

Sygn. akt: KIO 2457/24

WYROK

Warszawa, dnia 2.08.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Rafał Malinowski
Aneta Młacka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez Odwołującego: **M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: PBUH Terbud M.D.** (Biała 31, 78421 Drzonowo) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Celowy Związek Gmin RXXI w Nowogardzie** (Plac Wolności 5, 72200 Nowogard), przy udziale Uczestnika po stronie Zamawiającego: **A.Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: P.H.U ALMAR A.Z z /s w Krzyżu Wlkp.** (64-761 Krzyż Wlkp., ul. Mickiewicza 62),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: PBUH Terbud M.D.** (Biała 31, 78421 Drzonowo) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- 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.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 2457/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcę: M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: PBUH Terbud M.D. (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: Celowy Związek Gmin RXXI w Nowogardzie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Budowa placu do magazynowania odpadów wielkogabarytowych i budowlanych ze zbiornikiem wód wraz z infrastrukturą towarzyszącą na SPO w Mokrawicy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP w dniu 31 maja 2024 roku pod numerem 2024/BZP 00346596.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie: (...)

1. od niezgodnej z przepisami p.z.p. czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą: Budowa placu do magazynowania odpadów wielkogabarytowych i budowlanych ze zbiornikiem wód wraz z infrastrukturą towarzyszącą na SPO w Mokrawicy, polegającej na dokonaniu. przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci oferty złożonej przez A.Z. prowadzącą działalność pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z., 64-761 Krzyż Wlkp., ul. Mickiewicza 62, (...), podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona w toku postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p,
2. na zaniechanie przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą: Budowa placu do magazynowania odpadów wielkogabarytowych i budowlanych ze zbiornikiem wód wraz z infrastrukturą towarzyszącą na SPO w Mokrawicy dokonania następującej czynności — odrzucenia ofert złożonych przez;
 - a) A.Z. prowadzącą działalność pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z., 64-761 Krzyż Wlkp., ul. Mickiewicza 62,
 - b) P.Z. prowadzącą działalność pod firmą Versatile P.Z., 64-761 Krzyż Wlkp., ul. Mickiewicza 62,do których to dokonania zamawiający był obowiązany na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p., co miało istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż niedokonanie tych czynności skutkowało wyborem oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu”.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 3 pkt 1 oraz art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako z.n.k.) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako u.o.k.i.k.) polegające na dokonaniu przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci oferty złożonej przez A.Z. prowadzącą działalność pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z. (...), które

było wyniki zaniechania przez zamawiającego odrzucenia ofert złożonych przez A.Z. prowadzącą działalność pod firmą P.P.H.U. ALNLAR A.Z. (...) oraz P.Z. prowadzącą działalność pod firmą Versatile P.Z. (...) w sytuacji, gdy były one złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, na co wskazuje fakt, iż oferty zostały złożone przez osoby spokrewnione ze sobą (matka i syn), posiadające siedziby pod tym samym adresem, objęte jednym ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności i posiadanego mienia i ściśle współpracujące ze sobą, a także darzące się wzajemnym zaufaniem, w związku z czym ww. oferty powinny zostać odrzucone.

Wskazując na powyższe zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i na podstawie art. 554 ust. 3 pkt. 1b p.z.p. o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz na podstawie art. 554 ust. 3 pkt. 1a p.z.p. o nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności polegającej na odrzuceniu ofert złożonych przez A.Z. prowadzącą działalność pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z., (...) oraz P.Z. prowadzącą działalność pod firmą Versatile P.Z., (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą: *Budowa placu do magazynowania odpadów wielkogabarytowych i budowlanych ze zbiornikiem wód wraz z infrastrukturą towarzyszącą na SPO w Mokrawicy*, a także na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1a p.z.p. o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek gdyby w dacie rozpatrywania niniejszego odwołania umowa została już podpisana, wnoszę na podstawie art. 554 ust. 3 pkt. 2a p.z.p. o unieważnienie umowy.

Jednocześnie, wniósł o:

1)(...),

2) dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentów:

a) wydruku KRS spółki Almar Nieruchomości Sp. z o.o. o numerze KRS 0001042850,

b) wydruku KRS spółki Almar Inwestycje Sp. z o.o. o numerze KRS 0001046626,

c) wydruku z CEIDG dot. firmy Versatile P.Z., NIP: 7632144412,

d) wydruku z CEIDG dot. P.P.H.U. ALMARA.Z., NIP: 7631001509,

e) zdjęcia z oficjalnego profilu P.Z. na portalu LinkedIn,

f) filmu, w którym P.Z. wskazuje, że współpracuje z firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z.,

g) wydruku ze strony Gminy Stare Kurowo, gdzie wskazano, że inwestycję pt. termomodernizacja przedszkola w Starym Kurowie wygrała firma P.P.H.U. ALMAR A.Z.,

h) wydruku z profilu Gminy Zwierzyn na portalu facebook gdzie wskazano, że przetarg na budowę przedszkola gminnego w Zwierzynie wygrała firma P.P.H.U. ALMAR A.Z.,

i) wydruku ze strony Urzędu Miejskiego w Wieleniu, gdzie wskazano, że przetarg na budowę mediateki w Wieleniu "grała" firma P.P.H.U. ALMAR A.Z.,

j) kserokopia polisy seria K nr 27006746,

k) załącznika nr 4 do SWZ — formularza ofertowego wykonawcy złożonego przez A.Z.,

l) wydruku reklamy Almar Sun Energy,

m) oświadczenia wstępnego wykonawcy PPHU Almar A.Z.,

n) oświadczenia wstępnego wykonawcy Versatile P.Z.

