Sygn. akt: KIO 3822/23

WYROK

z dnia 8 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2023 r. przez wykonawcę J.B., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "LAZUR" J.B. w Iławie

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Iława

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy P.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. "ELTEL" PIOTR WIĘCKOWSKI w Iławie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Miejską Iława i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę J.B., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "LAZUR" J.B. w Iławie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Miejskiej Iława na rzecz Odwołującego – wykonawcy J.B., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "LAZUR" J.B. w Iławie kwotę 11 117 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późń. zm.) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 3822/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Miejska Iława (dalej: „Zamawiający"), prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji (art. 275 pkt 2 Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zarządzanie cmentarzami komunalnymi w Iławie" z p[odziałem na 2 części, znak ZP.271.36.2023 (dalej „postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 października 2023 roku, nr ogłoszenia: 2023/BZP 00454093

Dnia 19 grudnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie,

w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 2, odwołanie złożył Wykonawca J.B., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „LAZUR" J.B. (dalej: „Odwołujący") wobec czynnośc Zamawiającego w ww. postępowaniu, polegającej na:

- zaniechaniu wezwania wykonawcy P.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. "ELTEL" PIOTR WIĘCKOWSKI (dalej: „PHU ELTEL") do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci: (1) wykaz usług, stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ, oraz (2) potencjału kadrowego, stanowiącego Załącznik nr 3B do SWZ, złożonych przez tego wykonawcę dnia 07 grudnia 2023 roku,
- zaniechaniu zwrócenia się do Parafii Rzymsko-Katolickiej pw. Matki Bożej Królowej Polski w Rudzienicach, ul. Parkowa 12, 14-200 Rudzienice, o wyjaśnienie podmiotowych środków dowodowych w zakresie rodzaju usług, kwoty na jaką były wykonywane, zakresu i rodzaju prac oraz dowodów potwierdzających wykonywanie tych prac, gdyż na podstawie złożonych podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę PHU ELTEL oraz wyjaśnień, dokumenty te budzą ogromne wątpliwości co do realizacji i zakresu oraz wartości wykonywanych usług,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca ten:
  - podlegał wykluczeniu z postępowania wobec złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a nawet wobec stwierdzenia

pozostawiania w niedozwolonym porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji,

- nie spełniał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej przewidzianych w SWZ,
- podlegał wykluczeniu z postępowania wobec podjęcia przez niego zamierzonego działania w celu wprowadzenia w błąd, tj. złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z Załącznikiem nr 2A do SWZ, a następnie w wyniku wezwania Zamawiającego z art. 274 ust. 1 PZP – przedłożył on podmiotowe środki dowodowe, z których wynika że wykonawca podlegał wykluczeniu i nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, które to działanie miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego,
- podlegał wykluczeniu z postępowania wobec przedstawiania przez niego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie nieprowadzenia i niepośredniczenia w działalności pogrzebowej,
- wyborze w części 2 Zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę PHU ELTEL, jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy jego oferta w części 2 Zamówienia winna podlegać odrzuceniu, ponieważ wykonawca ten nie spełnia warunków udziału i podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący w zakresie wskazanych powyżej czynności zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

[Zarzuty Podstawowe]

1. art. 16 i 17 PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części 2 Zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także powodujący brak przejrzystości, co przejawiło się błędnym i nierzetelnym wyjaśnieniem kwestii związanych ze złożeniem przez wykonawcę PHU ELTEL oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz pozostawaniem przez wykonawców PHU ELTEL oraz A.K., prowadzającej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy OPOKA A.K. (dalej „OPOKA"), w niedozwolonym porozumieniu oraz wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca ten złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pozostając z drugim wykonawcą Anną Kozań, prowadzającą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy OPOKA A.K., której oferta została odrzucona, w niedozwolonym porozumieniu, którego celem jest zakłócenie konkurencji,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca ten zawarł z drugim wykonawcą Anną Kozań, prowadzającą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy OPOKA A.K. (dalej: „OPOKA"), której oferta została odrzucona, w niedozwolonym porozumieniu, którego celem jest zakłócenie konkurencji,

4. art. 239 PZP poprzez wybór oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia jako najkorzystniejszej, pomimo tego że wykonawca PHU ELTEL złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz pozostawał z wykonawcą OPOKA w niedozwolonym porozumieniu, którego celem jest zakłócenie konkurencji,

alternatywnie, na wypadek nieuwzględnienia Zarzutów Podstawowych wskazanych powyżej, zarzucam naruszenie:

[Zarzuty Ewentualne nr 1]

5. art. 16 i 17 PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części 2 Zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także powodujący brak przejrzystości, co przejawiło się błędnym i nierzetelnym wyjaśnieniem podmiotowych środków dowodowych oraz wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, poprzedzające nieprawidłowym ustaleniem Zamawiającego, że wykonawca podstawie podmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnień złożonych w trybie art. 128 ust. 4 PZP wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej przewidziany w SWZ,

6. art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci:

1) wykazu usług (Załącznik nr 4 do SWZ) złożonego przez tego wykonawcę dnia 07 grudnia 2023 roku, w zakresie podanej przez niego wartości brutto zadania, którego przedmiotem była podana przez niego usługa (wiersz 1 kolumna 3 tabeli Załącznika nr 4 do SWZ), w sytuacji gdy Zamawiający wymagał, by wykonawca wykazał, że wykonał lub

wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 1 zadanie polegające na administrowaniu cmentarzem komunalnym o wartości min. 200.000,00 zł brutto, zaś ani rzeczonego wykazu, ani z pisma tego wykonawcy z dnia 11 grudnia 2023 roku – nie wynika za jaki okres wykonywania tego zadania wykonawca PHU ELTEL podał wartość 250.000,00 zł (szczególnie że zadanie to ma być realizowane przez wykonawcę od przeszło 25 lat),

2) potencjału kadrowego (Załącznik nr 3B do SWZ) złożonego przez tego wykonawcę dnia 07 grudnia 2023 roku, w zakresie podanego przez wykonawcę doświadczenia pracowników I.K. i H.K. (wiersz 2 kolumna 4 tabeli Załącznika nr 3B do SWZ), w sytuacji gdy Zamawiającywymagał, by wykonawca wykazał, że dysponuje minimalnie 1 osobą pracownikiem administracji cmentarza komunalnego posiadającego co najmniej 2-letni staż pracy, związany z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej, zaś z dokumentu tego nie wynika kogo dotyczy podane przez wykonawcę 2,5-letnie doświadczenie – czy jednej osoby, czy obu razem, czy każdej z osobna,

które to zaniechania mogą doprowadzić do dokonania wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia,

7. art. 128 ust. 5 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do Parafii Rzymsko-Katolickiej pw. Matki Bożej Królowej Polski w Rudzienicach o wyjaśnienie podmiotowych środków dowodowych wykonawcy PHU ELTEL w zakresie rodzaju usług, kwoty na jaką były wykonywane, zakresu i rodzaju prac oraz dowodów potwierdzających wykonywanie tych prac, gdyż na podstawie złożonych podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę oraz wyjaśnień, dokumenty te budzą ogromne wątpliwości co do realizacji i zakresu oraz wartości wykonywanej usługi,

