

Sygn. akt: KIO 2717/24, 2720/24

**WYROK**

**Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Małgorzata Rakowska**

**Ewa Sikorska**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę: FIRMĘ USŁUGOWO-HANDLOWĄ „NOWAK” R.N. z siedzibą w Jerzmanowicach w sprawie o sygn. akt KIO 2717/24;

B. w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę: M.N. Usługi i Handel "Nowak" z siedzibą w Jerzmanowicach w sprawie o sygn. akt KIO 2720/24;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Skąła

**orzeka:**

**KIO 2717/24**

1. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2717/24;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę FIRMĘ USŁUGOWO-HANDLOWĄ „NOWAK” R.N. z siedzibą w Jerzmanowicach w sprawie o sygn. akt KIO 2717/24 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FIRMĘ USŁUGOWO-HANDLOWĄ „NOWAK” R.N. z siedzibą w Jerzmanowicach w sprawie o sygn. akt KIO 2717/24 – tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 2717/24;

2.2. zasądza od FIRMY USŁUGOWO-HANDLOWEJ „NOWAK” R.N. z siedzibą w Jerzmanowicach w sprawie o sygn. akt KIO 2717/24 na rzecz Gminy Skąła kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Gminę Skąła.

**KIO 2720/24**

1. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2720/24;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę M.N. Usługi i Handel "Nowak" z siedzibą w Jerzmanowicach w sprawie o sygn. akt KIO 2720/24 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: M.N. Usługi i Handel "Nowak" z siedzibą w Jerzmanowicach w sprawie o sygn. akt KIO 2720/24 – tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w sprawach o sygn. akt KIO 2720/24;

2.2. zasądza od M.N. Usługi i Handel "Nowak" z siedzibą w Jerzmanowicach w sprawie o sygn. akt KIO 2720/24 na rzecz Gminy Skąła kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Gminę Skąła.

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 2717/24**

**KIO 2720/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Skąła wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa parkingu przy Szkole Podstawowej nr 2 im. bł. Salomei w Skale oraz Zespole Szkół i Placówek Oświatowych im. Władysława Łokietka w Skale” – znak zamawiającego GI.271.I.2.2024.SS

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00264280/01.

## KIO 2717/24

W dniu 25 lipca 2024 r. Odwołujący: R.N., działający pod firmą „FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA „NOWAK” R.N.” 32-048 Jerzmanowice, ul. Widokowa 70 powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 29 lipca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy „FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA „NOWAK” R.N.” 32-048 Jerzmanowice, ul. Widokowa 70, - o której zamawiający zawiadomił dnia 25.7.2024 r.

Czynności tej zarzucił naruszenie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, to jest :

1)art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, jakoby wykonawca miał zawrzeć z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu (USŁUGI I HANDEL „NOWAK” M.N. ul. Polna 2 32-048 Jerzmanowice) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w zakresie ustalania cen (tzw. porozumienie horyzontalne) – podczas, gdy okoliczności sprawy nie uzasadniają takiego wniosku;

2)art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, iż na gruncie normy zawartej w powołanym przepisie nie było ku temu podstaw.

Wskazując na powyższe zarzuty i dowody, Odwołujący wniósł o:

1.unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego – wykonawcy „FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA „NOWAK” R.N.” 32-048 Jerzmanowice, ul. Widokowa 70;

2.nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty „FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA „NOWAK” R.N.” 32-048 Jerzmanowice, ul. Widokowa 70;

3.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu poniesionych kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego stwierdzonych załączoną fakturą VAT nr 56/2024.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w niniejszym postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy „FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA „NOWAK” R.N.” 32-048 Jerzmanowice, ul. Widokowa 70 z kilku względów – niektóre nie budzą wątpliwości, ale jeden z nich jest fałszywy i pozostawienie go jako podstawy odrzucenia oferty rażąco narusza przepisy ustawy, przez co naraża wykonawcę na szkodę.

Zauważył, że podstawą odrzucenia oferty zamawiający uczynił między innymi art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem zarzucił, jakoby wykonawca zawrzeć miał porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji wraz z innym uczestnikiem postępowania – M.N..

Wywodził przy tym, że wskutek takiego – błędnego – rozstrzygnięcia, R.N. jako wykonawca może być wykluczony z innych postępowań prowadzonych na podstawie ustawy. A zatem, w rozumieniu art. 505 ust. 1 in fine Pzp jest on legitymowany we wniesieniu niniejszego odwołania mimo, że jego oferta podlegałaby odrzuceniu na innej podstawie prawnej (art. 224 ust 6 i art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp).

Odwołujący podniósł, że przesłankami, jakie zamawiający wskazał na poparcie swojego zarzutu jest to samo nazwisko wykonawców, identycznie przygotowana graficznie treść kosztorysu oferty oraz błąd w odwołaniu wniesionym w tej sprawie wcześniej przez M.N. (polegający na skarżeniu przez jednego wykonawcę zarzutów skierowanych do drugiego z nich).

W ocenie Odwołującego - nie są to przesłanki dotyczące konkurencji i nie wskazują na jakiegokolwiek jej zakłócenie – i już z samej tej przyczyny nie dają podstaw do stosowania art. 108 ust 1 pkt 5 Pzp. A więc w świetle samego uzasadnienia podanego przez zamawiającego, jego stanowisko jest błędne.

Wskazał, że oferty skarżącego i M.N. zdążył już zamawiający w tym postępowaniu odrzucić wcześniej, a to z powodu rzekomej sprzeczności ze specyfikacją - jednakże pod wpływem argumentów podanych w odwołaniu M.N., czynność swą unieważnił. Już przy pierwszym badaniu ofert widział zamawiający, jakie nazwisko noszą wykonawcy i jak wygląda forma graficzna składanych przez nich dokumentów. Nie jest jasna przyczyna, dla której nie postawił wówczas zarzutu zawarcia niedozwolonego porozumienia.

Zaznaczył, że postępowanie w tej sprawie prowadzi tut. Izba do sygn. akt KIO 2163/24 i wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów w aktach owego postępowania, a to z zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 17.6.2024 r., odwołania i odpowiedzi na odwołanie – na okoliczność uprzedniej oceny ofert dokonanej przez zamawiającego.

Powołał się w tym względzie na dowody:

1.zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 17.6.2024 r.,

2.odwołanie skarżącego,

3.odpowiedź na odwołanie,

Znajdujące się w aktach postępowania przed Izbą do sygn. akt KIO 2163/24.

Dodał przy tym, że jest faktem notoryjnym, iż skarżący wykonawca jest ojcem wykonawcy M.N. (składającego ofertę nr 7 w postępowaniu) – ale obaj tworzą osobne przedsiębiorstwa, nie ma między nimi powiązań kapitałowych i nie podejmują wspólnie decyzji gospodarczych.

Wyjaśnił, że gdyby je podejmowali, nie braliby przecież udziału w tym samym postępowaniu, w którym muszą między sobą konkurować.

Zdaniem Odwołującego - tożsama strona graficzna kosztorysów ofertowych nie świadczy zaś o żadnym niedozwolonym porozumieniu, wprost przeciwnie, każdy wykonawca używa wzorów dokumentów, z których korzysta przy przygotowywaniu ofert – zaś jeśli jeden oferent jest zstępnym drugiego to jest naturalną rzeczą posiadanie przez nich wspólnych wzorów dokumentów, z których następnie korzystają.

Trzeci fakt dostrzeżony przez zamawiającego, czyli omyłkowe odniesienie się we wcześniejszym odwołaniu w tym postępowaniu, do zarzutów stawianych innemu wykonawcy – jest niczym więcej jak omyłką co do treści pisma zamawiającego. Popelnienie takiej omyłki świadczy właśnie o braku porozumienia między wykonawcami, gdyby bowiem miało istnieć jakiegokolwiek porozumienie, to jego strony działałyby we wspólnym interesie i starały się unikać podejrzeń.

W związku z tym dodał, że nawet gdyby wykonawcy wspólnie redagowali treść odwołania – nie naruszałoby to ani prawa, ani zasad konkurencji i w żadnym razie nie uprawniałoby zamawiającego do odrzucania ofert.