(...)

dowody a) — n) na fakty: zasadności niniejszego odwołania, istnienia powiązań rodzinnych i gospodarczych A.Z. prowadzącej działalność pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z., (...) oraz P.Z. prowadzącego działalność pod firmą Versatile P.Z., (...), ścisłej współpracy obu ww. firm, działania ww. firm w porozumieniu, złożenia przez ww. firmy ofert w uzgodnieniu, przygotowania ofert złożonych przez ww. firmy przez jedną osobę, z umowy przetargowej ww. firm stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

Na wstępie należy wskazać, iż odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 p.z.p., gdyż jest on uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa placu do magazynowania odpadów wielkogabarytowych i budowlanych ze zbiornikiem wód wraz z infrastrukturą towarzyszącą na SPO w Mokrawicy i w związku z tym ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w zarzutach i w dalszej treści uzasadnienia przepisów p.z.p. poniósł szkodę wynikającą z niezyskania zamówienia publicznego, urzeczywistniającą się jako utracona korzyść.

W dniu 31 maja 2024 roku zamawiający zamieścił w BZP ogłoszenie o numerze 2024/BZP 00346596, którego przedmiotem jest budowa placu do magazynowania odpadów wielkogabarytowych i budowlanych ze zbiornikiem wód wraz z infrastrukturą towarzyszącą na SPO w Mokrawicy, w którym termin składania ofert oznaczony został na dzień 17 czerwca 2024 roku. Odwołujący, prowadzący od wielu lat działalność gospodarczą w szeroko rozumianym sektorze

budowlanym, złożył w niniejszym przetargu ofertę. W dniu 17 czerwca 2024 roku zamawiający dokonał otwarcia ofert, z której to czynności zamieścił informację, z której wynika, iż m.in. PPUH ALMAR A.Z. złożyła ofertę na kwotę 4.883.100,00 zł, natomiast Versatile P.Z. na kwotę 5.399.700,00 zł. W dniu 5 lipca 2024 roku Zamawiający zamieścił w BZP informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postaci oferty złożonej przez P.P.H.U. ALMAR A.Z.. W ten sposób Odwołujący powziął informację, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona, co było wynikiem zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności, do których był zobowiązany na mocy art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. polegających na odrzuceniu ofert złożonych przez A.Z. prowadzącą działalność pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z., 64-761 Krzyż Wlkp., ul. Mickiewicza 62, NIP: 7631001509 oraz P.Z. prowadzącego działalność pod firmą Versatile P.Z., 64-761 Krzyż Wlkp., ul. Mickiewicza 62, NIP: 7632144412, które zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dalej wskazał: że A.Z. jest matką P.Z., a co więcej, P.Z. ściśle współpracuje z Anetą Ziopają. O ścisłym powiązaniu gospodarczym oraz wzajemnym zaufaniu obu oferentów i złożeniu przez nich ofert w ścisłym porozumieniu, a także o przygotowaniu złożonych przez nich ofert przez jedną osobę, co niewątpliwie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Świadczy szereg okoliczności faktycznych, a mianowicie:

1) A.Z., oprócz jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z. jest współwłaścicielem i prezesem zarządu w szeregu spółek o nazwie zaczynającej się od słów ALMAR, m.in. Almar Nieruchomości Sp. z o.o. o numerze KRS: 0001042850 oraz Almar Inwestycje Sp. z o.o. o numerze KRS: 0001046626, w których P.Z. jest prokurentem, a które mają siedzibę pod tym samym adresem, co jednoosobowe działalności gospodarcze prowadzone przez P.Z. i A.Z., co jednoznacznie świadczy o wzajemnym zaufaniu i ścisłej współpracy stron

2) indywidualna działalność gospodarcza prowadzona jest przez obu oferentów pod tym samym adresem,

3) P.Z. jawnie działa w imieniu spółek z grupy „Almar”, o czym świadczy zdjęcie znajdujące się na jego oficjalnym profilu w portalu LinkedIn (w załączeniu),

4) P.Z. nadzoruje i ściśle współpracuje z jednoosobową działalnością prowadzoną przez A.Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z., 64-761 Krzyż Wlkp., ul. Mickiewicza 62, NIP: 7631001509, na co sari wskazuje w swoim przemówieniu (film w załączeniu), widnieje również na zdjęciach z wydarzeń organizowanych w związku z przetargami wygranych przez ww. firmę A.Z.. W załączonym filmie P.Z. przyznał, że prowadzona przez niego własna działalność gospodarcza działa w branżach odnawialnych źródeł a konkretnie montuje instalację fotowoltaiczne, nie ma więc ani zasobów, ani doświadczenia pozwalającego na zrealizowanie przedmiotu zamówienia, co jednoznacznie wskazuje na to, iż była to oferta złożona w ramach porozumienia. Ponadto w wym. filmie P.Z. przyznał, iż pracuje w firmie rodziców, tj. w firmie ALMAR, gdzie zajmuje się koordynowaniem procesu budowlanego i kontaktem z kontrahentami. Co więcej, w ww. filmie P.Z. wyraźnie wskazuje, iż kontrolował inwestycję tj. termomodernizacja przedszkola w Starym Kurowie (...), rozbudowa i przebudowa szkoły podstawowej w Starym Zwierzyniu, budowa domu pomocy społecznej w Dobiegniewie czy budowa mediateki w Wieleniu, na które przetargi wygrała firma P.P.H.U. ALMAR A.Z., co w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, iż oferty P.P.H.U. Almar A.Z. i Versatile P.Z. zostały złożone w ramach porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji,

5) A.Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z., 64-761 Krzyż Wlkp., ul. Mickiewicza 62, NIP: 7631001509 jako ubezpieczający zawarła umowę ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej z tytułu prowadzenia działalności i posiadanego mienia i jako ubezpieczonego wskazała VERSATILE P.Z., co wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości na fakt ścisłej współpracy obu firm i korzystania przez obie firmy ze wspólnych zasobów,