8. art. 239 PZP poprzez wybór oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia jako najkorzystniejszej, pomimo tego że na obecnym etapie nie sposób jest ustalić, czy wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej przewidzianego w SWZ, gdyż dokumenty zgromadzone w toku postępowania budzą ogromne wątpliwości,

alternatywnie, na wypadek nieuwzględnienia Zarzutów Ewentualnych nr 1 wskazanych powyżej (w szczególności w przypadku uznania, że podmiotowe środki dowodowe wykonawcy PHU ELTEL nie wymagają dalszych wyjaśnień), zarzucam naruszenie:

[Zarzuty Ewentualne nr 2]

9. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 i 17 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej przewidzianych w SWZ, polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 1 zadania odpowiadającego swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, oraz dysponowaniu minimalnie 1 osobą pracownikiem administracji cmentarza komunalnego posiadającej co najmniej 2-letni staż pracy, związany z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej,

10. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 i 17 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia, w sytuacji gdy ze złożonego w dniu 07 grudnia 2023 roku przez wykonawcę podmiotowego środka dowodowego wykazu usług (Załącznika nr 4 do SWZ) wynika, że wykonawca nie dysponuje wymaganym SWZ doświadczeniem zawodowym (§ VII ust. 1 pkt 4 ppkt 4.1 SWZ), zaś wykonawca na etapie składania oferty potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (Załącznik nr 2A do SWZ), czym w sposób zamierzony (lub co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa) wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, bowiem jego oferta została (niesłusznie) wybrana jako najkorzystniejsza,

11. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 i 17 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia, w sytuacji gdy zarówno z wyjaśnień wykonawcy PHU ELTEL zawartych w piśmie z dnia 21 listopada 2023 roku oraz z treści pism Odwołującej z dni 06 listopada 2023 roku i 06 grudnia 2023 roku (i załączników do tych pism) wynika, że wykonawca PHU ELTEL nadal, tj. po dniu otwarcia ofert (02 listopada 2023 roku) do dnia wniesienia odwołania, wbrew postanowieniu przewidzianemu w §V ust. 5 i 6 SWZ prowadzi działalność pogrzebową i pośredniczy w świadczeniu takich usług, co skutkuje koniecznością jednoznacznego ustalenia, że wykonawca PHU ELTEL składając swoją ofertę oraz przedstawiając w piśmie z dnia 21 listopada 2023 roku informacje w zakresie prowadzenia (pośredniczenia w) działalności pogrzebowej wprowadził Zamawiającego w błąd, co ze względu na specyfikę zamówienia (konflikt interesów, potencjalne nadużycie pozycji) miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

12. art. 239 PZP poprzez wybór oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia jako najkorzystniejszej, pomimo tego że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. w razie uwzględnienia Zarzutów Podstawowych:
   1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 Zamówienia,
   2)odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę PHU ELTEL w części 2 Zamówienia,
   3)wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
2. w zakresie Zarzutów Ewentualnych nr 1:
   1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 Zamówienia,
   2)wezwania wykonawcy PHU ELTEL do wyjaśnień w zakresie podmiotowego środka dowodowego w postaci:
      a)wykazu usług stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ, złożonego przez tego wykonawcę dnia 07 grudnia 2023 roku, co do podanej przez niego wartości brutto zadania, którego przedmiotem była podana przez niego usługa (wiersz 1 kolumna 3 tabeli), tj. czy podana kwota 250.000,00 zł dotyczy wartości zadania za okres ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, czy od rozpoczęcia wykonywania zadania (od 25 kwietnia 1998 roku),
      b)potencjału kadrowego stanowiącego Załącznik nr 3B do SWZ, złożonego przez tego wykonawcę dnia 07 grudnia 2023 roku, co do wskazania którego pracownika biura administracji dotyczy podane przez wykonawcę 2,5-letnie doświadczenie – czy jednej osoby, czy obu razem, czy każdej z osobna,
   3)zwrócenia się do Parafii Rzymsko-Katolickiej pw. Matki Bożej Królowej Polski w Rudzienicach, ul. Parkowa 12, 14-200 Rudzienice, o udzielenie informacji:

–czy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert PHU ELTEL wykonywał czynności, które wymienia w piśmie z dnia 14 grudnia 2023 roku,
–jaka była wartość usługi/usług za ostatnie 3 lata przed upływem terminu składania ofert, oraz do
–przedstawienia dokumentów potwierdzających ww. informacje, w szczególności umowy, faktur lub innych dokumentów,

   4)powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. w zakresie Zarzutów Ewentualnych nr 2:
   1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 Zamówienia,
   2)odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę PHU ELTEL w części 2 Zamówienia,
   3)wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia ponieważ oferta Odwołującej, wobec dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy OPOKA, została sklasyfikowana na drugim miejscu w przedmiotowym postępowaniu w części 2 – pn. „Zarządzanie cmentarzami komunalnymi przy ul. Piaskowej oraz Kard. Stefana Wyszyńskiego w Iławie". Dotychczasowe zaniechania i czynności Zamawiającego, które są przedmiotem odwołania, doprowadziły do rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia. W razie usunięcia uchybień Zamawiającego, Odwołująca jest przekonana, iż będzie ona jedynym wykonawcą, którego oferta nie podlega odrzuceniu, a tym samym to jej zostanie udzielone zamówienie części 2 Zamówienia.

W dalszej kolejności Odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne sprawy zgodnie z którymi Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, pod nazwą „Zarządzanie cmentarzami komunalnymi w Iławie", znak ZP.271.36.2023. Zamówienie to podzielone jest dwie części. Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych (§ XX pkt 1-2 SWZ). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 października 2023 roku, nr ogłoszenia: 2023/BZP 00454093. Zamawiający określił, iż na realizację przedmiotu zamówienia zamierza przeznaczyć następujące kwoty brutto: w części 1 na kwotę 480.000,00 zł, w części 2 na kwotę 370.000,00 zł.

Do upływu terminu składania ofert terminu składania ofert zarówno w części 1 pn. „Zarządzanie cmentarzem komunalnym przy ul. Ostródzkiej w Iławie" oraz w części 2 pn. „Zarządzanie cmentarzami komunalnymi przy ul. Piaskowej oraz Kard. Stefana Wyszyńskiego" zostały złożone łącznie po 3 oferty na każdą część (zob. informacja z otwarcia ofert z dnia 02 listopada 2023 roku) w każdej części zostały złożone oferty: (1) Odwołującej, (2) wykonawcy PHU ELTEL, (3) wykonawcy OPOKA.

Kilka dni po dniu otwarcia ofert Odwołująca wyraziła swoje wątpliwości w piśmie z dnia 06 listopada 2023 roku wobec ofert wykonawców PHU ELTEL oraz OPOKA, zarówno w zakresie (1) spełniania warunków udziału przez wyżej wymienionych wykonawców, (2) prawdopodobnego zachodzenia podstaw wykluczenia (z racji bliskich powiązań rzeczonych wykonawców), (3) rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wskazując na to, że wykonawcy wykonują działalność pogrzebową wbrew postanowieniom SWZ (zob. załącznik nr 18 do protokołu postępowania – pismo Odwołującej z dnia 06 listopada 2023 roku). Uwypuklenia wymaga, że P.W. (PHU ELTEL) jest ojcem A.K. (Zakład Pogrzebowy OPOKA), stąd u Odwołującej pojawiły się uzasadnione obawy o złożenia ofert w ramach

tzw. zmowy przetargowej.