Podkreślił, że zamawiający nie próbował wyjaśnić z tymi wykonawcami kwestii stawianych im zarzutów, choć miał taką możliwość – postawił zarzut a priori, bez jakiegokolwiek próby weryfikacji swoich podejrzeń. Takie zachowanie narusza prawo, w szczególności łamie zasadę uczciwego traktowania wykonawców.

Zauważył, że prezentowana przez zamawiającego wykładnia prawa jest rażąco sprzeczna z poglądami wypracowanymi w judykaturze.

Zarzucał, że Zamawiający nie zbadał, jaki wpływ na konkurencję miałoby mieć porozumienie między wykonawcami polegające na użyciu tego samego formularza dokumentu – i nie wyjaśnił w uzasadnieniu, w czym takowego wpływu upatruje.

Zwrócił uwagę, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie wskazał żadnej formy zakłócenia konkurencji ani nawet nie objaśnił, na czym miałyby polegać insynuowane przez niego stworzenie warunków „do dokonania manipulacji wynikiem postępowania, mające na celu wybór oferty jednego z wykonawców pozostających uczestnikiem niedozwolonego porozumienia.” (cyt. za uzasadnieniem skarżonej czynności).

Stwierdził, że współpraca wykonawcy ze swym ojcem nie tworzyła i nie tworzy żadnych warunków utrudniających działalność innym oferentom.

Podkreślił także, że sam fakt istnienia więzi rodzinnych nie pozwala stwierdzać istnienia niedozwolonego porozumienia.

Argumentował, że o ile orzecznictwo istotnie pozwala zamawiającemu opierać ocenę stosowania art. 108 ust. 1 pkt 5 na wiarygodnych przesłankach, a nie dowodach, to formułuje przy tym dwa istotne warunki – których zamawiający w niniejszej sprawie nie spełnił.

Po pierwsze, z owych przesłanek musi wynikać jednoznaczny wniosek, nie zaś wnioski alternatywne.

Tymczasem, jak wyżej wskazano, stan faktyczny pozwala z faktów wskazanych przez zamawiającego wywnioskować tezę o korzystaniu przez wykonawców z tych samych wzorów dokumentów i błędnego odczytania zawiadomienia zamawiającego (odniesienie zarzutów stawianych jednemu wykonawcy do drugiego z nich) – i jest to wersja co najmniej tak samo prawdopodobna, co prezentowana przez zamawiającego.

Po drugie, przyznał, że orzecznictwo wprawdzie zalicza współpracę wykonawców i przygotowanie jednakowych ofert do przesłanek potwierdzających zawarcie nielegalnego porozumienia – ale nigdy nie są to przesłanki ani jedyne ani główne, zawsze bowiem podstaw do tezy o zawarciu porozumienia upatruje się w zachowaniu odnoszącym się do innych oferentów i do przebiegu postępowania.

Wskazał, że w wyroku z dnia 7.9.2023 r. (do sygn. akt KIO 2512/23, opubl. w Lex nr 3634653) wyliczając okoliczności takiej jak „powiązania rodzinne, uprzednia współpraca w ramach jednej firmy, korzystanie z własnych zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, jednakowo przygotowane pod względem formy i treści oświadczenie zawarte w ofercie obu Wykonawców, dotyczące posiadanych zasobów (dysponowania pojazdami)” wskazano również „powtarzający się schemat postępowania w zakresie rozstawiania ofert i wycofywania jednej z nich” i dopiero wszystkie te okoliczności razem wzięte uznano za potwierdzające zawarcie nielegalnego porozumienia zakłócającego konkurencję.

W związku z tym dostrzegł, że poza dwoma elementami powtarzającymi się w niniejszej sprawie (powiązania rodzinne i jednakowa forma części oferty) żadne inne z tych okoliczności nie występują – a w szczególności nie doszło ani do „rozstawiania” ofert ani do wycofywania którejkolwiek z nich.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2024 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego, tj. Zarzutu nr 1 oraz Zarzut nr 3;

2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zamawiający wskazał, że treści odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

Zarzut nr 1: art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez uznanie, jakoby wykonawca miał zawrzeć z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu ((Oferta nr 7 - USŁUGI I HANDEL „NOWAK” M.N. ul. Polna 2 32-048 Jerzmanowice) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w zakresie ustalania cen (tzw. porozumienie horyzontalne) – podczas, gdy w ocenie Odwołującego okoliczności sprawy nie uzasadniają takiego wniosku

Zarzut nr 2: art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp – poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że treść powołanej normy nie daje podstawy do takiej czynności;

Zarzut nr 3: art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty niezgodnie z kryteriami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – a mianowicie poprzez wybór wykonawcy (WYŻBUD G.W. ul. Paderewskiego 77 Krzywopłoty), którego oferta nie spełnia kryteriów wskazanych przez zamawiającego w takim stopniu, jak oferta odwołującego.

Zaznaczył, że we wniosku co do rozstrzygnięcia Odwołujący wnosil o:

1. unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy WYŻBUD G.W. ul. Paderewskiego 77 Krzywopłoty jako najkorzystniejszej;

2. unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert;

3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawcy „FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA „NOWAK” R.N.”;

4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu poniesionych kosztów postępowania;

W ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. Zarzut nr 1)

W przekonaniu Zamawiającego okoliczności sprawy wskazują na to, że Odwołujący zawarł z innym wykonawcą (Oferta nr 7 - USŁUGI I HANDEL „NOWAK” M.N. ul. Polna 2 32048 Jerzmanowice) niedozwolone porozumienie, które winno skutkować wykluczeniem go z postępowania. Za istnieniem takowego porozumienia przemawiają wiarygodne przesłanki wskazujące jednocześnie, że owo porozumienie miało na celu zakłócenie konkurencji w zakresie ustalania cen (tzw. porozumienie horyzontalne).

Trudno bowiem inaczej jak tylko wspólnym przygotowaniem ofert tłumaczyć to, że zarówno Odwołujący jak i M.N. do oferty załączyli wymagane przez Zamawiającego kosztorysy zawierające identyczne przeinaczenia (względem ostatecznego wzoru przedmiaru) zwłaszcza, że wystąpiły one w natężeniu (ilości), których nie sposób rozsądnie tłumaczyć zbiegiem okoliczności.

Zamawiający wywodził, że przeinaczenie pierwsze polega na dokonaniu modyfikacji treści przedmiaru, który był aktualizowany w toku postępowania dwukrotnie. Załączone do ww ofert kosztorysy, w pozycji 1.2 stanowiły kompilację wersji przedmiarów modyfikowanych w toku postępowania (wersja pierwotna została opublikowana w dniu ogłoszenia postępowania; modyfikacji dokonywano odpowiednio w dniu 18.04.2024 oraz w dniu 24.04.2024) wszystkie wersje przedmiarów stanowią załączniki do niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

I tak, w kosztorysach, w pozycji 1.2, obaj wykonawcy wpisali jednobrzmiąco:

„Wykonanie koryta na poszerzeniach chodników w gruncie kategorii II-IV- 35 cm głębokości koryta wraz z utylizacją gruzu (ilość 3016,56 m<sup>2</sup>)”.

Powyższy zapis jest niezgodny z opisem pozycji 1.2 ostatecznej wersji przedmiaru, zgodnie z którą winno być wycenione:

„Wykonanie koryta pod warstwy konstrukcyjne gr. Kat II-IV gł. 35 cm wraz z utylizacją”.

W dalszej pozycji (4d.2) obaj wykonawcy użyli tożsamo odmiennych od wymaganego przedmiaru wyrażeń w opisie elementów ulic:

„Krawężniki wraz z wykonaniem ław, betonowe wystające 15x30 cm, ława betonowa, podsypka cementowa”, podczas gdy pozycję 4d.2 w przedmiarze Zamawiającego opisano:

„Krawężniki betonowe wystające o wymiarach 15x30 cm z wykonaniem ław betonowych na podsypce cementowo – piaskowej”.

W kolejnej pozycji (5 d.2 ) kosztorysowej obu wykonawców wskazano jednakże:

„Krawężniki wraz z wykonaniem ław, betonowe wystające 15x22, ława betonowa, podsypka cementowo –

piaskowa”.

Z kolei odpowiednia pozycja przedmiaru 5 d.2 Zamawiającego opisana była:

„Krawężniki betonowe wtopione o wymiarach 15x22 cm z wykonaniem ław betonowych na podsypce cementowo – piaskowej”.