6) obie oferty zostały złożone w uzgodnieniu przez przedsiębiorców, a najpewniej zostały przygotowane przez jedną osobę o czym świadczy chociażby fakt, iż w załączniku nr 4 do SWZ — formularz ofertowy wykonawcy złożonym przez A.Z. jako adres poczty elektronicznej podano: p., którym to adresem posługuje się P.Z. (wydruk reklamy Almar Sun Energy w załączeniu), a PPHU ALMAR A.Z. w CEIDG jako adres mailowy wskazała a.; co więcej zarówno PPHU Almar A.Z. jak i Versatile P.Z. w oświadczeniu wstępnym wykonawcy, w pozycji: informacja w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów wpisano identyczny zakres polegania na zasobach innego podmiotu, używając takich samych słów i popełniając te same błędy interpunkcyjne co w sposób jednoznaczny potwierdza, że ww. dokument, jak i zapewne pozostałe dokumenty przetargowe zostały sporządzone przez tą samą osobę: „W zakresie wiedzy i doświadczenia, referencji i Posiadanego sprzętu ciężkiego który będzie niezbędny do wykonania Przedmiotu zamówienia

Dowody:

- ✓ wydruk KRS spółki Almar Nieruchomości Sp. z o.o. o numerze KRS 0001042850,
- ✓ wydruk KRS spółki Almar Inwestycje Sp. z o.o. o numerze KRS 0001046626,
- ✓ wydruk z CEIDG dot. firmy P.Z., NIP: 7632144412,
- ✓ wydruk z CEIDG dot. firmy P.P.H.U. ALMAR A.Z., NIP: 7631001509,
- ✓ zdjęcie z oficjalnego profilu P.Z. na portalu LinkedIn,
- ✓ film, w którym P.Z. wskazuje, że współpracuje z firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z.,

- ✓ wydruk ze strony Gminy Stare Kurowo, gdzie wskazano, że inwestycję pt. termomodernizacja przedszkola w Starym Kurowie wygrała firma P.P.H. U. ALMAR A.Z.,
- ✓ druk z profilu Gminy Zwierzyn na portalu facebook, gdzie wskazano, że przetarg na budowę przedszkola gminnego w Zwierzynie wygrała firma P.P.H.U. ALMAR A.Z.,
- ✓ wydruk ze strony Urzędu Miejskiego w Wieleniu, gdzie wskazano, że przetarg na budowę mediateki w Wieleniu wygrała firma P.P.H.U. ALLMAR A.Z.,
- ✓ kserokopia polisy seria K nr 27006746,
- ✓ załącznik nr 4 do SWZ — formularz ofertowy wykonawcy złożony przez A.Z., wydruk reklamy Sun Energy,
- ✓ oświadczenie wstępne wykonawcy PPHU Almar A.Z.,
- ✓ oświadczenie wstępne wykonawcy Versatile P.Z.

Niewątpliwie więc całokształt okoliczności niniejszej sprawy pozwala na uznanie, iż doszło do zmywy przetargowej. Wyżej wskazane okoliczności wyraźnie potwierdzają fakt, iż firmy A.Z. i P.Z. ściśle ze sobą współpracują, a co więcej, P.Z. bezpośrednio działa w firmie P.P.H.U. ALMAR A.Z.. W tym miejscu należy wskazać; że zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta „została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Z kolei art. 3 pkt 1 z.n.k. stanowi, iż „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”, a zgodnie z treścią art. 15c z.n.k. „czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 Porozumienia zakazane i art. 9 zakaz nadużywania pozycji dominującej ustawy Z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Z 2021 r. poz. 275). ..”. Ponadto, art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. stanowi, iż „zakazane są Porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. W niniejszej sprawie zachodzi graniczące z pewnością prawdopodobieństwo, iż obie wskazane w niniejszym odwołaniu oferty zostały złożone w porozumieniu przez przedsiębiorców, co jest działaniem sprzecznym z prawem (m.in. ww. art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.), jak i z dobrymi obyczajami. Takie działanie w rezultacie stanowi zmywę przetargową prowadzącą do mechanizmu rozstawienia i wycofywania ofert, które jest przejawem nieuczciwej konkurencji. Co więcej, powiązania między tymi podmiotami dawały możliwość pozwalającą na swobodną wymianę informacji i dokonywanie wiarygodnych ustaleń dotyczących chociażby oferowanej ceny na każdym etapie działania w ramach przetargu, od przygotowania oferty aż do wycofania oferty w przypadku właściwej kolejności ofert. Pozwala to na rozstawienie ofert i ich różnicowanie cenowe na ustalonym przez strony postępowania poziomie, co niewątpliwie wypełnia znamiona czynu niedozwolonej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie, „na Podstawie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. możliwe jest zatem uznanie za con nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego Z prawem lub dolnymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, lecz także naruszeniem takim zagraża.” (...) W takiej sytuacji zamawiający powinien zgodnie z treścią art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców P.P.H.U. ALMAR A.Z. oraz Versatile P.Z., a zaniechanie tej czynności niewątpliwie stanowiło naruszenie ww. przepisu. W tym miejscu należy wskazać, iż odwołującemu nie są znane bliższe okoliczności złożenia ofert, jednak wskazane w niniejszym odwołaniu okoliczności wyraźnie wskazują na fakt powiązań rodzinnych i ścisłej współpracy stron. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006 roku, sygn. akt III SK 6/06 wskazał, że praktyki, o których mowa w art. 6 u.o.k.i.k. „mogą być ujawnione za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich”.

Takimi dowodami pośrednimi niewątpliwie są okoliczności wyżej wskazane, udowodnione za pomocą załączonych do niniejszego odwołania dokumentów. W podobnym tonie wypowiedziała się w wyroku z dnia 7 września 2023 roku, sygn. akt KIO 2512/23 Krajowa Izba Odwoławcza, w którym wskazała, iż „do wykazania zawarcia Porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci Pisemnego Porozumienia określającego taki bezprawny cel. Wystarczające jest, gdy całokształt okoliczności sprawy pozwala na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zmywy przetargowej. Fakt zawarcia zmywy przetargowej może być logicznym wnioskiem wyprowadzonym na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, a także na podstawie dotychczasowych działań wykonawców. (...) Powiązania rodzinne, uprzednia współpraca w ramach jednej firmy, korzystanie własnych zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, jednakowo przygotowane pod względem formy i treści oświadczenie zawarte w ofercie obu wykonawców, dotyczące posiadanych zasobów (dysponowania pojazdami) oraz powtarzający się schemat Postępowania w zakresie rozstawiania ofert i wycofywania jednej z nich, są okolicznościami potwierdzającymi zawarcie nielegalnego porozumienia zakłócającego konkurencję.

