poparcie swojego stanowiska wynikały ze zwykłego przypadku lub normalnego przebiegu zdarzeń, do którego przyczynił się również zamawiający.
Ponadto Izba zwróciła uwagę, że art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazuje przykład porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Przykład ten odnosi się do sytuacji, w której wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy
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. W przedmiotowej sprawie co prawda nie miała miejsce taka sytuacja tj. zamawiający nie argumentował, że wykonawcy składający oferty należeli do tej samej grupy kapitałowej, niemniej w ocenie składu orzekającego nie ma zakazu uniemożliwiającego zwrócenie się do wykonawców z prośbą o wyjaśnienia w sytuacji,
w której wykonawcy nie należą do tej samej grupy kapitałowej, ale istnieją wobec nich uzasadnione wątpliwości, że mogli zawrzeć porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający oparł się na własnym przekonaniu, które wywiódł ze stanu sprawy, że w postępowaniu doszło do zmowy przetargowej

pomiędzy wykonawcami jednak ostatecznie nie udało mu się wykazać tej okoliczności w stopniu, który mógłby zostać uznany za znacznie prawdopodobny. Zamawiający w uzasadnieniu dla czynności odrzucenia oferty odwołującego powołał się na przykłady podawane przez UOKIK jako definicja zmowy przetargowej. Wymienił przy tym
m. in. to, że:
- zainteresowany przetargiem podmiot celowo rezygnuje z ubiegania się o zamówienie;
- poszczególni wykonawcy uzgadniają treść ofert, w których ceny są odpowiednio zróżnicowane.
W ocenie Izby zamawiający pozostał gołosłowny w swoich twierdzeniach ponieważ nie wykazał zaistnienia powyżej wskazanych przesłanek, które wprost odnoszą się do celowego i zamierzonego działania wykonawców.

Argumentacji odwołującego nie potwierdził także dowód złożony przez niego na rozprawie. Dowód ten obejmował kosztorys wraz z załącznikami, który został sporządzony przez zamawiającego 10 grudnia 2024 r. Izba pominęła przedmiotowy dowód ponieważ uznała go za spóźniony. Wnioski wynikające z tego dowodu jaki i sam fakt dokonania wyliczeń w tym zakresie zamawiający powinien przywołać w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. Na tym etapie postępowania odwoławczego dowód ten mógł zostać potraktowany co najwyżej jako przejaw wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości dokonanych czynności, których zamawiający próbował pozbyć się przez opracowanie dodatkowego materiału.

W posumowaniu dla tej części uzasadnienia Izba uznała, że stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami
w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba przyjęła, że stan rzeczy na podstawie którego zamawiający przyjął, że doszło do zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami co najmniej z takim samym prawdopodobieństwem mógł zaistnieć w wyniku zwykłego przypadku jak i niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami. Przedmiotowe ustalenie było niewystarczające dla uznania, że zamawiający w znacznym stopniu uprawdopodobnił, że doszło do zmowy
w postępowaniu. Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Skoro zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie ww. przepisów to tym bardziej nie można było uznać, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy
z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym kontekście należało wyjaśnić, że o ile art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wymienia w swojej treści wiarygodne przesłanki, które są podstawą stwierdzenia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, to art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp nie wskazuje określeń, które mogą zwolnić zamawiających
z obowiązku udowodnienia zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty określonej w tym przepisie. Tym samym zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy na podstawie ww. przepisu powinien udowodnić, że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu właściwej ustawy. Zamawiający nie udowodnił, że oferta odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało uznaniem, że odwołujący zasadnie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała, że potwierdził się także zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 Pzp, ponieważ zamawiający niezasadnie unieważnił postępowanie z uwagi to, że wszystkie oferty podlegały odrzuceniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu
i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem
z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał unieważnienia postępowania oraz niezasadnie odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego jako złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszty wpisu od odwołania oraz koszty stron poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Jednocześnie Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania

(10 000,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) zgodnie rachunkiem złożonym na rozprawie.

KIO 4411/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący PJM kwestionował czynność odrzucenia swojej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. 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 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. Powyżej wskazany przepis nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią przepisu wystarczające jest oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Jak wskazuje się w orzecznictwie, udowodnienie zachodzi wówczas, gdy
w świetle przeprowadzonych dowodów fakt przeciwny dowodzonemu jest niemożliwy lub wysoce nieprawdopodobny. Ponieważ wykazanie zmów przetargowych jest bardzo trudne, ustawodawca uznał, że nie można przerzucać pełnego ciężaru dowodu zmowy przetargowej na zamawiającego. Wystarczy, że zamawiający znacznie uprawdopodobni, że do takiej zmowy mogło dojść. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, że zamawiający nie uprawdopodobnił w stopniu znacznym, że w postępowaniu doszło do zmowy przetargowej pomiędzy wszystkimi składającymi oferty wykonawcami.