Wreszcie w pozycji 8 d.3 obu kosztorysów ofertowych użyto identycznie:

„Kruszywo łamane, uziarnienie 0-31,5mm”,

podczas gdy analogiczna pozycja była opisana:

„kruszywo łamane 0-31,5 mm”.

W związku z powyższym argumentował, że już pojedyncza zbieżność tego rodzaju mogłaby i powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości współdziałania wykonawców. Tymczasem różnice w stosunku do przedmiaru dotyczą czterech z dziesięciu pozycji kosztorysowych, co oznacza, że około 40% tekstu kosztorysów zostało tożsamo, identycznie zmodyfikowane przez obu wykonawców. Jest wielce nieprawdopodobne, by modyfikacja wszystkich wymienionych pozycji kosztorysowych, znacząca co do zakresu zmiany i identyczna co do treści, której nie sposób uznać za konsekwencję przeoczenia lub przypadkowego pominięcia – wręcz przeciwnie, na pierwszy rzut oka daje się tam dostrzec intencję piszącego – została dokonana w sposób niezależny przez każdego z wykonawców. Teza o współdziałaniu wykonawców jest tym bardziej prawdopodobna, że podobieństwo kosztorysów dotyczy nie tylko modyfikacji treściowych ale również układu tekstu, interlinii, szerokości kolumn, odstępów pomiędzy wyrazami.

Zdaniem Zamawiającego - nie sposób także racjonalnie bronić tezy – jak próbuje to czynić odwołujący – że tożsamy wygląd kosztorysów wynikał z posiadania - ze względu na pokrewieństwo - wspólnych wzorców dokumentów przez obu wykonawców. I choć zdaniem Zamawiającego argumentem tym Odwołujący posługuje się wyłącznie na użytek postępowania przed Izłą, to i tak czyni to w sposób nieprzekonujący.

Według Zamawiającego - podobieństwo w wyglądzie obu dokumentów (czcionka, układ tekstu, odstępy itp.) można by tłumaczyć sytuacją, w której dokumenty takie byłyby od podstaw jest wytwarzane przez wykonawców. Wówczas praca na „wyjściowym” wzorcu mogłaby dać efekt pewnego podobieństwa, choć z całą pewnością, rezultat nie byłby identyczny pod względem formy. W przedmiotowym przypadku natomiast kosztorys przygotowywany był w oparciu o wzorec Zamawiającego. Kształt i forma obu kosztorysów odbiega jednak od wzorca, którym jest przedmiar, zaś w zakresie formy jest tożsama względem siebie.

W przekonaniu Zamawiającego - ta argumentacja staje się już całkowicie chybiona, jeśli mowa o treści obu kosztorysów, bowiem trudno wyobrazić sobie, żeby wzory dokumentów będących w posiadaniu przedsiębiorców zawierały jednobrzmiące kosztorysy odpowiadające tym, które zbiegiem okoliczności mogą być użyte w postępowaniu o zamówienie prowadzonym obecnie przez Zamawiającego. Rzecz nie wydaje się bardziej prawdopodobna nawet przy uwzględnieniu istnienia między tymi przedsiębiorcami stosunku pokrewieństwa.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że nie sposób uznać za jakkolwiek wiarygodne, by identyczność (oczywiście mowa tu o identyczności z pominięciem wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych) przeinaczeń treściowych, mogła być wynikiem czegokolwiek innego niż współdziałanie obu wykonawców. Zaistnienie tego rodzaju zbieżności w takiej skali i natężeniu w następstwie przypadku lub jakichkolwiek okoliczności innych niż współdziałanie, przeczy stanowczo zasadom zdrowego rozsądku i doświadczenia życiowego.

Natomiast istnienie rzeczzonego współdziałania przy przygotowaniu kosztorysów trudno oceniać inaczej jak zawiązanie niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp. Tego rodzaju współpraca jest bowiem nie do pogodzenia z sytuacją pozostawiania ze sobą w stosunku faktycznej konkurencji.

Zamawiający wnioskował, że jedyną potencjalną korzyścią dla wykonawców jest tu stworzenie mechanizmu polegającego na rozstawianiu i wycofywaniu ofert. W przypadku, w którym tak uzgodnione oferty klasyfikowane są na najwyższych pozycjach rankingu ofert, umożliwiałoby to doprowadzenie do odrzucenia tych bardziej korzystnych dla zamawiającego. Powyższe może nastąpić w wyniku świadomego działania lub zaniechania ze strony wykonawców.

Wziąwszy powyższe pod uwagę, Zamawiający uznał, że porozumienie wykonawców zostało podjęte w celu w cel zakłócenia konkurencji, co odpowiada hipotezie normy zawartej w art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp. Działanie to należy uznać z prawidłowe. Inaczej niż utrzymuje Odwołujący, Zamawiający nie miał obowiązku badać jakiego rodzaju wpływ na konkurencję wywarło porozumienie

wykonawców. W odniesieniu do wykonawców będących uczestnikami antykonkurencyjnego porozumienia, PZP uzależnia możliwość wykluczenia wykonawcy od wykazania istnienia „wiarygodnych przesłanek”. Rodzi to zasadnicze konsekwencje dla rozkładu ciężaru dowodu. Oparcie się na „wiarygodnych przesłankach”, nie jest tym samym co przeprowadzenie dowodu bowiem w sprawach z zakresu ochrony konkurencji dopuszcza się stosowanie domniemań

faktycznych. Wyprowadzanie wniosków o istnieniu porozumień antykonkurencyjnych jest możliwe, gdy uzasadniające to poszlaki wystąpią w „odpowiedniej wadze i ilości”. Dotyczyć tę będzie sytuacji w których zaistniały zespół zachowań wykonawców, dawać się będzie wytłumaczyć jedynie istnieniem niedozwolonego porozumienia.

Zamawiający przekonywał, że wnioskowanie takie musi być zgodne z zasadami doświadczenia życiowego i reguł logiki. Jak to ujęła Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków... „Dla wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego możliwe jest zastosowanie domniemań faktycznych (...) Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek - o zмовie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego”. Jest oczywiście zrozumiałe, że obniżenie standardu dowodzenia w stosunku do danego podmiotu jest skorelowane z proporcjonalnymi i adekwatnymi możliwościami prowadzenia przez ten podmiot obrony. Jednakowoż, argumenty przedstawione w odwołaniu (powołujące posiadanie wspólnych wzorów dokumentów, brak wpływu na konkurencję) nie są wystarczające dla skutecznego wzruszenia przyjętego przez Zamawiającego domniemania faktycznego.

Ad. Zarzut nr 2)

W ocenie Zamawiającego - zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp jako podstawa odrzucenia oferty jest chybyony. Zamawiający nie dokonał w oparciu o powołaną podstawę prawną odrzucenia ofert. Podjęta przez Zamawiającego czynność polegała na wykluczeniu Odwołującego. Jak wskazano w treści zawiadomienia z dnia 25.07.2024 (str. 7 uzasadnienia): „Zważywszy na powyższe Zamawiający ocenił, że istnieją wiarygodne przesłanki istnienia między ww. wykonawcami niedozwolonego porozumienia i wykluczył wykonawcę [pogrubił Zamawiającego] FIRMA USŁUGOWO - HANDLOWA „NOWAK” R.N., ul. Widokowa 70; 32048 Jerzmanowice z postępowaniem niemniej, układ tekstu zawiadomienia, mógł wprowadzać wątpliwości co do treści czynności Zamawiającego. Informacja o wykluczeniu znalazła się w pkt. 2 Zawiadomienia opisanego: „W postępowaniu odrzucono następujące oferty”. Wedle Zamawiającego zarzut nr 2 nie powinien zostać uwzględniony, ponieważ nie jest to uchybienie, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (w rozumieniu art. 554 pzp). Oferta wykonawcy wykluczonego z postępowania podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) pzp. Co więcej, w treści przywołanego zawiadomienia wykonawcy zostali wyczerpująco poinformowani o podstawie ich wykluczenia. Treść wniesionego odwołania wyraźnie to potwierdza, jest widoczne, że Odwołujący miał pełną jasność do motywów decyzji Zamawiającego.