Zgodnie z wypracowanym stanowiskiem prezentowanym przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, pod pojęciem porozumienia w prawie ochrony konkurencji rozumie się wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń, dotyczące podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają one formy

prawnie wiążącej umowy. Należy podkreślić, że porozumienie w rozumieniu ustawy u.o.k.i.k. jest pojęciem szerszym niż umowa. Formami porozumienia są bowiem także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie, a zakres porozumienia ograniczającego konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które mają na celu lub skutkują ograniczeniem konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego celem jest ograniczona konkurencja. Dane przedstawione w informacji z otwarcia ofert oraz ścisła współpraca i więzi rodzinne łączące obie firmy pozwalają na wysnucie wniosku, że pomiędzy wskazanymi przedsiębiorcami doszło do porozumienia w formie uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy u.o.k.i.k. Wskazać również należy, iż w niniejszej sprawie zamawiający został zawiadomiony o uzasadnionych podstawach do odrzucenia ofert złożonych przez P.Z. i A.Z., z niewiadomych jednak przyczyn zaniechał wnikliwego zbadania niniejszej sprawy i niewątpliwie nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, czym naruszył art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p., co doprowadziło do udzielenia zamówienia podlegającemu wykluczeniu wykonawcy P.P.H.U. ALMAR A.Z.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: A.Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: .P.H.U ALMAR A.Z. z /s w Krzyżu Wlkp (Uczestnik ALMAR) wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie z dnia 11.07.24 podał: (...) Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, czyli do zamawiającego, w zakresie odrzucenia następujących zarzutów odwołującego: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. p.z.p, w zw. z art. 3 pkt 1 oraz art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów polegające na dokonaniu przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci oferty złożonej przez A.Z., prowadzącą działalność pod firmą P.P.H.U ALMAR A.Z., które było wynikiem zaniechania przez zamawiającego odrzucenia ofert złożonych przez A.Z., prowadzącą działalność pod firmą P.P.H.U A.Z. — NIP: 7631001509 oraz P.Z., prowadzącego działalność pod firmą Versatile P.Z. — NIP: 7632144412 w sytuacji, gdy były one złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny, na co wskazuje fakt, iż ww. oferty zostały złożone przez osoby spokrewnione ze sobą (matka i syn), posiadające siedziby pod tym samym adresem, objęte jednym ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i posiadanego mienia i ściśle współpracujące ze sobą, a także dążące się wzajemnym zaufaniem, w związku z czym ww. oferty powinny zostać odrzucone. Zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej, przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. Przystępujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie. Uwzględnienie ww. zarzutów odwołującego skutkowałoby odrzuceniem oferty przystępującego, a w konsekwencji brakiem możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, oferta wykonawcy P.P.H.U ALMAR A.Z. według kryteriów oceny ofert plasowała się na pierwszej pozycji do zawarcia umowy, po weryfikacji oferty pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie podlegała odrzuceniu i została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający przekazał dnia 10 lipca 2024 r. kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego, a więc zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego jest dokonane w ustawowym terminie 3 dni, zgodnie z art. 525 ust. 1 p.z.p. Przystępujący doręcza Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu Przystępujący przekazał kopię zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej.

(...)

Stanowisko przystępującego

2.1

Przystępujący nie zgadza się z argumentacją odwołującego dotyczącą wadliwości dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego. Zdaniem przystępującego, wykonawca nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. z Dz.U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.), w zw. z art. 3 pkt 1 oraz art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Zamawiający w procesie badania ofert nie stwierdził przesłanek wskazujących na konieczność odrzucenia złożonej przez przystępującego oferty.

Zarzuty odwołania koncentrują się na naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którym wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, 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.

Pojęcie "wiarygodnych przesłanek", o których mowa w ww. przepisie, pojawia się także w art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiej i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE. Przyjmuje się, że stwierdzenie zaistnienia "wiarygodnych przesłanek" równoznaczne jest z uprawdopodobnieniem w wysokim stopniu, że doszło do naruszenia zakazu porozumień antykonkurencyjnych. Nie jest zatem wymagane dysponowanie dowodem bezpośrednim by okoliczności sprawy pozwalały na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmywy przetargowej, należy się jednak przychylić do stanowiska prezentowanego w orzecznictwie i doktrynie, że wniosek taki nie może być jedynie jednym z możliwych wniosków, które można powziąć na skutek analizy zaistniałych w sprawie okoliczności (wyrok KIO z 20 listopada 2018 r., KIO 2095/18). Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek - o zmywie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Zmowa przetargowa jest jednym z najostrożniejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie sposób wymagać od wykonawcy dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia zmywy, to jednak dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę tylko do tego jednego wniosku (cyt. Wyrok KIO z 22 listopada 2022 r. KIO 2938/22)

W przedmiotowej sprawie Odwołujący upatruje "wiarygodnych przesłanek" zaistnienia zmywy przetargowej tylko i wyłącznie w istnieniu powiązań osobistych między wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, nie wskazując jednocześnie jakie skutki miało by to wywołać w przypadku tego postępowania. Zdaniem Przystępującego w kontekście przedstawionego przez Odwołującego materiału dowodowego oraz zaistniałych okoliczności, w sprawie niezaistniały wiarygodne przesłanki świadczące o istnieniu zakazanych porozumień antykonkurencyjnych.