Wobec podzielenia powyższych wątpliwości przez Zamawiającego, wezwał on tego samego dnia rzeczonych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przy czym wykonawcę PHU ELTEL w zakresie oferty złożonej w części 1, zaś wykonawcę OPOKA w zakresie ofert złożonych w części 1 i 2. Mimo upływu terminu wykonawcy ci nie skorzystali z możliwości wyjaśnienia rażąco niskich cen w swoich ofertach. Odpowiednio w dniach 14 i 16 listopada 2023 roku Zamawiający wezwał wykonawców OPOKA (mimo braku wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) oraz PHU ELTEL do wyjaśnień treści oferty (zob. załącznik nr 22 i 24 do protokołu postępowania – wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści ofert). Wykonawcy ci tym razem udzieli Zamawiającemu, niemalże identycznych (pod kątem treści i formy) wyjaśnień.

Z racji przedłużającego się postępowania Zamawiający dnia 17 listopada 2023 roku zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co wykonawcy uczynili (zob. załączniki nr 28, 30, 36-37 do protokołu postępowania).

Dnia 30 listopada 2023 roku Zamawiający, oceniając ofertę Odwołującej w części 1 Zamówienia jako najkorzystniejszą, wezwał ją do złożenia podmiotowych środków dowodowych (zob. załącznik nr 34 do protokołu postępowania), a ta dnia 04 grudnia 2023 roku je złożyła (zob. załącznik nr 44 do protokołu postępowania). Wobec czego, Zamawiający w dniu 06 grudnia 2023 roku zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Odwołującej w części 1 (zob. załączniki nr 46-47 do protokołu postępowania). Pierwsza z tych części Zamówienia została zatem zakończona wyborem jako najkorzystniejszej oferty Odwołującej.

Z kolei dnia 1 grudnia 2023 roku Zamawiający, oceniając ofertę wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia jako najkorzystniejszą, wezwał go do złożenia podmiotowych środków dowodowych (zob. załącznik nr 41 do protokołu postępowania). W międzyczasie Odwołująca, wobec powzięcia dalszej wiedzy o wyrażanych wcześniej wątpliwościach co do możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę PHU ELTEL, złożyła kolejne pismo w dniu 06 grudnia 2023 roku, przedkładając dalsze dokumenty na fakt zatajenia przez tego wykonawcę faktu czynnego prowadzenia działalności pogrzebowej wbrew postanowieniom SWZ (o czym szerzej dalej). Wykonawca PHU ELTEL dnia 07 grudnia 2023 roku złożył podmiotowe środki dowodowe (zob. załącznik nr 50 do protokołu postępowania), które budzą wątpliwości w zakresie ich rzetelności. Częściowo (w jednym aspekcie) dostrzegł to Zamawiający, który pismem z dnia 11 grudnia 2023 roku (zob. załącznik nr 51 do protokołu zamówienia) wezwał wykonawcę PHU ELTEL do wskazania jednego z brakujących elementów jednego z podmiotowych środków dowodowych – załącznika nr 4 do SWZ (wykaz usług). Wykonawca PHU ELTEL złożył wyjaśnienia w dniu 14 grudnia 2023 roku (zob. załącznik nr 56 do protokołu zamówienia). Mimo tych wątpliwości Zamawiający w dniu 15 grudnia 2023 roku zawiadomił o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy PHU ELTEL jako najkorzystniejszej. Czynności i zaniechania Zamawiającego w zakresie części 2 Zamówienia objęte zostały niniejszym odwołaniem, i jako takie nie mogą się w żadnym razie ostać.

W uzasadnieniu zarzutów podstawowych odwołania Odwołujący wskazał, że w jego ocenie w pierwszej kolejności należy podnieść to, że Zamawiający w ogóle nie rozważył okoliczności złożenia przez PHU ELTEL oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz pozostawania w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji.

Na wstępie Odwołujący wyszczególnił kilka kwestii (które zostały rozwinięte w dalszych rozważaniach), tj.:

1) wykonawca P.W. (PHU ELTEL) jest ojcem drugiego wykonawcy, który ubiega się o udzielenie Zamówienia – A.K. (OPOKA),
2) zarówno jeden, jak i drugi wykonawca składali podobne zarówno pod kątem treści i formy dokumenty w postępowaniu, w tym:
   a. oferty o takiej samej formie (czcionka, styl), poczyniono w nich podobne nieistotne błędy w formularzach (np. brak wypełnienia lub skreśleń w tych samych miejscach),
   b. wyjaśnienia złożone przez tych wykonawców w odpowiednio w dniach 21 listopada 2023 roku (PHU ELTEL) i 17 listopada 2023 roku (OPOKA) są nie tylko podobne pod kątem formy, ale przede wszystkim treści (szczególnie zwracam na zwroty w wyjaśnieniach P.W. takie jak: „*naraziłabym się na kary umowne…*”, „*chciałabym zauważyć…*”),
3) w toku postępowania rzeczeni wykonawcy zachowali się w podobny sposób, tj. odpowiadali na te same wezwania (np. w zakresie wyjaśnień co do działalności pogrzebowej), i nie odpowiadali na inne (wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny),
4) dokonywali w tym samym czasie niezbędnych (z punktu widzenia możliwości ubiegania się o udzielenia zamówienia) wpisów w CEIDG,
5) współpracują przy wykonywaniu działalności gospodarczej, w tym korzystają z tych samych zasobów rzeczowych i ludzkich.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest tzw. zmowa przetargowa. Ustawowa definicja zmowy przetargowej została określona w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Zmowa przetargowa to *porozumienia, których celem lub skutkiem są*

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. Celem zmowy przetargowej jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy. Działanie takie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Dla zaistnienia zmowy konieczne jest stwierdzenie, że między wykonawcami doszło do niedozwolonego porozumienia, którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji. Stwierdzenie zmowy przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28.02.2022 r., KIO 296/22, KIO 344/22, LEX nr 3366543: „*Podkreślenia wymaga przy tym, że ustawa nie obliguje zamawiającego do udowodnienia zaistnienia zmowy przetargowej, co uznać należy za rozwiązanie w pełni zasadne – zmowy tego rodzaju ze swej natury są utrzymywane przez zainteresowanych wykonawców w tajemnicy. Z tego też względu zamawiający może podjąć decyzję o odrzuceniu ofert takich wykonawców w oparciu o poszlaki. Ustawa nie wymaga również, by to zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w kierunku potwierdzenia zaistnienia zmowy przetargowej między wykonawcami – zgodnie z przytoczonym przepisem wystarczające jest oparcie się przez zamawiającego na wiarygodnych przesłankach. Dlatego też zamawiający ma prawo skorzystać z informacji (wiarygodnych przesłanek) ustalonych przez inne podmioty*”.

Powyższe potwierdza fakt, iż wykonawcy OPOKA oraz ELTEL razem udzieli Zamawiającemu, niemalże identycznych (pod kątem treści i formy) wyjaśnień. Takie działania wykonawców Odwołujący poczytuje nie tylko za czyn nieuczciwej konkurencji, ale przede wszystkim za działanie sprzeczne z podstawowymi zasadami uczciwego postępowania w prowadzeniu działalności gospodarczej przedsiębiorców.