Tym niemniej, z ostrożności proceduralnej Zamawiający uwzględnił Zarzut nr 2.

W zakresie uwzględnionego Zarzutu nr 2 Zamawiający oświadczył, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzy ją w sposób jednoznacznie wskazujący na to, że art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp jest podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania, a konsekwencją powyższego jest odrzucenie jego oferty.

Ad. Zarzut nr 3)

Według Zamawiającego - z uwagi na argumenty wskazane powyżej Zarzut nr 3 tj. naruszenia art. 239 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty niezgodnie z kryteriami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może się ostać. Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Oferta ta nie podlega odrzuceniu i została złożona przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Z opisanych wyżej względów Zamawiający wnosił jak wskazano we wstępie: o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych (tj. Zarzutów nr 1, nr 3 oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

#### **KIO 2720/24**

W dniu 25 lipca 2024 r. Odwołujący: M.N. działający pod firmą „USŁUGI I HANDEL”NOWAK” M.N.” powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 29 lipca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego:

a) polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy WYŻBUD G.W. ul. Paderewskiego 77 Krzywopłoty i b) poprzedzającej ją czynności oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy „USŁUGI I HANDEL”NOWAK” M.N.” (czyli skarżącego) - o których to czynnościach zamawiający zawiadomił dnia 25.7.2024 r.

Czynnościom tym zarzucił naruszenie ustawy Pzp, to jest:

1) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, jakoby wykonawca miał zawrzeć z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu (Oferta nr 6 – FIRMA USŁUGOWO – HANDLOWA „NOWAK” R.N., ul.

Widokowa 70; 32-048 Jerzmanowice) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w zakresie ustalania cen (tzw. porozumienie horyzontalne) – podczas, gdy okoliczności sprawy nie uzasadniają takiego wniosku;

2)art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, iż na gruncie normy zawartej w powołanym przepisie nie było ku temu podstaw;

3)art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty niezgodnie z kryteriami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – a mianowicie poprzez wybór wykonawcy, którego oferta nie spełnia kryteriów wskazanych przez zamawiającego w takim stopniu, jak oferta odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty i dowody, wnosił o:

1.unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy WYŻBUD G.W. ul. Paderewskiego 77 Krzywopłaty jako najkorzystniejszej;

2.unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności oceny ofert;

3.unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego – wykonawcy „USŁUGI I HANDEL”NOWAK” M.N.”;

4.nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawcy „USŁUGI I HANDEL”NOWAK” M.N.”;

5.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu poniesionych kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z załączoną fakturą VAT nr 55/2024.

Odwołujący podał następujące uzasadnienie:

„Skarżonymi czynnościami jest odrzucenie oferty wykonawcy i będący jego konsekwencją wybór jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy. Podstawą odrzucenia oferty jest art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie twierdzi przy tym, jakoby wykonawcy należeli do tej samej grupy kapitałowej – a więc nie upatruje naruszenia prawa w złożeniu odrębnych ofert. Jak wynika z uzasadnienia faktycznego skarżonej czynności – zamawiający uważa jedynie, jakoby wykonawca zawrzeć miał porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji wraz z innym uczestnikiem postępowania – R.N.

Przesłankami, jakie zamawiający wskazał na poparcie swojego zarzutu jest to samo nazwisko wykonawców, identycznie przygotowana graficznie treść kosztorysu oferty oraz błąd w odwołaniu (polegający na skarżeniu przez jednego wykonawcę zarzutów skierowanych do drugiego z nich). Trzeba wskazać, że nie są to przesłanki dotyczące konkurencji i nie wskazują na jakiegokolwiek jej zakłócenie – i już z samej tej przyczyny nie dają podstaw do stosowania art. 108 ust 1 pkt 5 Pzp. A więc w świetle samego uzasadnienia podanego przez zamawiającego, jego stanowisko jest błędne.

Należy wskazać, że ofertę skarżącego zdążył już zamawiający w tym postępowaniu odrzucić wcześniej, a to z powodu rzekomej sprzeczności ze specyfikacją - jednakże pod wpływem argumentów podanych w odwołaniu, czynność swą unieważnił. Już przy pierwszym badaniu ofert widział zamawiający, jakie nazwisko noszą wykonawcy i jak wygląda forma graficzna składanych przez nich dokumentów. Nie jest jasna przyczyna, dla której nie postawił wówczas zarzutu zawarcia niedozwolonego porozumienia. Postępowanie w tej sprawie prowadzi tu. Izba do sygn. akt KIO 2163/24 i wnoszę o dopuszczenie dowodu z dokumentów w aktach owego postępowania, a to z zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 17.6.2024 r., odwołania i odpowiedzi na odwołanie – na okoliczność uprzedniej oceny ofert dokonanej przez zamawiającego.

D o w ó d :1) zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 17.6.2024 r.,

2)odwołanie skarżącego,

3)odpowiedź na odwołanie,

- wszystko w aktach postępowania przed Izbą do sygn. akt KIO 2163/24.

Dodać przy tym należy, że jest faktem notoryjnym iż skarżący wykonawca jest synem wykonawcy Ryszarda Nowaka (składającego ofertę nr 6 w postępowaniu) – ale obaj tworzą osobne przedsiębiorstwa, nie ma między nimi powiązań kapitałowych i nie podejmują wspólnie decyzji gospodarczych. Gdyby je podejmowali, nie braliby przecież udziału w tym samym postępowaniu, w którym muszą między sobą konkurować. Tożsama strona graficzna kosztorysów ofertowych nie świadczy zaś o żadnym niedozwolonym porozumieniu, wprost przeciwnie, każdy wykonawca używa wzorów dokumentów, z których korzysta przy przygotowywaniu ofert – zaś jeśli jeden oferent jest zstępnym drugiego to jest naturalną rzeczą posiadanie przez nich wspólnych wzorów dokumentów, z których następnie korzystają. Trzeci fakt dostrzeżony przez zamawiającego, czyli omyłkowe odniesienie się we wcześniejszym odwołaniu w tym postępowaniu, do zarzutów stawianych innemu wykonawcy – jest niczym więcej jak omyłką co do treści pisma zamawiającego. Popęlenie takiej omyłki świadczy właśnie o braku porozumienia między wykonawcami, gdyby bowiem miało istnieć jakiegokolwiek porozumienie, to jego strony działałyby we wspólnym interesie i starały się unikać podejrzeń. Dodać także trzeba, że nawet gdyby wykonawcy wspólnie redagowali treść odwołania – nie naruszałoby to ani prawa, ani zasad konkurencji i w

żadnym razie nie uprawniałoby zamawiającego do odrzucania ofert.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie próbował wyjaśnić z tymi wykonawcami kwestii stawianych im zarzutów, choć miał taką możliwość – postawił zarzut a priori, bez jakiegokolwiek próby weryfikacji swoich podejrzeń. Takie zachowanie narusza prawo, w szczególności łamie zasadę uczciwego traktowania wykonawców.

Dodać należy, że prezentowana przez zamawiającego wykładnia prawa jest rażąco sprzeczna z poglądami wypracowanymi w judykaturze.

Zamawiający nie zbadał, jaki wpływ na konkurencję miałyby mieć porozumienie między wykonawcami polegające na użyciu tego samego formularza dokumentu – i nie wyjaśnił w uzasadnieniu, w czym takowego wpływu upatruje. Tymczasem, jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.2.2022 r. (sygn. akt KIO 201/22, opubl. w Lex nr 3361899) „nie każde porozumienie pomiędzy wykonawcami (a więc wzajemna wymiana informacji przy wspólnym składaniu ofert) stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty. Tylko takie porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji, powinno skutkować wykluczeniem z postępowania, ale w sytuacji wiarygodnych przesłanek co do zamiaru, czy też skutku jakim jest zakłócenie konkurencji. Zakazane nie jest więc samo porozumienie między wykonawcami, lecz cel tego porozumienia lub też skutek, jakim jest zakłócenie konkurencji np.: zawyżenie cen, czy też uniemożliwienie złożenia oferty innym wykonawcom to jest wykonawcom spoza porozumienia (brak dostępu).” W niniejszej sprawie Zamawiający nie wskazał żadnej formy zakłócenia konkurencji ani nawet nie objaśnił, na czym miałyby polegać insynuowane przez niego stworzenie warunków „do dokonania manipulacji wynikiem postępowania, mające na celu wybór oferty jednego z wykonawców pozostających uczestnikiem niedozwolonego porozumienia.” (cyt. za uzasadnieniem skarżonej czynności). Stwierdzić zaś należy, że współpraca wykonawcy ze swym ojcem nie tworzyła i nie tworzy żadnych warunków utrudniających działalność innym oferentom.