Z samego faktu istnienia powiązań rodzinnych czy towarzyskich nie należy wywodzić zawarcia niedozwolonego porozumienia między dwoma podmiotami uczestniczącymi w danym postępowaniu. Znajomość pomiędzy dwoma przedsiębiorcami działającymi w tej samej branży na rynku lokalnym nie jest niczym nadzwyczajnym i trzeba taką okoliczność traktować w kategoriach zwykłej, możliwej do zaistnienia sytuacji. Nierzadko zdarza się, że wykonawcy tacy konkurują w licznych postępowaniach, w niektórych z nich występują wspólnie w formie konsorcjów, czasami użyczają sobie zasobów, czy też uczestniczą w realizacji poszczególnych zamówień na zasadach podwykonawstwa.

3.1

Oczywiście istnienie relacji, o których mowa wyżej, może stanowić punkt wyjścia dla stwierdzenia zaistnienia wiarygodnych przesłanek, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, jednakże muszą o tym świadczyć pozostałe okoliczności sprawy.

Odnosząc się wprost do poszczególnych zarzutów odwołującego:

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zabraniają wykonawcom powiązanim rodzinnie (nawet w pierwszym stopniu pokrewieństwa, czyli pozostającym w relacji rodzic-dziecko) ubiegać się o udzielenie tego samego zamówienia, poprzez złożenie odrębnych ofert. Osoby powiązane rodzinnie muszą jednak pamiętać, że narażają się na zarzut tworzenia tzw. grupy kapitałowej. W przypadku złożenia przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej konkurencyjnych ofert w tym samym postępowaniu mogą one być wykluczone z postępowania.

Zgodnie z przyjętą definicją grupa kapitałowa musi się składać z co najmniej dwóch podmiotów, pomiędzy którymi istnieje związek kapitałowy. Są to podmioty gospodarcze w postaci spółek kapitałowych o odrębnej samodzielności prawnej. W strukturze, jaką stanowi grupa kapitałowa, wyróżnia się jednostkę dominującą i jednostki zależne, gdyż relacje pomiędzy podmiotami kształtuje charakter kapitałowy. Oznacza to, że podmiot nadrzędny posiada udziały lub akcje w podmiotach podrzędnych i kontroluje je. Jednostką dominującą może być spółka handlowa lub przedsiębiorstwo państwowe, która sprawuje kontrolę nad jednostką zależną, tj.:

- posiada bezpośrednio lub pośrednio większość ogólnej liczby głosów w jednostce zależnej; posiada udziały w jednostce zależnej i może kierować polityką finansową i operacyjną tej jednostki; posiada udziały w jednostce zależnej i ma prawo do powoływania i odwoływania członków organów zarządzających, nadzorujących lub administrujących jednostki zależnej;

- posiada udziały w jednostce zależnej i w okresie od poprzedniego roku obrotowego do momentu złożenia sprawozdania finansowego za poprzedni rok obrotowy więcej niż połowę składu stanowią osoby powołane przez jednostkę dominującą do pełnienia funkcji zarządzających, nadzorujących i administrujących.

Jednostką zależną może być z kolei spółka handlowa lub podmiot utworzony i działający zgodnie z przepisami obcego prawa handlowego, jeśli tylko jest kontrolowany przez jednostkę dominującą.

W tej konkretnej sytuacji nie mamy do czynienia ze spółkami kapitałowymi, oferty w postępowaniu zostały złożone przez osoby prowadzące jednoosobowe działalności gospodarcze, które w żadnej mierze nie są od siebie zależne.

Działalność P.P.H.U ALMAR A.Z. prowadzona jest od 1994 roku, natomiast firmy Versatile P.Z. od 2020 roku. Gdyby oferty złożone były przez spółki zależne od siebie kapitałowo, wówczas faktycznie, wymagałoby to od Zamawiającego ustalenia, czy takie powiązania występują. Po złożeniu stosownych oświadczeń w tym zakresie i udzielenia ewentualnych wyjaśnień, a także w oparciu o stan faktyczny Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty przystępującego.

W przedmiotowym postępowaniu, w przypadku matki i syna prowadzących odrębne jednoosobowe działalności gospodarcze trudno byłoby wykazać, że jeden z nich sprawuje kontrolę (bezpośrednią lub pośrednią) nad drugim przedsiębiorcą.

W komentarzu UZP (str. 719) jako przykład okoliczności, które uzasadniają odrzucenie oferty z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji, wskazano m.in. zaistnienie „(...) ujawnionych powiązań (porozumień) między wykonawcami i wystąpienie potencjalnych uzgodnień pomiędzy wykonawcami, którzy złożyli oferty w ramach postępowania...”

Gdyby w ramach tego postępowania po badaniu ofert doszło do sytuacji, w której P.P.H.U ALMAR A.Z. uchylała by się od zawarcia umowy, bądź nie przedłożyła stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, lub niepodleganiu wykluczeniu, lub gdyby kiedykolwiek miały miejsce sytuacje, w których w innych postępowaniach takie praktyki były przez te firmy realizowane, wówczas faktycznie Zamawiający miałby podstawy do wykluczenia ofert takich wykonawców.

4.1

P.P.H.U ALMAR A.Z. oraz firma Versatile P.Z. nie są powiązane kapitałowo, nigdy firmy te nie stosowały zmowy cenowej, ani żadnych praktyk, które mogły prowadzić do podejrzeń, czy oskarżeń w zakresie nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez odwołującego w zakresie stosowania nieuczciwej konkurencji:

1 — wydruk z KRS spółki Almar Nieruchomości Sp. z o.o. o numerze KRS 0001042850;

W tej Spółce powstałej w 2023 roku, P.Z. ustanowiono prokurentem, spółka ta nie bierze udziału w przedmiotowym postępowaniu, a P.Z. nie ma w niej udziałów.