Celem porównania przedstawiono zrzuty wyjaśnień poszczególnych wykonawców:

Wyjaśnienia wykonawcy OPOKA

:

<u>wyjaśnienia wykonawcy ELTEL:</u>

Wskazane wyżej okoliczności Odwołujący uznaje jako celowe działanie wykonawców, którzy porozumieli się pomiędzy sobą co do warunków składanych ofert, jak też późniejszego działania w zakresie udzielania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Działanie tego rodzaju narusza zasady uczciwej konkurencji. Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą KIO zamawiający na każdym etapie postępowania jest zobowiązany do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W wyroku z dnia 14 września 2010 r. w sprawie sygn. akt. KIO/UZP 1874/10 sformułowano następujące tezy: *„Zmowa przetargowa to praktyka polegająca na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców i organizatora przetargu warunków składanych ofert, czyli celowe wpływanie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzje zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania, tak by doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmowie*”.

W ocenie Odwołującego wynika, iż zachowanie wykonawcy OPOKA było ukierunkowane na wybór oferty wykonawcy PHU ELTEL – czemu dowodzi brak złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w części 1 i 2.

Powyższe wyczerpuje przesłanki definicji czynu nieuczciwej konkurencji określone w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 ust. 1 tej ustawy, mówiącego, że *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy*. Ust. 2 stanowi zaś, że *czynami nieuczciwej konkurencji jest w szczególności*: (...) *utrudnianie dostępu do rynku*. Cytowany przepis, tj. art. 3 ust. 1 określa się powszechnie - jako klauzulę generalną. Odsyła on bowiem nie tylko do przepisów odrębnych, ale także do systemu ocen i norm pozaprawnych, a mianowicie do "dobrych obyczajów" - przerzucając ocenę konkretnego stanu faktycznego na organ rozstrzygający spór. Naruszenie przez przedsiębiorcę obowiązku działania w sposób uczciwy oraz zgodny z prawem - stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Norma zawarta w art. 3 ust. 1 omawianej ustawy, odgranicza zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurowania od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Dzięki temu, wytycza ona granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurowania, służąc także realizacji celów wyrażonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Ocena czynów występujących w działalności gospodarczej niepodpadających pod żaden szczegółowy przepis cytowanej ustawy lub odrębnej ustawy, może i powinna być prowadzona na podstawie art. 3 ust. 1 Uznk. Jeżeli zachodzą podstawy do stwierdzenia, że konkretne zachowanie spełnia przewidziane w nim przesłanki, tym samym oznacza, że jest ono czynem nieuczciwej konkurencji. W przytaczanej ustawie, nie zostały stypizowane bowiem wszystkie zachowania,

którym należałoby przeciwdziałać. Pełnienie przez klauzulę generalną funkcji uzupełniającej jest wyraźnie akceptowane przez judykaturę. Jeśli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez Uznk, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (wyr. SA w Łodzi z 31.7.1995 r., I ACr 308/95, OSA 1995, Nr 7-8, poz. 52, s. 33; OSG 1996, Nr 4, poz. 33, s. 24).

Wymienione czyny nieuczciwej konkurencji nie tworzą zamkniętego katalogu; za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Uznk może być zatem uznane także działanie niewymienione w art. 5-17 tej ustawy, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji (uzasadnienie wyr. SN z 26.11.1998 r., I CKN 904/97, OSP 1999, Nr 5, poz. 91). Określone zachowania noszące znamiona czynów konkurencyjnych powinny być badane najpierw przez pryzmat przesłanek określonych w przepisach art. 5-17 Uznk, a dopiero wówczas, gdy kwestionowane przez innego przedsiębiorcę działania nie mieszczą się w dyspozycji żadnego z tych przepisów, powstaje potrzeba dokonywania ich oceny w świetle przesłanek klauzuli generalnej zawartych w art. 3 Uznk, a zawierającym uniwersalną niejako postać czynu nieuczciwej konkurencji (wyr. SN z 2.2.2001 r., IV CKN 255/00, OSN 2001, Nr 9, poz.137; OSP 2001, Nr 11).

Wystarczy bezprawność działania, aby uznać że przedsiębiorca dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie jest konieczne wykazanie jego winy (zob. wyr. SN z 1.12.2004r., III CK 15/04,). Pojęciem przedsiębiorcy objęte zostały natomiast wszystkie podmioty uczestniczące w obrocie gospodarczym. Bezprawność zachowania sprawcy, względnie sprzeczność z dobrymi obyczajami jest konieczną przesłanką uznania danego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji. Terminu „dobre obyczaje" Uznk nie definiuje. "Dobre obyczaje" nie będąc normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak "zasady współżycia społecznego," których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Chodzi o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej, tj. oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez zamawiających cechami oferowanych towarów lub usług. Konkurencja powinna być "przejrzysta" czytelna dla przedsiębiorców i klientów a wyniki jej niezafałszowane. Celem Uznk jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Dlatego czyny nieuczciwej konkurencji ustawa uznaje za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy, ale również w przypadku zagrożenia ich interesów, podejmowanych sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Ponadto, grożące naruszenie powinno dotyczyć interesu mającego pewną wagę gospodarczą. Wreszcie, co istotne, zagrożenie musi być realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów. O tym czy przesłanki są, lub nie są spełnione nie decyduje subiektywne przekonanie jednej ze stron.

Oceny dokonuje organ rozpoznający sprawę, stosując kryteria obiektywne. Nawet przy wykonywaniu własnego prawa przedsiębiorca powinien zważać, czy postępując w ten sposób nie narusza interesów innych uczestników obrotu gospodarczego lub im nie zagraża.

W przedmiotowym postępowaniu zdaniem Odwołującego porozumienie między wykonawcami OPOKA oraz PHU ELTEL wypełnia wszystkie przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie działania sprzecznego z obyczajami, które zagrażają interesowi Odwołującego poprzez eliminację prawidłowo złożonej i potwierdzającej warunki udziału w postępowaniu oferty na realizację części 2 Zamówienia.

Wobec powyższego uznać należy, że Zamawiający powinien był stwierdzić, na podstawie ww. przesłanek wykonawca PHU ELTEL zawarł z wykonawcą OPOKA porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji lub – co najmniej – że wykonawca PHU ELTEL złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pozostając z drugim wykonawcą Anną Kozań, prowadzającą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy OPOKA A.K., której oferta została odrzucona, w niedozwolonym porozumieniu, którego celem jest zakłócenie konkurencji, a w konsekwencji jego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP.

W zakresie Zarzutów Ewentualnych nr 1 Odwołująca wskazuje, że na wypadek gdyby doszło do uznania, iż zachowanie wykonawcy PHU ELTEL nie wypełniało przesłanek do ustalenia, iż wykonawca ten złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji lub że pozostaje z drugim wykonawcą w porozumieniu mającym na celu ograniczenie konkurencji, składa dalsze zarzuty uzasadnione poniżej. W ocenie Odwołującej, mimo zgłaszanych powyżej zarzutów, oferta wykonawcy PHU ELTEL, niezależnie od dalszych czynności wykonawcy, w tym jego ewentualnych wyjaśnień, i tak podlegać będzie odrzuceniu. Nie mniej wykonawcy PHU ELTEL, z racji uchybień Zamawiającego przy prowadzeniu postępowania, należy zapewnić możliwość obrony swych racji.