Orzecznictwo podkreśla także, że sam fakt istnienia więzi rodzinnych nie pozwala stwierdzać istnienia niedozwolonego porozumienia. Wprost wskazano na tę okoliczność w wyroku KIO z dnia 9.1.2024 r. do sygn. akt KIO 3799/23 (oubl. w Lex 3704954) – „same relacje rodzinne nie są wystarczające do stwierdzenia, iż jeden z przedsiębiorców ma pozycję dominującą”. Co więcej, Izba wskazała w tymże orzeczeniu na okoliczność, która zdaje się całkowicie ująć uwagi zamawiającego w niniejszej sprawie, mianowicie „Decyzja o złożeniu oferty w tym samym postępowaniu nie jest wystarczająca dla ustalenia, iż była podyktowana wspólnym celem gospodarczym, tym bardziej, iż złożenie dwóch ofert na te same części zamówienia nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia, a jedynie wskazuje na konkurowanie o to samo zamówienie.” (w stanie faktycznym sprawy KIO 3799/23 zamówienie było podzielone na części, w niniejszej sprawie tak nie jest, co czyni cytowany tu pogląd Izby tym bardziej aktualnym).

Co więcej, o ile orzecznictwo istotnie pozwala zamawiającemu opierać ocenę stosowania art. 108 ust. 1 pkt 5 na wiarygodnych przesłankach, a nie dowodach, to formułuje przy tym dwa istotne warunki – których zamawiający w niniejszej sprawie nie spełnił.

Po pierwsze, z owych przesłanek musi wynikać jednoznaczny wniosek, nie zaś wnioski alternatywne (jak wskazano w wyroku KIO z 13.12.2023 r. do sygn. akt KIO 3569/23, opubl. w Lex nr 3704953 – Ocena zachowań wykonawców musi odbywać się z uwzględnieniem całości okoliczności danej sprawy. Dowody poszlakowe, na które powołał się Zamawiający, muszą stanowić zbiór faktów, z którego łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek - o zмовie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego”. Tymczasem, jak wyżej wskazano, stan faktyczny pozwala z faktów wskazanych przez zamawiającego wywnioskować tezę o korzystaniu przez wykonawców z tych samych wzorów dokumentów i błędnego odczytania zawiadomienia zamawiającego (odniesienie zarzutów stawianych jednemu wykonawcy do drugiego z nich) – i jest to wersja co najmniej tak samo prawdopodobna, co prezentowana przez zamawiającego.

Po drugie, orzecznictwo wprawdzie zalicza współpracę wykonawców i przygotowanie jednakowych ofert do przesłanek potwierdzających zawarcie nielegalnego porozumienia – ale nigdy nie są to przesłanki ani jedyne ani główne, zawsze bowiem podstaw do tezy o zawarciu porozumienia upatruje się w zachowaniach odnoszących się do innych oferentów i do przebiegu postępowania. W wyroku z dnia 7.9.2023 r. (do sygn. akt KIO 2512/23, opubl. w Lex nr 3634653) wyliczając okoliczności takiej jak „powiązania rodzinne, uprzednia współpraca w ramach jednej firmy, korzystanie z własnych zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, jednakowo przygotowane pod względem formy i treści oświadczenie zawarte w ofercie obu Wykonawców, dotyczące posiadanych zasobów (dysponowania pojazdami)” wskazano również „powtarzający się schemat postępowania w zakresie rozstawiania ofert i wycofywania jednej z nich” i dopiero wszystkie te okoliczności razem wzięte uznano za potwierdzające zawarcie nielegalnego porozumienia zakłócającego konkurencję. Nietrudno dostrzec, że poza dwoma elementami powtarzającymi się w niniejszej sprawie (powiązania rodzinne i jednakowa forma części oferty) żadne inne z tych okoliczności nie występują – a w szczególności

nie doszło ani do „rozstawiania” ofert ani do wycofywania którejkolwiek z nich.

Tym samym skarżona czynność nie może się ostać w świetle okoliczności sprawy i w świetle wykładni prawa, ukształtowanej w orzecznictwie.

Nadmienić trzeba, że postępowanie zamawiającego należy ocenić szczególnie krytycznie – bowiem ofertę skarżącego zdążył on już w tym postępowaniu odrzucić wcześniej i nie formułował wówczas zarzutów takich, jakie stawia obecnie, tymczasem po tym, jak skarżący trafnie wytknął mu błąd (dotykający notabene większość wykonawców), zamawiający decyduje się postawić mu zarzut bardzo doniosły i zmierzający do zdyskwalifikowania wykonawcy nie tylko w tym postępowaniu, ale i w innych w przyszłości. Co więcej, zamawiający stara się zastosować tak dotkliwą sankcję wobec wykonawcy mimo, że w istocie nie ma ku temu podstaw. W tych okolicznościach zarzut naruszania konkurencji – należałoby postawić raczej zamawiającemu, gdyż jego postawa może być poczytana za próbę bezpodstawnego eliminowania wykonawcy z rynku.

Skoro odrzucenie oferty nastąpiło z naruszeniem prawa – narusza prawo również czynność wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej. Również i ta czynność nie może się ostać.

W tym stanie rzeczy wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.”

Pismem z dnia 9 sierpnia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego, tj. Zarzutu nr 1 oraz Zarzut nr 3;
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W swojej odwołaniu podał następującą motywację:

„W treści odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów p.z.p:

Zarzut nr 1: art. 108 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez uznanie, jakoby wykonawca miał zawrzeć z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu (Oferta nr 6 – FIRMA USŁUGOWO – HANDLOWA „NOWAK” R.N., ul. Widokowa 70; 32-048 Jerzmanowice) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w zakresie ustalania cen (tzw. porozumienie horyzontalne) – podczas, gdy w ocenie Odwołującego okoliczności sprawy nie uzasadniają takiego wniosku

Zarzut nr 2: art. 108 ust. 1 pkt. 5 Pzp – poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że treść powołanej normy nie daje podstawy do takiej czynności;

Zarzut nr 3: art. 239 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty niezgodnie z kryteriami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – a mianowicie poprzez wybór wykonawcy (WYŻBUD G.W. ul. Paderewskiego 77 Krzywopłoty), którego oferta nie spełnia kryteriów wskazanych przez zamawiającego w takim stopniu, jak oferta odwołującego

We wniosku co do rozstrzygnięcia Odwołujący wnosi o:

1. unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy WYŻBUD G.W. ul. Paderewskiego 77 Krzywopłoty jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawcy „USŁUGI I HANDEL ”NOWAK” M.N.”;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu poniesionych kosztów postępowania;

W ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### UZASADNIENIE

Ad. Zarzut nr 1)

W przekonaniu Zamawiającego okoliczności sprawy wskazują na to, że Odwołujący zawarł z innym wykonawcą (Oferta nr 6 – FIRMA USŁUGOWO – HANDLOWA „NOWAK” R.N., ul. Widokowa 70; 32-048 Jerzmanowice -dalej R.N.) niedozwolone porozumienie, które winno skutkować wykluczeniem go z postępowania. Za istnieniem takowego porozumienia przemawiają wiarygodne przesłanki wskazujące jednocześnie, że owo porozumienie miało na celu zakłócenie konkurencji w zakresie ustalania cen (tzw. porozumienie horyzontalne).

Trudno bowiem inaczej jak tylko wspólnym przygotowaniem ofert tłumaczyć to, że zarówno Odwołujący jak i R.N. do oferty załączyli wymagane przez Zamawiającego kosztorysy zawierające identyczne przeinaczenia (względem ostatecznego wzoru przedmiaru) zwłaszcza, że wystąpiły one w natężeniu (ilości), których nie sposób rozsądnie tłumaczyć zbiegiem okoliczności.