2 - wydruk z KRS spółki Almar Inwestycje Sp. z o.o. o numerze KRS 0001046626; W tej Spółce powstałej w 2023 roku, P.Z. ustanowiono prokurentem, spółka ta nie bierze udziału w przedmiotowym postępowaniu, a P.Z. nie ma w niej udziałów.

3 - wydruk z CEIDG dot. firmy Versatile P.Z., NIP: 7632144412;

Wydruk potwierdza, iż P.Z. w 2020 roku utworzył jednoosobową działalność gospodarczą i w ramach swojej działalności złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu;

4 - wydruk z CEIDG dot. firmy P.P.H.U ALMAR A.Z., NIP: 7631001509;

Wydruk potwierdza, że A.Z. w 1994 roku utworzyła jednoosobową działalność gospodarczą i w ramach tej działalności złożyła ofertę w przedmiotowym postępowaniu;

5 - zdjęcie z oficjalnego profilu P.Z. na portalu LinkedIn;

Spółka ALMAR SUN ENERGY nigdy nie powstała, był to wstępny projekt, który nie został zrealizowany;

6 — film, w którym P.Z. wskazuje, że współpracuje z firmą P.P.H.U ALMAR A.Z.

Przedmiotowy film jest jedynie spotem wyborczym P.Z.. W polityce często sukcesy innych przypisywane są komu innemu, podobnie jak udzielanie obietnic wyborczych, które są bez pokrycia. P.P.H.U ALMAR A.Z. nie może brać odpowiedzialności za poczynania P.Z. w tym zakresie.

7 — wydruk ze strony Gminy Stare Kurowo gdzie wskazano, że inwestycję pn.: „Termomodernizacja przedszkola w Starym Kurowie wygrała firma P.P.H.U. ALMAR A.Z.”

- stwierdzenie polega na nieprawdzie, gdyż z artykułu wynika, że: „... Zadanie będzie wykonywać spółka Almar A.Z. z Krzyża”, a nie jednoosobowa działalność gospodarcza P.P.H.U ALMAR A.Z.

Zgodnie z KRS do składania oświadczeń w imieniu spółki jest wymagane współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem, stąd na zdjęciu podczas zawarcia umowy widoczna jest Pani A.Z. wraz z prokurentem spółki Piotrem Ziopają.

8 — wydruk z profilu Gminy Zwierzyn na portalu facebook, gdzie wskazano, że przetarg na budowę przedszkola gminnego w Zwierzynie wygrała firma P.P.H.U. ALMAR A.Z.

Zgodnie z informacją postępowanie wygrała P.P.H.U. ALMAR A.Z., opublikowano zdjęcie p. Anety Ziopaja wraz z wójtem Gminy Zwierzyn, nie wykazano/nie udokumentowano żadnego powiązania z Piotrem Ziopają;

9 — wydruk ze strony Urzędu Miejskiego w Wieleniu, gdzie wskazano, że przetarg na budowę mediateki w Wieleniu wygrała firma P.P.H.U. ALMAR A.Z.

Zarówno w artykułach prasowych, jak i na zdjęciach nie wykazano/ nie udokumentowano żadnego powiązania z Piotrem Ziopają;

10 — kserokopia polisy seria K nr 27006746

Polisa została zawarta przez pośrednika ubezpieczeniowego, obejmuje cztery odrębne podmioty. Taki sposób realizacji

umowy ubezpieczenia pozwolił na wynegocjowanie przez pośrednika korzystniejszych warunków przy zawarciu umowy dla każdego z podmiotów.

11— załącznik nr 4 do SWZ — formularz ofertowy gdzie wskazano adres poczty elektronicznej, który był wskazany w reklamie Almar Sun Energy

5. 1

W formularzu ofertowym zawarto adres p., który istocie widniał na ulotce ALMAR SUN ENERGY, jednakże przedsięwzięcie to nigdy nie doszło do skutku a wskazany adres jako funkcjonujący i utworzony jest używany przez przystępującego i nie jest adresem P.Z.;

12 - oświadczenia wstępne wykonawców zawierające określona treść.

Realizując procedury przetargowe wielu wykonawców korzysta z wzorów oświadczeń, dostępnych na stronach internetowych, poradnikach itp. Maja one zazwyczaj określoną formułę, która jest powielana i kopiowana. Nie ma żadnych podstaw aby z faktu zbieżności formuły wywieść wnioski, iż dokument był przygotowywany przez tą samą osobę. Powielenie treści ma miejsce w wielu postępowaniach różnych podmiotów co bezsprzecznie nie świadczy o tożsamości osób je tworzących.

Firmy P.P.H.U ALMAR A.Z. oraz firma Versatile P.Z. nie są w żaden sposób ze sobą powiązane, ani kapitałowo, ani osobowo, oferty były przygotowane, składane odrębnie i niezależnie od siebie, a w samym postępowaniu nie doszło do sytuacji, w której można by domniemywać, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji, czy zmowy cenowej.

Definicja czynu nieuczciwej konkurencji, zawarta jest w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, traktuje taki czyn jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. W ustawie stypizowano niektóre czyny nieuczciwej konkurencji. Spośród nich wymienić należy te najbardziej istotne dla praktyki rynku zamówień publicznych, są nimi: *rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie w celu przysporzenia korzyści albo wyrządzenia szkody* (art. 14 ust. 1); *sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia bądź świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców* (art. 15 ust. 1 pkt 1); *naśladownictwo gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu* (art. 13 ust. 1); *takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, liczby/ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług* (art. 10 ust. 1).

Żadna z powyżej wskazanych w niniejszym postępowaniu nie miała miejsca.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego tożsamego adresu wykonywania działalności wskazać należy, iż faktycznie firma Versatile P.Z. posiada adres wykonywania działalności, taki sam jak jeden z adresów P.P.H.U ALMAR, tj. w Krzyżu Wielkopolskim przy ul. Mickiewicza 62, jednakże w budynku tym ma siedzibę także 7 innych firm.