W ocenie Odwołującej zasadniczą przeszkodą w możliwości dokonania rozstrzygnięcia w części 2 Zamówienia jest to, że na obecnym etapie postępowania nie sposób było zweryfikować, czy wykonawca PHU ELTEL spełnia warunki

udziału w postępowaniu określone w § VII ust. 2 pkt 4 ppkt 4.1)-4.2) SWZ.

Zgodnie z ww. postanowieniem SWZ „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (…) zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: (…) doświadczenie zawodowe (część 1 i 2): dla uznania, że Wykonawca spełnia warunek posiadania doświadczenia zamawiający, żąda by wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich 3 lat, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 1 zadanie (kontrakt, umowa) odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługa ta została Wykonana lub jest wykonywana, wraz z załączeniem dowodów określających, czy ta usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych jest wykonywana. Jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Przez „zadanie odpowiadające rodzajem usługom stanowiących przedmiot zamówienia" zamawiający rozumie zadanie polegające na administrowaniu cmentarzem komunalnym o wartości min. 200.000,00 zł brutto*".

W myśl § IX ust. 1-2 SWZ ocena spełniania tego warunku następowała najpierw na podstawie aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z Załącznikiem nr 2A do SWZ, a następnie na podstawie wykazu usług – zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ, składanego na wezwanie Zamawiającego (§ IX ust. 3 w zw. z § IX ust. 4 pkt 2 lit. b SWZ).

Celem przypomnienia wykonawca PHU ELTEL w dniu 07 grudnia 2023 roku złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym rzeczony wyżej wykaz usług. W dokumencie tym podał, że wykazywał on spełnianie warunku udziału poprzez wskazanie następującego zadania (dla ułatwienia analizy przedstawiam wyciąg z tabeli):

LLp.	**Przedmiot wykonanej usługi/dostawy**	**Wartość brutto zadania, którego przedmiotem była usługa**	**Data wykonania (od…do…) podać dzień, miesiąc i rok**	**Podmiot na rzecz którego usługa była wykonywana**	**Informacja o podstawie dysponowania doświadczeniem***
1	2	3	4	5	
1	Cmentarz parafialny w Rudzienicach	250 000 zł	Od: 25 kwietnia 1998 r. do: nadal	Parafia Rudzienice	doświadczenie wykonawcy / doświadczenie oddane do dyspozycji przez inny podmiot **

Już na pierwszy rzut oka widać, że poz. „Przedmiot wykonanej usługi/dostawy" została wypełniona w taki sposób, że w żaden sposób nie można było określić tego, czy zadanie z wykazu wykonawcy odpowiada definicji podanej w § VII ust. 2 pkt 4 ppkt 4.1) SWZ. Stąd Zamawiający słusznie wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 128 ust. 4 PZP (choć i tu nadal istnieją dalsze wątpliwości).

Jednakże biorąc pod rozwagę to, że zadanie na które powołuje się wykonawca celem spełniania warunku udziału wykonywane było od 25 kwietnia 1998 roku co najmniej do dnia złożenia tego wykazu, uzasadnione wątpliwości budzi także podana przez wykonawcę kwota. Treść wykazu sugeruje, że kwota 250.000 zł dotyczy całego okresu realizacji zadania, na które wykonawca się powołuje. To oznaczałoby, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem warunek doświadczenia w § VII ust. 2 pkt 4 ppkt 4.1) SWZ został wyraźnie określony i wynika z niego, że Zamawiający żądał by wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich 3 lat wykonał co najmniej jedno zadanie polegające na administrowaniu cmentarzem komunalnym o wartości min. 200.000,00 zł brutto. Na mocy posiadanych dokumentów nie było uprawnione także odmienne przyjęcie, tj. że kwota ta dotyczy ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Jako że warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru przez Zamawiającego Wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego, warto zauważyć, że skoro Zamawiający wymaga wykazania zadania o wartości min. 200.000 zł, to podzielenie tej wartości przez najdalej idący okres 36 miesięcy (3 lat), daje to zadanie średniomiesięcznej wartości ponad 5.500 zł (200.000 zł : 36 miesięcy). Z kolei w przypadku zadania wykazywanego przez wykonawcę PHU ELTEL mamy najpewniej do czynienia z zadaniem o średniomiesięcznej wartości lekko ponad 800 zł (250.000 zł : 307 miesięcy).

Skoro wskazanie wykonawcy w tym wykazie nie jest jasne – koniecznym było uprzednie wezwanie wykonawcy PHU ELTEL do wyjaśnienia tej kwestii, a dopiero wówczas podjęcie dalszych czynności w postępowaniu. Zamawiający ograniczył się jedynie do przedmiotu zadania, nie zaś jego wartości.

Analogiczna jak wyżej wątpliwość zachodzi w przypadku innego podmiotowego środka dowodowego w postaci potencjału kadrowego – Załącznika nr 3B do SWZ.

W myśl § VII ust. 4 pkt 4 ppkt 4.2.1. lit. b SWZ *„kadra techniczna: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca na czas realizacji zamówienia będzie dysponował osobami o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia, tj.: (…) Min. 1 osoba – pracownik biura administracji cmentarza komunalnego do wykonywania prac administracyjno-biurowych, posiadający co najmniej 2-letni staż pracy, związany z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej"*

Podobnie, jak w przypadku doświadczenia zawodowego, w myśl § IX ust. 1-2 SWZ ocena spełniania warunku potencjału kadrowego następowała najpierw na podstawie aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z Załącznikiem nr 2A do SWZ, a następnie na podstawie potencjału kadrowego – zgodnie z Załącznikiem nr 3B do SWZ, składanego na wezwanie Zamawiającego (§ IX ust. 3 w zw. z § IX ust. 4 pkt 2 lit. a SWZ).

W dokumencie potencjał kadrowy złożonym w dniu 07 grudnia 2023 roku wykonawca PHU ELTEL podał, że dysponuje dwoma pracownikami biura z doświadczeniem 2.5-letnim bez jednoznacznego wskazania kogo dotyczy to doświadczenie (dla ułatwienia analizy przedstawiam wyciąg z tabeli):

L.p.	Imię i Nazwisko	Zakres rzeczowy wykonywanych czynności oraz informacja na temat doświadczenia	Doświadczenie (wymagane/posiadane)	Informacja o podstawie dysponowania osobami
1	2	3		4
1	P.W.	**Zarządca** – Minimalne wymagania: - wykształcenie wyższe lub średnie, - co najmniej 2-letni staż pracy w zakresie zarządzania cmentarzem komunalnym	2/13	Osoba będąca w dyspozycji wykonawcy / oddana do dyspozycji przez inny podmiot ***
2	Izabela Kaniecka Halina Kreft	**Pracownik biura** – do wykonywania prac administracyjno – biurowych, posiadający co najmniej 2 letni staż pracy, związany z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej	2/2.5	Osoba będąca w dyspozycji wykonawcy / oddana do dyspozycji przez inny podmiot ***

Odwołująca zwraca uwagę, że poz. „Doświadczenie (wymagane/posiadane)" została wypełniona w taki sposób, że w żaden sposób nie da się przypisać konkretnej osobie wskazanej z imienia i nazwiska – wymaganego SWZ 2-letniego stażu pracy związanego z prowadzeniem dokumentacji cmentarnej. Innymi słowy, nie wiadomo kogo dotyczy podane przez wykonawcę 2,5-letnie doświadczenie – czy jednej osoby, czy obu razem, czy każdej z osobna.