Zamawiający uzasadniając wystąpienie zmowy przetargowej, w której miał brać udział również odwołujący PJM wziął pod uwagę zdarzenia, które miały miejsce w ramach toczącego się postępowania oraz pewne okoliczności powstałe w ramach pierwszego postępowania. Przywołane przez zamawiającego zdarzenia i okoliczności niewątpliwie stanowiły poszlaki pozwalające przypuszczać, że pomiędzy wykonawcami składającymi oferty w postępowaniu mogło dojść do porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Tym samym zamawiający słuszne zwrócił uwagę na te okoliczności ponieważ powinny one być – i jak wynikało z informacji o unieważnieniu postępowania były – przedmiotem analizy w ramach czynności badania ofert. W ocenie składu orzekającego zamawiający jednak wyciągnął zbyt daleko idące wnioski z tych zdarzeń i okoliczności, pomijając inne okoliczności, które także mogły mieć wpływ na ostateczne ustalenie czy
w postępowaniu miała miejsce zmowa przetargowa.
Zdaniem Izby taką okolicznością była z pewnością niestaranność w przygotowaniu dokumentacji przetargowej. Niestaranność ta przejawiała się w treści opisu przedmiotu zamówienia, a dokładniej we wskazaniu materiału, z którego miały być zrobione wymieniane okna. Sam tytuł postępowania oraz postanowienia opisu przedmiotu zamówienia podane w dokumencie stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ wskazywały na to, że stolarka okienna ma zostać wymieniona na okna PCV, natomiast pozostałe dokumenty załączone do SWZ wskazywały na okna drewniane (skrzynkowe). Przedmiotowa niestaranność w zakresie postanowień SWZ wystąpiła w pierwszym postępowaniu oraz została bezrefleksyjnie powtórzona w przedmiotowym postępowaniu. Okoliczność ta mogła mieć wpływ na poziomy cen podane w ofertach złożonych w pierwszym postępowaniu oraz przedmiotowym postępowaniu oraz mogła wyjaśniać tak duże rozbieżności pomiędzy cenami w pierwszym postępowaniu w stosunku do cen z tego postępowania jak i rozbieżności pomiędzy cenami
z ofert złożonych tylko w tym postępowaniu. Wykonawca Ł.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT-THERM Ł.K., który złożył ofertę w pierwszym postępowaniu sugerował przedmiotową okoliczność, a wyjaśnienie
w tym zakresie zamawiający zacytował w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Na błędy przy wycenie oferty zwrócił również uwagę odwołujący PJM w piśmie z 7 października 2024 r., stanowiącym odpowiedź tego wykonawcy na wezwanie dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 4 października 2024 r. Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, które zawierało również uzasadnienie dla czynności odrzucenia oferty odwołującego nie przedstawił stanowiska, które wskazywałoby, że wziął tą okoliczność pod uwagę w procesie badania ofert. Mówiąc prościej zamawiający nie wyjaśnił, że niejednoznaczność czy też niestaranność w przygotowaniu postanowień opisu przedmiotu zamówienia nie mogła tłumaczyć czy też usprawiedliwiać wykonawców przez co należało ją potraktować jako okoliczność nieistotną dla stwierdzenia zmowy przetargowej. Zamawiający dopiero na rozprawie odniósł się do tej kwestii tj. w odpowiedzi na argumentację przedstawioną w odwołaniu. W ocenie składu orzekającego sytuacja ta przemawiała na niekorzyść zamawiającego i stanowiła argument dla uznania, że czynność zamawiającego była nieprawidłowa.
Druga okoliczność, co do której zamawiający wyciągnął zbyt daleko idące wnioski związana była z kwotą przewidzianą

na sfinansowanie zamówienia. Zarówno w pierwszym postępowaniu jak i w obecnym, wynosiła ona 1 650 00,00 zł. Tym samym już przy okazji pierwszego postępowania (dokładnie 17 lipca 2024 r.) wykonawcy uzyskali informację, że na realizację tego zamówienia zamawiający zamierza przeznaczyć ww. kwotę. Okoliczność ta mogła potwierdzać dlaczego wykonawca z pierwszego postępowania nie zdecydował się na podtrzymanie swojej oferty przez przedłużenie terminu związania ofertą. Co więcej potencjalni oferenci w kolejnym postępowaniu mieli (lub mogli mieć) świadomość co do zakładanej wartości zamówienia przez samego zamawiającego. Tym bardziej, że kolejne postępowanie ogłoszone było na analogiczny zakres. Oczywistym zatem było, że jeżeli którykolwiek z podmiotów był rzeczywiście zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia i śledził czynności zamawiającego, w kolejnym postępowaniu mógł wycenić ofertę na poziomie zbliżonym do kwoty podanej przez zamawiającego. Ponadto zamawiający na rozprawie dowodził, że maksymalna wartość prac składających się na zamówienie wynosi 576 845,56 zł brutto. Nie wymagało skomplikowanych obliczeń matematycznych stwierdzenie, że powyżej wskazana wartość znacznie odbiega od kwoty podanej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienie. Jak wyjaśnił zamawiający podając kwotę na sfinansowanie zamówienia podał wartość wynikającą z planu finansowego, który dotyczy nie tylko tej inwestycji. Powyżej opisaną sytuację, podobnie jak niestaranność przy przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia, Izba potraktowała jako okoliczności godzące w stanowisko zamawiającego. Przez co zamawiający nie uprawdopodobnił w stopniu znacznym, że doszło do zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami ponieważ, mając na uwadze argumentację zamawiającego podaną w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, równie dobrze można było uznać, że okoliczności, które przywołał zamawiający na poparcie swojego stanowiska wynikały ze zwykłego przypadku lub normalnego przebiegu zdarzeń, do którego przyczynił się również zamawiający.