Przeinaczenie pierwsze polega na dokonaniu modyfikacji treści przedmiaru, który był aktualizowany w toku postępowania dwukrotnie. Załączone do ww ofert kosztorysy, w pozycji 1.2 stanowiły kompilację wersji przedmiarów modyfikowanych w toku postępowania (wersja pierwotna została opublikowana w dniu ogłoszenia postępowania; modyfikacji dokonywano odpowiednio w dniu 18.04.2024 oraz w dniu 24.04.2024) wszystkie wersje przedmiarów stanowią

załączniki do niniejszej odpowiedzi na odwołanie

I tak, w kosztorysach, w pozycji 1.2, obaj wykonawcy wpisali jednobrzmiąco:

„Wykonanie koryta na poszerzeniach chodników w gruncie kategorii II-IV- 35 cm głębokości koryta wraz z utylizacją gruzu (ilość 3016,56 m<sup>2</sup>)”.

Powyższy zapis jest niezgodny z opisem pozycji 1.2 ostatecznej wersji przedmiaru, zgodnie z którą winno być wycenione:

„Wykonanie koryta pod warstwy konstrukcyjne gr. Kat II-IV gł. 35 cm wraz z utylizacją”.

W dalszej pozycji (4d.2) obaj wykonawcy użyli tożsamo odmiennych od wymaganego przedmiaru wyrażań w opisie elementów ulic:

„Krawężniki wraz z wykonaniem ław, betonowe wystające 15x30 cm, ława betonowa, podsypka cementowa”, podczas gdy pozycję 4d.2 w przedmiarze Zamawiającego opisano:

„Krawężniki betonowe wystające o wymiarach 15x30 cm z wykonaniem ław betonowych na podsypce cementowo – piaskowej”.

W kolejnej pozycji (5 d.2 ) kosztorysowej obu wykonawców wskazano jednakowo:

„Krawężniki wraz z wykonaniem ław, betonowe wystające 15x22, ława betonowa, podsypka cementowo – piaskowa”.

Z kolei odpowiednia pozycja przedmiaru 5 d.2 Zamawiającego opisana była:

„Krawężniki betonowe wtopione o wymiarach 15x22 cm z wykonaniem ław betonowych na podsypce cementowo – piaskowej”.

Wreszcie w pozycji 8 d.3 obu kosztorysów ofertowych użyto identycznie:

„Kruszywo łamane, uziarnienie 0-31,5mm”,

podczas gdy analogiczna pozycja była opisana:

„kruszywo łamane 0-31,5 mm”.

Już pojedyncza zbieżność tego rodzaju mogłaby i powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości współdziałania wykonawców. Tymczasem różnice w stosunku do przedmiaru dotyczą czterech z dziesięciu pozycji kosztorysowych, co oznacza, że około 40% tekstu kosztorysów zostało tożsamo, identycznie zmodyfikowane przez obu wykonawców. Jest wielce nieprawdopodobne, by modyfikacja wszystkich wymienionych pozycji kosztorysowych, znacząca co do zakresu zmiany i identyczna co do treści, której nie sposób uznać za konsekwencję przeoczenia lub przypadkowego pominięcia – wręcz przeciwnie, na pierwszy rzut oka daje się tam dostrzec intencję piszącego – została dokonana w sposób niezależny przez każdego z wykonawców. Teza o współdziałaniu wykonawców jest tym bardziej prawdopodobna, że podobieństwo kosztorysów dotyczy nie tylko modyfikacji treściowych ale również układu tekstu, interlinii, szerokości kolumn, odstępów pomiędzy wyrazami.

Nie sposób także racjonalnie bronić tezy – jak próbuje to czynić odwołujący – że tożsamy wygląd kosztorysów wynikał z posiadania - ze względu na pokrewieństwo - wspólnych wzorców dokumentów przez obu wykonawców. I choć zdaniem Zamawiającego argumentem tym Odwołujący posługuje się wyłącznie na użytek postępowania przed Izbą, to i tak czyni to w sposób nieprzekonujący. Podobieństwo w wyglądzie obu dokumentów (czcionka, układ tekstu, odstępy itp.) można by tłumaczyć sytuacją, w której dokumenty takie byłyby od podstaw wytworzone przez wykonawców. Wówczas praca na „wyjściowym” wzorcu mogłaby dać efekt pewnego podobieństwa, choć z całą pewnością, rezultat nie byłby identyczny pod względem formy. W przedmiotowym przypadku natomiast kosztorys przygotowywany był w oparciu o wzorce Zamawiającego. Kształt i forma obu kosztorysów odbiega jednak od wzorca, którym jest przedmiar, zaś w zakresie form jest tożsama względem siebie. Ta argumentacja staje się już całkowicie chybiona, jeśli mowa o treści obu kosztorysów. Doprawdy bowiem trudno wyobrazić sobie,

żeby wzory dokumentów będących w posiadaniu przedsiębiorców zawierały jednobrzmiące kosztorysy odpowiadające tym, które zbiegiem okoliczności mogą być użyte w postępowaniu o zamówienie prowadzonym obecnie przez Zamawiającego. Rzecz nie wydaje się bardziej prawdopodobna nawet przy uwzględnieniu istnienia między tymi przedsiębiorcami stosunku pokrewieństwa.

Podsumowując, nie sposób uznać za jakkolwiek wiarygodne, by identyczność (oczywiście mowa tu o identyczności z pominięciem wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych) przeinaczeń treściowych, mogła być wynikiem czegokolwiek innego niż współdziałanie obu wykonawców. Zaistnienie tego rodzaju zbieżności w takiej skali i natężeniu w następstwie przypadku lub jakichkolwiek okoliczności innych niż współdziałanie, przeczy stanowczo zasadom zdrowego rozsądku i doświadczenia życiowego.

Natomiast istnienie rzeczonoego współdziałania przy przygotowaniu kosztorysów trudno oceniać inaczej jak zawiązanie niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp. Tego rodzaju współpraca jest

bowiem nie do pogodzenia z sytuacją pozostawania ze sobą w stosunku faktycznej konkurencji. W przekonaniu Zamawiającego jedyną potencjalną korzyścią dla wykonawców jest tu stworzenie mechanizmu polegającego na rozstawianiu i wycofywania ofert. W przypadku, w którym tak uzgodnione oferty klasyfikowane są na najwyższych pozycjach rankingu ofert, umożliwia to doprowadzenie do odrzucenia tych bardziej korzystnych dla zamawiającego. Powyższe może nastąpić w wyniku świadomego działania lub zaniechania ze strony wykonawców.

Wziąwszy powyższe pod uwagę, Zamawiający uznał, że porozumienie wykonawców zostało podjęte w celu w cel zakłócenia konkurencji, co odpowiada hipotezie normy zawartej w art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp. Działanie to należy uznać z prawidłowe. Inaczej niż utrzymuje Odwołujący, Zamawiający nie miał obowiązku badać jakiego rodzaju wpływ na konkurencję wywarło porozumienie

wykonawców. W odniesieniu do wykonawców będących uczestnikami antykonkurencyjnego porozumienia, PZP uzależnia możliwość wykluczenia wykonawcy od wykazania istnienia „wiarygodnych przesłanek”. Rodzi to zasadnicze konsekwencje dla rozkładu ciężaru dowodu. Oparcie się na „wiarygodnych przesłankach”, nie jest tym samym co przeprowadzenie dowodu bowiem w sprawach z zakresu ochrony konkurencji dopuszcza się stosowanie domniemań faktycznych. Wyprowadzanie wniosków o istnieniu porozumień antykonkurencyjnych jest możliwe, gdy uzasadniające to poszlaki wystąpią w „odpowiedniej wadze i ilości”. Dotyczyć tę będzie sytuacji w których zaistniały zespół zachowań wykonawców, dawać się będzie wytłumaczyć jedynie istnieniem niedozwolonego porozumienia

Wnioskowanie takie musi być zgodne z zasadami doświadczenia życiowego i reguł logiki. Jak to ujęła Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków... „Dla wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego możliwe jest zastosowanie domniemań faktycznych (...) Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek - o zмовie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego” Jest oczywiście zrozumiałe, że obniżenie standardu dowodzenia w stosunku do danego podmiotu jest skorelowane z proporcjonalnymi i adekwatnymi możliwościami prowadzenia przez ten podmiot obrony. Jednakowoż, argumenty przedstawione w odwołaniu (powołujące posiadanie wspólnych wzorów dokumentów, brak wpływu na konkurencję) nie są wystarczające dla skutecznego wzruszenia przyjętego przez Zamawiającego domniemania faktycznego.