Stąd w ocenie Odwołującej Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę PHU ELTEL do wyjaśnienia tego podmiotowego środka dowodowego, a dopiero wówczas podjąć dalsze czynności w postępowaniu.

Dodatkowo w zakresie tego wykazu usług (Załącznika nr 4 do SWZ) nadal budzi wątpliwość to, czy wykonawca PHU ELTEL rzeczywiście wykonuje realizuje zadanie w sposób i w zakresie oraz o wartości wskazanych w tym wykazie oraz w jego wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 128 ust. 4 PZP zawartych w piśmie z dnia 14 grudnia 2023 roku. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, że m. in. biuro administracji cmentarza parafialnego mieści się w siedzibie wykonawcy (?). Skoro zadanie, na które wykonawca powołuje się celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu ma być odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, Zamawiający powinien z dużą doza ostrożności podchodzić do oceny tych dokumentów. Zgodnie z art. 128 ust. 5 PZP *Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub*

braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Funkcjonowanie cmentarzy parafialnych i sposób ich zarządzania jest zupełnie odmienny od funkcjonowania i sposobu zarządzania cmentarzami komunalnymi (o czym szerzej w dalszej części rozważań). W ocenie Odwołującej Zamawiający powinien był zwrócić się do podmiotu, który wystawił na rzecz wykonawcy PHU ELTEL referencje, stanowiące załącznik do wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2023 roku (w powyższym trybie) o nadesłanie choćby informacji czy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert PHU ELTEL wykonywał czynności, które wymienia w piśmie z dnia 14 grudnia 2023 roku, jaka była wartość usługi/usług za ostatnie 3 lata przed upływem terminu składania ofert, a nawet do przedstawienia dokumentów potwierdzających ww. informacje (np. umów, faktur).

W zakresie Zarzutów Ewentualnych nr 2 Odwołująca wskazuje, że na wypadek gdyby doszło do uznania, iż Zarzuty Ewentualne nr 1 nie są uzasadnione, np. wskutek ustalenia, że w niniejszej sprawie brak jest potrzeby dalszego wyjaśniania podmiotowych środków dowodowych wykonawcy PHU ELTEL, składa dalej idące zarzuty uzasadnione poniżej.

W ocenie Odwołującej, mimo zgłaszanych wcześniej zarzutów, oferta wykonawcy PHU ELTEL, niezależnie od złożonych od dalszych czynności, w tym ewentualnych wyjaśnień tego wykonawcy, i tak podlegać będzie odrzuceniu. Stąd też, przechodząc do meritum pragnę przypomnieć, że wykonawca zgodnie z treścią § IX ust. 3 w zw. z § IX ust. 4 pkt 2 lit. b SWZ przedłożył na wezwanie Zamawiającego podmiotowej środki dowodowe w dniu 07 grudnia 2023 roku, w cytowany wcześniej wykaz usług. W wykazie tym wykazał na spełnienie warunku udziału zadanie, które opisał jako „cmentarz parafialny w Rudzienicach", a następnie w trybie art. 128 ust. 4 PZP wyjaśnił na czym zadanie to ma według niego polegać.

Należy zatem szerzej rozważyć to, jak został przez Zamawiającego określony warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w § VII ust. 2 pkt 4 ppkt 4.1) SWZ.

Przytaczając jego brzmienie po raz kolejny, tym razem z uwzględnieniem tego, że żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie prowadzi działalności przez okres krótszy niż 3 lata oraz z pominięciem części postanowienia dotyczącego wymogów formalnych „wykazania", tj. od słów „*z podaniem ich wartości, przedmiotu…*" do ostatniego zdania postanowienia zawierającego definicję zadania wymaganego przez Zamawiającego, tj. do słów „*… dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy"* (co znacznie ułatwi dalszą wykładnię): „*doświadczenie zawodowe (część 1 i 2): dla uznania, że Wykonawca spełnia warunek posiadania doświadczenia zamawiający, żąda by wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich 3 lat (…) przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 1 zadanie (kontrakt, umowa) odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (…). Przez „zadanie odpowiadające rodzajem usługom stanowiących przedmiot zamówienia" zamawiający rozumie zadanie polegające na administrowaniu cmentarzem komunalnym o wartości min. 200.000,00 zł brutto*".

Zauważyć należy zatem, że Zamawiający jasno zdefiniował „*zadanie odpowiadające rodzajem usługom stanowiących przedmiot zamówienia"* jako „*zadanie polegające na administrowaniu cmentarzem komunalnym o wartości min. 200.000,00 zł brutto*", więc określenia te można stosować zamiennie. Skoro tak, równie dobrze zapis ten mógłby brzmieć (po podstawieniu): „*doświadczenie zawodowe (część 1 i 2): dla uznania, że Wykonawca spełnia warunek posiadania doświadczenia zamawiający, żąda by wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich 3 lat (…) przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 1 zadanie (kontrakt, umowa) polegające na administrowaniu cmentarzem komunalnym o wartości min. 200.000,00 zł brutto*". Określenie warunków ma na celu zarówno ochronę interesów potencjalnych wykonawców zgłaszających się do udziału w postępowaniu, jak również zabezpiecza dobrze pojęty interes Zamawiającego w sprawnym przeprowadzeniu postępowania, którego celem jest zawarcie umowy, a następnie jej realizacja. Warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności w zakresie doświadczenia wykonawców muszą korelować z przedmiotem zamówienia (tak: J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V*, Warszawa 2023, art. 112).

Konkludując powyższe, należy stwierdzić, że oferta w części 2 Zamówienia wykonawcy PHU ELTEL:

- który stara się wykazywać na spełnianie warunku udziału zadanie polegające na de facto zarządzaniu cmentarzem parafialnym (choć i tu istnieją istotne wątpliwości co do zakresu i wartości tego zadania, o których mowa w zarzutach podstawowych),
- w sytuacji gdy Zamawiający w treści SWZ określił ten warunek w ten sposób, iż wymagał wykazania od wykonawców, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wykonali lub wykonywali co najmniej 1 zadanie polegające na administrowaniu cmentarzem komunalnym o wartości min. 200.000,00 zł brutto,

powinna podlegać odrzuceniu wobec braku spełniania warunków udziału na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP.

Dodatkowo, z racji tego iż wykonawca PHU ELTEL na etapie składania oferty potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (Załącznik nr 2A do SWZ), tj. w pkt 1.1 tego dokumentu oświadczył, że cyt. „*spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w §VII ust. 2 pkt 4.1. i 4.2. Specyfikacji Warunków Zamówienia*,"

zaś ze złożonego w dniu 07 grudnia 2023 roku przez wykonawcę podmiotowego środka dowodowego wykazu usług (Załącznika nr 4 do SWZ), o którym mowa wyżej, wynika, że wykonawca nie dysponuje i nie dysponował na etapie składania oferty wymaganym SWZ doświadczeniem zawodowym (§ VII ust. 1 pkt 4 ppkt 4.1 SWZ), tj. nie wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 1 zadania polegającego na administrowaniu cmentarzem komunalnym o wartości min. 200.000,00 zł brutto.

Wobec tego oferta w części 2 Zamówienia wykonawcy PHU ELTEL powinna podlegać odrzuceniu wobec złożenia jej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP.