P.P.H.U ALMAR A.Z. posiada 4 różne adresy wykonywania działalności gospodarczej, ul. Mickiewicza 7 w Krzyżu Wielkopolskim jest jedynie jednym z czterech.

P.P.H.U ALMAR A.Z. działa na rynku od 1994 roku, P.Z. założył swoją jednoosobową działalność gospodarczą w 2020 roku i w związku z tym, że dobrze prosperował na rynku, powierzono mu prokurę w spółkach, które powstały w 2023 roku i, w których A.Z. ma udziały.

W przedmiotowym postępowaniu ani w żadnym innym, w którym brała udział firma P.P.H.U ALMAR A.Z. oraz firma Versatile P.Z. nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy p.z.p., w zw. z art. 3 pkt 1 oraz art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów.

6. 1

Zarzuty odwołującego są bezpodstawne i zbyt daleko idące. Nawet gdyby doszło do wyboru oferty firmy P.P.H.U ALMAR A.Z., a ta oferując najniższą cenę uchyliłaby się od zawarcia umowy, to kolejną firmą, która mogłaby zawrzeć umowę zgodnie z kryteriami oceny ofert jest oferta odwołującego, a nie firmy Versatile P.Z., która plasuje się w rankingu dopiero na 4 miejscu, spośród 6 ofert biorących udział w postępowaniu. Okoliczność ta jednoznacznie wskazuje, iż oferta P.Z. Przystępującego nie była sporządzana w warunkach „porozumienia i zmowy przetargowej”, stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji.

Dowodem potwierdzającym, że pomiędzy firmami nie dochodzi do zmowy przetargowej może być inne postępowanie, w którym ostatnio te dwie firmy brały udział. Postępowanie realizowane przez Gminę Zwierzyn na budowę przedszkola. Spośród 6 ofert złożonych w postępowaniu oferta PPHU ALMAR A.Z. plasowała się na pierwszym miejscu, a oferta firmy Versatile P.Z. na miejscu drugim. Umowa na realizację robót została zawarta z P.P.H.U. ALMAR A.Z.

Dowody:

1)informacja po otwarciu ofert z dnia 7 maja 2024r.;

2)ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 22 maja 2024r.

Podjęte działania w postępowaniu stanowiły normalne czynności biznesowe podmiotów działających w tej samej branży, na określonym terenie. Nie stanowi niczego nadzwyczajnego czy nieuczciwego realizowanie kierunków biznesowych przez członków rodziny. Wspomaga to bez wątpienia doświadczenie i znajomość zagadnień branżowych, mówiąc kolokwialnie „wyniesionych z domu”. Zamawiający nie może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Wykonawcy nie należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, ponadto wykonawcy przygotowywali oferty niezależnie od siebie. Przystępujący do postępowania jako podmiot, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza chce przystąpić do zawarcia umowy i nie widzi przeszkód w realizacji tej czynności w możliwie najszerszym terminie, co tylko potwierdzi bezzasadność zarzutów skarżącego.

Zamawiający w piśmie z dnia 18/07/2024 podał, że (...) na etapie oceny ofert nie stwierdził przesłanek, które prowadziłyby do odrzucenia oferty P.P.H.U. ALMAR A.Z. oraz Versatile P.Z. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.). W toku badania ofert Zamawiający w dniu 18.06.2024 r. wezwał Wykonawcę P.P.H.U. ALMAR A.Z. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Dokumenty zostały złożone w wyznaczonym terminie. W dniu 2.07.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, wezwał wykonawcę P.P.H.U. ALMAR A.Z. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Dokumenty również zostały uzupełnione w wyznaczonym terminie. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, składane w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. W dniu 5.07.2024 r. oferta wykonawcy P.P.H.U. ALMAR A.Z. została wybrana jako najkorzystniejsza”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwolujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3 pkt 1 oraz art. 15c ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Ustawa znk) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 1 i 7 Ustawy znk polegające na niezgodnym ze wskazanymi przepisami dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę A.Z. prowadzącą działalność pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z. (...), która to oferta podlegała odrzuceniu podobnie jak oferta złożona przez P.Z. prowadzącą działalność pod firmą Versatile P.Z.. Stwierdził bowiem, że te oferty zostały złożone (...) *w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, na co wskazuje fakt, iż oferty zostały złożone przez osoby spokrewnione ze sobą (matka i syn), posiadające siedziby pod tym samym adresem, objęte jednym ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności i posiadanego mienia i ściśle współpracujące ze sobą, a także darzące się wzajemnym zaufaniem, w związku z czym ww. oferty powinny zostać odrzucone”.*

Na potwierdzenie stanowiska wskazał na dowody wymienione w odwołaniu na jego stronie 3 w punkcie 2 lit. a) do n) – a przywołane w uzasadnieniu powyżej - na potwierdzenie faktów – jak podał – (...) *zasadności niniejszego odwołania, istnienia powiązań rodzinnych i gospodarczych A.Z. prowadzącej działalność pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z., (...) oraz P.Z. prowadzącego działalność pod firmą Versatile P.Z., (...), ścisłej współpracy obu ww. firm, działania ww. firm w porozumieniu, złożenia przez ww. firmy ofert w uzgodnieniu, przygotowania ofert złożonych przez ww. firmy przez jedną osobę, z umowy przetargowej ww. firm stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji”.*

Wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp stanowią:

Art. 226. 1. 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:

„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. 16 pkt 1 i 2 Pzp:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty; (…)

Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp:

„2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

Z kolei wskazane w odwołaniu przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Ustawa znk lub Znk) odnoszą się do następujących zagadnień:

Art. 3 Znk:

„1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Art. 15c Znk:

„Czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 i art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), a także art. 101 i art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”.

Wskazany także w odwołaniu art. 6 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Ustawa okik) stanowi:

1. Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;

(…)

7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.”