Ad. Zarzut nr 2)

W ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp jako podstawa odrzucenia oferty jest chybiony. Zamawiający nie dokonał w oparciu o powołaną podstawę prawną odrzucenia ofert. Podjęta przez Zamawiającego czynność polegała na wykluczeniu Odwołującego. Jak wskazano w treści zawiadomienia z dnia 25.07.2024 (str. 7 uzasadnienia): „Zważywszy na powyższe Zamawiający ocenił, że istnieją wiarygodne przesłanki istnienia między ww. wykonawcami niedozwolonego porozumienia i wykluczył wykonawcę [pogrubił Zamawiającego] USŁUGI I HANDEL „NOWAK” M.N. ul. Polna 2 32-048 Jerzmanowice z postępowania” Niemniej, układ tekstu zawiadomienia, mógł wprowadzać wątpliwości co do treści czynności Zamawiającego. Informacja o wykluczeniu znalazła się w pkt. 2 Zawiadomienia opisanego: „W postępowaniu odrzucono następujące oferty”. Wedle Zamawiającego zarzut nr 2 nie powinien zostać uwzględniony, ponieważ nie jest to uchybienie, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (w rozumieniu art. 554 pzp). Oferta wykonawcy wykluczonego z postępowania podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) pzp. Co więcej, w treści przywołanego zawiadomienia wykonawcy zostali wyczerpująco poinformowani o podstawie ich wykluczenia. Treść wniesionego odwołania wyraźnie to potwierdza, jest widoczne, że Odwołujący miał pełną jasność do motywów decyzji Zamawiającego.

Tym niemniej, z ostrożności proceduralnej Zamawiający uwzględnia Zarzut nr 2. W zakresie uwzględnionego Zarzutu nr 2 Zamawiający unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzy ją w sposób jednoznacznie wskazujący na to, że art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp jest podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania, a konsekwencją powyższego jest odrzucenie Jego oferty.

Ad. Zarzut nr 3)

Z uwagi na argumenty wskazane powyżej Zarzut nr 3 tj. naruszenia art. 239 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty niezgodnie z kryteriami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może się ostać. Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Oferta ta nie podlega odrzuceniu i została złożona przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Podsumowanie:

Z opisanych wyżej względów Zamawiający wnosi jak wskazano we wstępie: o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych (tj. Zarzutów nr 1, nr 3 oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm prawem

przepisanych.”

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, ofert Odwołujących, odpowiedzi Zamawiającego na odwołania z dnia 9 sierpnia 2024 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła oba odwołania oddalić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpisy zostały przez Odwołujących uiszczone, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, 239 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że obaj Odwołujący zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że złożono 16 ofert z czego 15 ofert zostało odrzuconych, w tym dwie oferty Odwołujących.

Wybrana jako najkorzystniejsza była oferta wykonawcy WYŻBUD G.W..

Ustalono, że Zamawiający podał następujące uzasadnienia do odrzucenia ofert Odwołujących w piśmie z dnia 25 lipca 2024 r.:

„Oferta nr 6 - FIRMA USŁUGOWO - HANDLOWA „NOWAK” R.N. ul. Widokowa 70; 32-048 Jerzmanowice

Uzasadnienie prawne: art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp

Uzasadnienie faktyczne: w ocenie Zamawiającego istnieją wiarygodne przesłanki,

że wykonawca zawarł z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu (Oferta nr 7 - USŁUGI I HANDEL „NOWAK” M.N. ul. Polna 2 32-048 Jerzmanowice) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w zakresie ustalania cen (tzw. porozumienie horyzontalne). Tego rodzaju porozumienie tworzy warunki do dokonania manipulacji wynikiem postępowania, mające na celu wybór oferty jednego z wykonawców pozostających uczestnikiem niedozwolonego porozumienia. Dotyczy to potencjalnej sytuacji w których tak uzgodnione oferty klasyfikowane są na najwyższych pozycjach rankingu ofert, wykonawcy, którzy złożyli oferty najwyższej ocenione, doprowadzają przez świadome działania lub zaniechania do wykluczenia ich z postępowania lub odrzucenia złożonych przez nich bardziej korzystnych dla zamawiającego ofert. W ocenie Zamawiającego konkurencja między wykonawcami była w istocie iluzoryczna. Zamawiający ocenił, że przesłanką pozwalającą wiarygodnie twierdzić o istnieniu takiego porozumienia nie są domniemane relacje rodzinne ale treść ofert (złożonego wraz z ofertą kosztorysu). Obaj wymienieni wykonawcy złożyli kosztorys zawierający identyczny błąd. Błąd polegał na swoistej kompilacji treści przedmiaru który był aktualizowany w toku postępowania dwukrotnie. Obaj Wykonawcy złożyli ofertę, która w pozycji 1.2 stanowiła kompilację trzech przedmiarów: jego wersji pierwotnej, wersji zmodyfikowanej w dniu 18.04.2024 oraz wersji ostatecznej z dnia 24.04.2024. W kosztorysie wpisano w pozycji 1.2 – „Wykonanie koryta na poszerzeniach chodników w gruncie kategorii II-IV- 35 cm głębokości koryta wraz z utylizacją gruzu (ilość 3016,56 m<sup>2</sup>)”. Powyższy zapis jest niezgodny z pozycją 1.2 ostatecznej wersji przedmiaru, zgodnie z którą winno być wycenione: „Wykonanie koryta pod warstwy konstrukcyjne gr. Kat II-IV gł. 35 cm wraz z utylizacją”. W ocenie Zamawiającego wystąpienie tego rodzaju tożsamego błędu jest zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego niemożliwe w zwykłym toku postępowania. Hipotezę tę wzmacnia także fakt, że oba złożone kosztorysy miały identyczny układ tekstu, interlinii, szerokość kolumn, odstępów między wyrazami. Użyto tych samych wyrażeń w opisie elementów ulic (pozycja w przedmiarze 4d.2 Zamawiającego – Krawężniki betonowe wystające o wymiarach 15x30 cm z wykonaniem ław betonowych na podsypce cementowo – piaskowej) w ofercie – Krawężniki wraz z wykonaniem ław, betonowe wystające 15x30 cm, ława betonowa, podsypka cementowa. Pozycja w przedmiarze 5 d.2 Zamawiającego – Krawężniki betonowe wtopione o wymiarach 15x22 cm z wykonaniem ław betonowych na podsypce cementowo – piaskowej, w ofercie – Krawężniki wraz z wykonaniem ław, betonowe wystające 15x22, ława betonowa, podsypka cementowo – piaskowa. Pozycja w przedmiarze 8 d.3 Zamawiającego – użyto wyrażenia „kruszywo łamane 0-31,5 mm”, w ofercie użyto wyrażenia „Kruszywo łamane, uziarnienie 031,5mm” Co więcej jeden z wykonawców M.N., działający pod firmą „USŁUGI I HANDEL” M.N., złożył odwołanie w którym w treści zarzutów odnosił się do podstaw odrzucenia oferty drugiego z wykonawców (uczestnika domniemanego porozumienia).

Zważywszy na powyższe Zamawiający ocenił, że istnieją wiarygodne przesłanki istnienia między ww. wykonawcami niedozwolonego porozumienia i wykluczył wykonawcę FIRMA USŁUGOWO - HANDLOWA „NOWAK” R.N., ul. Widokowa 70; 32-048 Jerzmanowice z postępowania.

Uzasadnienie prawne: art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych

Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca nie złożył stosownych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego z dnia 15.05.2024r o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny.

Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt. 12 ustawy Prawo zamówień publicznych

Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Oferta nr 7 - USŁUGI I HANDEL „NOWAK” M.N. ul. Polna 2 32-048 Jerzmanowice

Uzasadnienie prawne: art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp

Uzasadnienie faktyczne: w ocenie Zamawiającego istnieją wiarygodne przesłanki, że wykonawca zawarł z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu (Oferta nr 6 – FIRMA USŁUGOWO – HANDLOWA „NOWAK”, ul. Widokowa

70; 32-048 Jerzmanowice) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w zakresie ustalania cen (tzw. porozumienie horyzontalne). Tego rodzaju porozumienie tworzy warunki do dokonania manipulacji wynikiem postępowania, mające na celu wybór oferty jednego z wykonawców pozostających uczestnikiem niedozwolonego porozumienia. Dotyczy to potencjalnej sytuacji w których tak uzgodnione oferty klasyfikowane są na najwyższych pozycjach rankingu ofert, wykonawcy, którzy złożyli oferty najwyższej ocenione, doprowadzają przez świadome działania lub zaniechania do wykluczenia ich z postępowania lub odrzucenia złożonych przez nich bardziej korzystnych dla zamawiającego ofert. W ocenie Zamawiającego konkurencja między wykonawcami była w istocie iluzoryczna. Zamawiający ocenił, że przesłanką pozwalającą wiarygodnie twierdzić o istnieniu takiego porozumienia nie są domniemane relacje rodzinne ale treść ofert (złożonego wraz z ofertą kosztorysu). Obaj wymienieni wykonawcy złożyli kosztorys zawierający identyczny błąd. Błąd polegał na swoistej kompilacji treści przedmiaru który był aktualizowany w toku postępowania dwukrotnie. Obaj Wykonawcy złożyli ofertę, która w pozycji 1.2 stanowiła kompilację trzech przedmiarów: jego wersji pierwotnej, wersji zmodyfikowanej w dniu 18.04.2024 oraz wersji ostatecznej z dnia 24.04.2024. W kosztorysie wpisano w pozycji 1.2 – „Wykonanie koryta na poszerzeniach chodników w gruncie kategorii II-IV- 35 cm głębokości koryta wraz z utylizacją gruzu (ilość 3016,56 m<sup>2</sup>)”. Powyższy zapis jest niezgodny z pozycją 1.2 ostatecznej wersji przedmiaru, zgodnie z którą winno być wycenione: „Wykonanie koryta pod warstwy konstrukcyjne gr. Kat II-IV gł. 35 cm wraz z utylizacją”. W ocenie Zamawiającego wystąpienie tego rodzaju tożsamego błędu jest zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego niemożliwe w zwykłym toku postępowania. Hipotezę tę wzmacnia także fakt, że oba złożone kosztorysy miały identyczny układ tekstu, interlinii, szerokość kolumn, odstępów między wyrazami. Użyto tych samych wyrażeń w opisie elementów ulic (pozycja w przedmiarze 4d.2 Zamawiającego – Krawężniki betonowe wystające o wymiarach 15x30 cm z wykonaniem ław betonowych na podsypce cementowo – piaskowej) w ofercie – Krawężniki wraz z wykonaniem ław, betonowe wystające 15x30 cm, ława betonowa, podsypka cementowa. Pozycja w przedmiarze 5 d.2 Zamawiającego – Krawężniki betonowe wtopione o wymiarach 15x22 cm z wykonaniem ław betonowych na podsypce cementowo – piaskowej, w ofercie – Krawężniki wraz z wykonaniem ław, betonowe wystające 15x22, ława betonowa, podsypka cementowo – piaskowa. Pozycja w przedmiarze 8 d.3 Zamawiającego – użyto wyrażenia „kruszywo łamane 0-31,5 mm”, w ofercie użyto wyrażenia „Kruszywo łamane, uziarnienie 0-31,5mm” Co więcej jeden z wykonawców M.N., działający pod firmą „USŁUGI I HANDEL” M.N., złożył odwołanie w którym w treści zarzutów odnosił się do podstaw odrzucenia oferty drugiego z wykonawców (uczestnika domniemanego porozumienia).

Zważywszy na powyższe Zamawiający ocenił, że istnieją wiarygodne przesłanki istnienia między ww. wykonawcami niedozwolonego porozumienia i wykluczył wykonawcę USŁUGI I HANDEL „NOWAK” M.N. ul. Polna 2 32-048 Jerzmanowice z postępowania.”.

#### **KIO 2717/24**

W pierwszej kolejności, rozpoznając przedmiotową sprawę na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że bez względu na merytoryczną ocenę zachowania Zamawiającego – tego czy naruszył on przepisy ustawy Pzp czy też działał on w granicach tejże ustawy, Izba była zobowiązana do oddalenia odwołania z powodu treści przepisu art.554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp stosownie do którego, Izba uwzględniła 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.

Wymaga wskazania, że Zamawiający odrzucił odwołanie Odwołującego na zasadzie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem Wykonawca nie złożył stosownych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego z dnia 15.05.2024r o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, a także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z tego względu, że Wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Powyższe czynności Zamawiającego nie zostały zaskarżone niniejszym odwołaniem, ani odrębnym odwołaniem.

Z powyższych względów Izba doszła do przekonania, że odrzucenie oferty Odwołującego z powyższych przyczyn skutkowało tym, że wynik przedmiotowego przetargu zależał przede wszystkim od tego, że prawnie skuteczna stała się

czynność odrzucenia oferty Odwołującego w warunkach zaistnienia rażąco niskiej ceny i braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Wobec tego należało uznać, że irrelevantną dla wyniku tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego była okoliczność odrzucenia oferty Odwołującego również w myśl art.108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Niezależnie od tego Izba podzieliła zapatrywanie Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, uznając, że działał on w oparciu o przesłanki z art.108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, stosowanie do którego 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.

Według Izby – oferty Odwołujących były takie same co do formy i co do treści ( por. kosztorysy tych wykonawców ) za wyjątkiem wskazanych cen.

Bezsporna w sprawie jest okoliczność istnienia powiązań rodzinnych pomiędzy wykonawcami, wynikających z bliskiego stosunku pokrewieństwa (ojciec i syn).

W ocenie Izby – Odwołujący nie wykazali, że przygotowali oferty odrębnie, a co najwyżej stwierdzili, że te oferty zostały sporządzone częściowo przez innego członka ich rodziny, co mogłoby potwierdzać wspólne przygotowywanie ofert.

W związku z tym Zamawiający mógł zasadnie przyjąć na podstawie powyższych wiarygodnych przesłanek, że doszło do porozumienia zakłócającego konkurencję.

Jednym z realnych celów takiego porozumienia mogło być tak zwane „rozstawienie ofert” z możliwością wycofania oferty z najniższą ceną.

W okolicznościach tej sprawy Odwołujący M.N. złożył ofertę z najniższą ceną w wysokości 291 201, 92 zł, podczas gdy Odwołujący R.N. złożył ofertę z ceną 350 738, 93 zł.

Natomiast, wygrywający wykonawca Wyźbud G.W. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 321 053, 28 zł.

Ponadto, co istotne oferty 15 z 16 wykonawców zostały odrzucone, w tym oferty Odwołujących, a zatem gdyby nie została się oferta wykonawcy Wyźbud G.W., a oferty Odwołujących byłyby ważne mogliby oni ukształtować wynik postępowania przetargowego według swego uznania, w tym również poprzez odstąpienie Odwołującego M.N. od podpisania umowy (oferta z najniższą ceną), licząc na wybranie oferty złożonej przez Odwołującego Ryszarda Nowaka z ceną wyższą.

W związku z powyższym Zamawiający mógł odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art.226 ust.1 pkt 2 lit a ustawy Pzp zgodnie z którym, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Dodatkowo, Izba oddaliła wnioski Odwołujących o włączenie dowodów ze sprawy sygn. akt KIO 2163/24, uznając, że okoliczność wcześniejszego nie zastosowania przez Zamawiającego przesłanki wykluczenia Odwołujących z postępowania przetargowego na zasadzie art.108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp nie oznacza braku prawnej możliwości skorzystania z tego przepisu i odrzucenia ich ofert z tej podstawy na późniejszym etapie postępowania przetargowego.

#### **KIO 2720/24**

Przechodząc do oceny przedmiotowego odwołania należy podkreślić, że Odwołujący nie wykazał przesłanek materialnoprawnych uprawniających go do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

W myśl art.505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ani w treści odwołania, ani w innym czasie nie wykazał, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także okoliczność, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała odwołanie w sprawie KIO 2720/24 za niezasadne.

#### **KIO 2717/24**

#### **KIO 2720/24**

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

**Przewodniczący**.....

.....

.....