W § 5 ust. 5 zd. 1 SWZ Zamawiający postanowił, że *„Ze względu na specyfikę zamówienia, celem uniknięcia konfliktu interesu, Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mogą prowadzić działalności pogrzebowej (usług pogrzebowych) oraz pośredniczyć w świadczeniu takich usług.* W kolejnym zdaniu tego postanowienia dodał, że *„Przez prowadzenie działalności pogrzebowej Zamawiający rozumie czynne prowadzenie działalności gospodarczej zajmującej się pochówkami, jak też posiadanie wpisu we właściwym rejestrze lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej działalności określonej Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) kodem PKD 96.03.Z - Pogrzeby i działalność pokrewna”.* Dalej w treści podał opis wspomnianego kodu PKD oraz wyjaśnienie zwrotu „pośredniczenia w świadczeniu takich (przyp. pogrzebowych) usług”: *„zwrot "pośrednictwo w świadczeniu takich usług" (pośredniczenie w działalności pogrzebowej), zawarty w umowie, odnosi się do pośrednictwa pomiędzy administratorem a firmami prowadzącymi działalności gospodarczą w zakresie pogrzebów i działalność pokrewną, m. in. w zawieraniu umów czy przyjmowaniu zleceń dot. usług pogrzebowych. Dotyczy to również zasobów rzeczowych i finansowych.”.* W kolejnym ustępie tego paragrafu dookreślono nadto, że *„W odniesieniu do zasobów ludzkich zgodnie z § 8 ust. 10 umowy: „Zakazuje się zatrudniania przez Wykonawcę osób będących etatowymi pracownikami firm pogrzebowych”.*

Jak już wcześniej wspomniano Odwołująca w piśmie z dnia 06 listopada 2023 roku wskazała na to, że PHU ELTEL oraz OPOKA wbrew postanowieniom SWZ wykonują działalność pogrzebową. W piśmie tym Odwołująca zwróciła uwagę na to, że wykonawcy ci w dniu 30 listopada 2023 roku niemalże jednocześnie dokonali zmiany swoich wpisów w CEIDG, usuwając kod PKD 96.03.Z. Dodatkowo wykonawca PHU ELTEL zmienił swoją firmę z „P.H.U "ELTEL" , Filia Zakład Pogrzebowy "OPOKA" PIOTR WIĘCKOWSKI” na „P.H.U. "ELTEL" PIOTR WIĘCKOWS Uwypuklenia wymaga raz jeszcze, że P.W. (PHU ELTEL) jest ojcem A.K. (Zakład Pogrzebowy OPOKA). Dodatkowo M.W. (syn P.W. oraz brat A.K.) dokonał w dniu 02 listopada 2023 roku dodania do jego wpisu w CEIDG kodu PKD 96.03.Z, oraz w dniu 03 listopada 2023 roku zmiany swojej firmy na: „Firma HandlowoUsługowa "Ender-M", filia Zakład Pogrzebowy "ELTEL" M.W.” .

Odwołująca jako dotychczasowy administrator cmentarzy komunalnych w Iławie miała wiedzę, że zarówno jeden, jak i drugi wykonawca po dniu otwarcia ofert prowadzili, i nadal prowadzą działalność pogrzebową i wspólnie, tj. razem P.W., A.K. i M.W. współpracują w tym zakresie (pomimo braku formalnej współpracy, np. spółki cywilnej), w szeroko rozumianej branży pogrzebowej. Wszyscy wyżej wymienieni korzystają z tego samego sprzętu/pojazdów i zasobów ludzkich (przykładem może być Pani M.S., która sygnuje dokumenty „z upoważnienia” imieniem każdego z ww. oraz posługiwaniem się pieczęcią „Zakład Pogrzebowy” obok pieczęci firmowych).

W ocenie Odwołującej, wykonawca PHU ELTEL jawnie zatajał fakt czynnego prowadzenia działalności pogrzebowej oraz udostępniania sprzętu i zasobów ludzkich drugiemu ubiegającemu się wykonawcy – Annie Kozań OPOKA oraz synowi Marcinowi Więckowskiemu. Należy podkreślić, że zapis SWZ nie został zakwestionowany przez żadnego z wykonawców, mało tego wykonawca PHU ELTEL składając ofertę zgodził się na brzmienie SWZ (zob. pkt 4 ppkt 1 formularza ofertowego – załącznika nr 1B do SWZ). Wykonawca PHU ELTEL musiał mieć świadomość istnienia tego zapisu, skoro podejmował iluzoryczne i nieudolne działania w celu ukrycia faktu prowadzenia działalności pogrzebowej.

Zresztą, wykonawca PHU ELTEL chwali się na swojej stronie internetowej 30-leciem funkcjonowania Zakładu Pogrzebowego „ELTEL” oraz do dnia wniesienia odwołania publikuje tam nekrologi (ostatnie z 15 grudnia 2023 roku). Wątpliwe by wykonawca PHU ELTEL chciał zaprzestać prowadzenia działalności pogrzebowej z dnia na dzień tylko po to by ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Zwrócić uwagę należy także na wyjaśnienia wykonawcy PHU ELTEL zawartych w piśmie z dnia 21 listopada 2023 roku, w którym wykonawca ten wyraźnie przyznał, że świadczył usługi pogrzebowe, bowiem zlecenia te musiał wykonać cyt. „*zgodnie z Kodeksem Cywilnym – inaczej naraziłabym się na kary umowne*”, oraz że nadal będzie je świadczył, bowiem proces przekazywania majątku firmy na jego syna jest cały czas w toku i wykonawca ten nie wie kiedy się ten proces zakończy.

W kolejnym piśmie Odwołującej z dnia 06 grudnia 2023 roku kolejny raz wskazała ona na to, że PHU ELTEL nadal wykonuje działalność pogrzebową, bowiem przyjął on kolejne, nowe zlecenia, które mają być przeprowadzane m. in. w

dniu 19 grudnia 2023 roku, kiedy planowana jest ekshumacja. Zamawiający zaniechał dalszego wyjaśniania tej kwestii i uznał niedorzeczne wyjaśnienia wykonawcy PHU ELTEL za wystarczające, sprzecznie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Wyżej opisane działania uzasadniają bezsprzeczne przyjęcie, że wykonawca PHU ELTEL prowadzi działalność pogrzebową (lub co najmniej w niej pośredniczy udostępniając sprzęt i zasoby ludzkie innym osobom zaangażowanym w branże pogrzebową) sprzecznie z postanowieniem § V ust. 5 SWZ. Przedstawianie przez tego wykonawcę informacji zawartych w piśmie z dnia 21 listopada 2023 roku miało na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do braku konfliktu interesów, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, doszło bowiem do wyłuskania przez wykonawcę błędu Zamawiającego przy udzielaniu zamówienia, a zatajanie faktu prowadzenia działalności pogrzebowej może doprowadzić do sytuacji niepożądanej z punktu widzenia uczciwej konkurencji na rynku usług pogrzebowych.

Wobec tego oferta w części 2 Zamówienia wykonawcy PHU ELTEL powinna podlegać odrzuceniu wobec złożenia jej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP.

Wszystkie wyżej opisane naruszenia przepisów ustawy PZP, zarówno razem, jak i z osobna, doprowadziły do niezgodnej z ustawą czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy PHU ELTEL w części 2 Zamówienia jako najkorzystniejszej, pomimo tego że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału, wprowadza (i przedstawia informacje wprowadzające) w błąd Zamawiającego, a także złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz pozostaje z drugim wykonawcą OPOKA w bezdyskusyjnej zmowie przetargowej.