Ze stanu faktycznego tej sprawy niewątpliwie wynika, że w tym przetargu oferty przedsiębiorców: A.Z. prowadzącą działalność pod firmą P.P.H.U. ALMAR A.Z. (P.P.H.U. ALMAR) (...) oraz P.Z. prowadzącego działalność pod firmą Verşatile P.Z. (wykonawca Verşatile) zostały złożone przez osoby spokrewnione (matkę i syna) oraz mających siedzibę pod tym samym adresem. Jednakże fakt powiązań rodzinnych i ten sam adres siedziby nie może na gruncie wskazanych w odwołaniu przepisów stanowić podstawy do uznania, że składając oferty w jednym przetargu przedsiębiorcy działają w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji, a zatem w warunkach niedozwolonej przepisami prawa tzw. zmowy przetargowej. Także zawarcie polisy w dniu 3/10/2023 ze względów biznesowych dla czterech podmiotów i uzyskanie korzystniejszych warunków dla każdego z wymienionych w nim podmiotów nie może dowodzić zawarcia nielegalnego porozumienia w związku z ofertami składanymi w przetargu w dniu 17/06/2024 wszczętego Ogłoszeniem w dniu 31/05/2024.

W tym stanie faktycznym Odwołujący przede wszystkim nie wykazał w jaki sposób to nielegalne porozumienie, na którego istnienie Odwołujący się powołuje, miało na celu ograniczenie konkurencji lub w inny sposób naruszałoby lub zagrażało interesom innych uczestników rynku. Brak jest też argumentów za tym, aby stwierdzić naruszenie innych przepisów z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy wskazywanych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał, aby oferty tych przedsiębiorców były uzgadniane w zakresie ceny lub zakresu prac. W tym przetargu zostało złożonych 6 ofert z następującymi cenami:

Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Kryterium cena 60%
1	POLTOM Tomasz Kłosowski 72-400 Kamień Pomorski, Buszęcin 8 NIP 9860019015	5.366.600,00 PLN
2	Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o. Korytnica 10A, 28-305 Sobków NIP 6562331478	5.369.729,33 PLN
3	P.P.H.U. ALMAR A.Z. 64-761 Krzyż Wilkp. Ul. Mickiewicza 62, NIP 7631001509	4.883.100,00 PLN

4	Versatile P.Z. 64-761 Krzyż Wlkp. Ul. Mickiewicza 62 NIP 7632144412	5.399.700,00 PLN
5	P.B.U.H TERBUD M.D. 78-421 Drzonowo, Biała 31 NIP 6731008479	4.892.202,60 PLN
6	KDI Sp. z o. o. 70-244 Szczecin, Krzywoustego 1/2 NIP 8513208448	8.475.315,64 PLN

Oferta P.P.H.U. ALMAR pod względem ceny plasuje się na pierwszym miejscu, a druga z kwestionowanych ofert na trzecim miejscu. Izba zwraca także uwagę, że kwestionowane w odwołaniu formularze są wzorami załączonymi do SWZ oraz, że wykonawcy powołują się w nich na zasoby różnych podmiotów.

W odniesieniu do powołanych w odwołaniu dowodów Izba zgodziła się z Uczestnikiem ALMAR, że te dowody świadczą o powiązaniach rodzinnych, co jest bezsporne i wzajemnej współpracy firm prowadzonych przez A.Z. i P.Z., jednakże nie dowodzą zawarcia porozumienia (zmowy przetargowej) mającego na celu zakłócenie w tym przetargu konkurencji. Zmowa przetargowa jest – niewątpliwie – jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie sposób wymagać od wykonawcy dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia zmowy, to jednak dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę do takiego bezspornego wniosku. Zdaniem Izby bowiem, pojęcie „wiarygodnych przesłanek”, o których mowa w art. 108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, podobnie jak we wskazywanym przez Uczestnika ALMAR art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiej i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE wiąże się z uprawdopodobnieniem w wysokim stopniu, że doszło do naruszenia zakazu porozumień antykonkurencyjnych. Tym samym nie jest wymagane – jak to podkreśla orzecznictwo i doktryna - dysponowanie dowodem bezpośrednim, aby można było wykluczyć wykonawcę na tej podstawie. Wystarczającym jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego. Powoływane zatem dowody poszlakowe – co także jest podkreślane w orzecznictwie - muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek - o znowie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. W rozpatrywanej sprawie Odwołujący upatruje „wiarygodnych przesłanek” na potwierdzenie zaistnienia zmowy przetargowej w tym postępowaniu wyłącznie w istnieniu powiązań rodzinnych pomiędzy przedsiębiorcami oraz w opisach w formularzach, co do adresu mail oraz w oświadczeniu wstępnym w zakresie Informacji związanej z poleganiem na zasobach innych podmiotów, co w kontekście przedstawionego przez Odwołującego materiału dowodowego nie mogło prowadzić do wniosku, że w tej sprawie zaistniały wiarygodne przesłanki świadczące o zawarciu zakazanego prawem porozumienia antykonkurencyjnego i w konsekwencji złożenia w tym przetargu przez wskazanych wykonawców ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba także w tej sprawie, aczkolwiek tylko na marginesie, chciałaby zauważyć, że wykazanie przez Odwołującego przesłanek wymaganych art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp jest niewątpliwie zadaniem trudnym. Zakres postępowania odwoławczego i środki jakimi dysponuje w jego ramach Odwołujący jak i Krajowa Izba Odwoławcza nie są tak szerokie jak możliwości organów, które są właściwe w sprawach ochrony konkurencji. Dlatego też, pomimo oddalenia odwołania w sprawie, Izba nie wyklucza, że ustalenia organów, które dysponują szerszymi kompetencjami w zakresie badania nielegalnych porozumień, mogłyby być inne. Powyższe nie zmienia faktu, że w ramach postępowania odwoławczego wywód Odwołującego i wyciągane na jego podstawie wnioski są niewystarczające dla uwzględnienia zarzutu stanowiącego podstawę wykluczenia wykonawcy z tego przetargu. W konsekwencji także pozostały zarzuty nie mogły podlegać uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....

.....
.....