Ponadto Izba zwróciła uwagę, że art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazuje przykład porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Przykład ten odnosi się do sytuacji, w której wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy

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. W przedmiotowej sprawie co prawda nie miała miejsce taka sytuacja tj. zamawiający nie argumentował, że wykonawcy składający oferty należeli do tej samej grupy kapitałowej, niemniej w ocenie składu orzekającego nie ma zakazu uniemożliwiającego zwrócenie się do wykonawców z prośbą o wyjaśnienia w sytuacji,

w której wykonawcy nie należą do tej samej grupy kapitałowej, ale istnieją wobec nich uzasadnione wątpliwości, że mogli zawrzeć porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający oparł się na własnym przekonaniu, które wywiódł ze stanu sprawy, że w postępowaniu doszło do zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami jednak ostatecznie nie udało mu się wykazać tej okoliczności w stopniu, który mógłby zostać uznany za znacznie prawdopodobny. Zamawiający w uzasadnieniu dla czynności odrzucenia oferty odwołującego powołał się na przykłady podawane przez UOKIK jako definicja zmowy przetargowej. Wymienił przy tym

m. in. to, że:

- zainteresowany przetargiem podmiot celowo rezygnuje z ubiegania się o zamówienie;
- poszczególni wykonawcy uzgadniają treść ofert, w których ceny są odpowiednio zróżnicowane.

W ocenie Izby zamawiający pozostał gołosłowny w swoich twierdzeniach ponieważ nie wykazał zaistnienia powyżej wskazanych przesłanek, które wprost odnoszą się do celowego i zamierzonego działania wykonawców.

Argumentacji odwołującego nie potwierdził także dowód złożony przez niego na rozprawie. Dowód ten obejmował kosztorys wraz z załącznikami, który został sporządzony przez zamawiającego 10 grudnia 2024 r. Izba pominęła przedmiotowy dowód ponieważ uznała go za spóźniony. Wnioski wynikające z tego dowodu jaki i sam fakt dokonania wyliczeń w tym zakresie zamawiający powinien przywołać w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. Na tym etapie postępowania odwoławczego dowód ten mógł zostać potraktowany co najwyżej jako przejaw wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości dokonanych czynności, których zamawiający próbował pozbyć się przez opracowanie dodatkowego materiału.

W posumowaniu dla tej części uzasadnienia Izba uznała, że stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami

w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba przyjęła, że stan rzeczy na podstawie którego zamawiający przyjął, że doszło do zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami co najmniej z takim samym prawdopodobieństwem mógł zaistnieć w wyniku zwykłego przypadku jak i niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami. Przedmiotowe ustalenie było niewystarczające dla uznania, że zamawiający w znacznym stopniu uprawdopodobnił, że doszło do zmowy

w postępowaniu. Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie

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

Skoro zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie ww. przepisów to tym bardziej nie można było uznać, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy
z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym kontekście należało wyjaśnić, że o ile art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wymienia w swojej treści wiarygodne przesłanki, które są podstawą stwierdzenia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, to art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp nie wskazuje określeń, które mogą zwolnić zamawiających
z obowiązku udowodnienia zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty określonej w tym przepisie. Tym samym zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy na podstawie ww. przepisu powinien udowodnić, że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu właściwej ustawy. Zamawiający nie udowodnił, że oferta odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało uznaniem, że odwołujący zasadnie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała, że potwierdził się także zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 Pzp, ponieważ zamawiający niezasadnie unieważnił postępowanie z uwagi to, że wszystkie oferty podlegały odrzuceniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu
i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem
z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał unieważnienia postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszty wpisu od odwołania oraz koszty stron poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Jednocześnie Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) zgodnie rachunkiem złożonym na rozprawie.

Ponadto Izba wskazała, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 4385/24 i KIO 4411/24, był art. 556 Pzp.

Przewodniczący:……..……