W dniu 4 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Tym samym, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z dyspozycją tego przepisu, zamawiający musi w pierwszej kolejności stwierdzić, że doszło do zawarcia porozumienia, a ustalenia takie poczynić na podstawie wiarygodnych przesłanek. Przepis ten został zmieniony w stosunku do brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp z 2004 r. (który wymagał wykazania przez zamawiającego za pomocą stosownych środków dowodowych), w sposób odpowiadający art. 57 ust. 4 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE, który pozwala zamawiającemu stwierdzić, że doszło do zawarcia porozumienia na podstawie wiarygodnych przesłanek, w tym znaczeniu, że wystarczające jest wnioskowanie z zachowania wykonawców, że pozostają oni w porozumieniu i chcą wpływać na wynik postępowania.

Wskazać należy ponadto, iż pojęcie „porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji", o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy wykładać przez pryzmat przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r., poz. 275, dalej jako UOKK). Zgodnie z art. 4 pkt 5 UOKK przez porozumienie rozumie się: a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, b) uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Z kolei zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKK zakazane są m.in. 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. Porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji wpisuje się w porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKK, przy czym w relacji do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ustawa Pzp ogranicza zakres porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji do tzw. porozumień horyzontalnych, czyli uzgodnień dokonywanych przez wykonawców, a nie przez wykonawcę i zamawiającego.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że dla wykazania zawarcia porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji, co do zasady nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. W ocenie zmów przetargowych, jako zakazanych z mocy UOKiK, obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt VII Aga 1121/18, fakt zmowy powinien być oceniany po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, albowiem w przypadku zmowy przetargowej jej udowodnienie w oparciu o istnienie umowy regulującej zachowania przedsiębiorców przystępujących do przetargu będzie praktycznie niemożliwe. Dlatego też, w sytuacji braku takich dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia może być udowodniony w sposób pośredni, jeśli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego zachowania.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zmowy przetargowej takie jak m.in. ten sam charakter pisma w ofertach, jednakowe błędy obliczeniowe, ten sam adres, więzy rodzinne czy wreszcie nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła korzystniejszą ofertę. UOKIK za zmowę przetargowa uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawienia ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną. Jako przykłady UOKIK wskazuje sytuacje, kiedy ceny wykonawców, którzy zawarli porozumienie, były kolejno niższe, a zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy, aby umożliwić wybór oferty droższej, będącej propozycją przedsiębiorcy, z którym pozostawał w zmowie. Analogicznie, jeśli oferty członków porozumienia zajmują trzy pierwsze miejsca, wycofywane są dwie najkorzystniejsze oferty (por. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów „Zmowy przetargowe", wydanie drugie zaktualizowane, Warszawa 2013). (vide wyrok z dnia 25 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 56/21 oraz wyrok z dnia 27 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 57/22).

Co jednak istotne, aby można stwierdzić, że doszło do istnienia zmowy,
w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmowy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba, oceniając całokształt okoliczności przedmiotowej sprawy doszła do przekonania, że tego rodzaju symptomy zmowy przetargowej miały miejsce w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego.

Odnosząc się do podnoszonych przez Odwołującego kwestii dotyczących powiązań osobistych pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podkreślić należy, co w zasadzie jest niesporne pomiędzy stronami, że z samego faktu istnienia powiązań rodzinnych czy towarzyskich nie należy wywodzić zawarcia niedozwolonego porozumienia między dwoma podmiotami uczestniczącymi w danym postępowaniu. Istnienie relacji, o których mowa wyżej, może stanowić natomiast punkt wyjścia dla stwierdzenia zaistnienia wiarygodnych przesłanek, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, jednakże muszą o tym świadczyć pozostałe okoliczności sprawy.

Z analizy zachowania wykonawcy P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. "ELTEL" PIOTR WIĘCKOWSKI oraz wykonawcy A.K., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą ZAKŁAD USŁUGO\ "OPOKA" ANNA KOZAŃ wynika, że w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania ww. wykonawcy zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Izba podziela argumentację Odwołującego uznając ją za prawidłową, potwierdzoną powołanymi przez odwołującego dowodami. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem poszlaki

mogą być wystarczające do uznania złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, o ile wystąpią one „w odpowiednich wadze i ilości" - powstaje wówczas domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy stanowiące podstawię do odrzucenia oferty (tak m.in. wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 517 /13, w ślad za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06). „W sprawach z zakresu ochrony konkurencji dopuszcza się stosowanie domniemań faktycznych, z których można wyprowadzić wniosek o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję. (...) Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony przez Prezesa UOKiK w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku" (tak: wyrok SA W Warszawie z 24.01.2019 r., VII AGa 1846/18, LEX nr 2673423).

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu w którym występuje szereg podobieństw w działaniu ww. podmiotów zarówno na etapie poprzedzającym składanie ofert, jak również na etapie po złożeniu ofert. Biorąc pod uwagę okoliczności, świadczące o istniejącej relacji pomiędzy ww. wykonawcami (tj. nie tylko powiązania rodzinne, czy wieloletnia współpraca, ale i posługiwanie się przez wykonawcę Eltel nazwą Filia Zakład Pogrzebowy Opoka, jak również prowadzeniem działalności przez ten podmiot pod tym samym adresem jak wykonawca A.K. Zakład Usługowy Opoka poleganie na zasobach tego samego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu), w pełni zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego jest wysnucie wniosku, że wykonawcy ci celowo zadziałali w porozumieniu żeby zamówienie uzyskał podmiot oferujący jego wykonanie za wyższą cenę.

Potwierdzenie powyższego domniemania stanowi w ocenie Izby w szczególności zachowanie obu podmiotów w okresie bezpośrednio poprzedzającym składanie ofert. Oba podmioty dokonywały wówczas w zbliżonych godzinach analogicznych zmian we wpisach do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej, w szczególności w zakresie kodów PKD prowadzonej działalności oraz adresów stałego miejsca wykonywania działalności gospodarczej. W ocenie Izby działania obejmujące usunięcia przez wykonawcę PHU ELTEL w okresie bezpośrednio poprzedzającym składanie ofert z nazwy prowadzonej działalności zwrotu „Opoka", a także usunięcie adresu dodatkowego stałego miejsca wykonywania działalności gospodarczej, który był zbieżny z adresem wykonawcy A.K. (ul. Lipowy Dwór 42, 14-200 Iława), jak również deklarowane rozwiązanie wieloletniej umowy o współpracę w przeddzień terminu składania ofert, przy jednoczesnym dalszym wykonywaniu zobowiązań wynikających z tej umowy, nosiły znamiona działań pozornych, zmierzających do ukrycia faktycznego powiązania obu wykonawców.

Ponadto nie sposób pominąć faktu, iż już po terminie otwarcia ofert działania i czynności obu tych wykonawców były zbieżne (np. w zakresie nieudzielania wyjaśnień ceny w zakresie części 1), jak również faktu składania identycznych, pod kątem treści i formy pism w toku postępowania. Tak należy ocenić wyjaśnienia treści ofert złożone przez wykonawcę PHU ELTEL dnia 21.11.2023 r. oraz przez wykonawcę A.K. w dniu 17.11.2023 r. Pisma te zawierają analogiczną treść, posługują się tożsamymi zwrotami a nawet zawierają identyczne błędy gramatyczne czy interpunkcyjne. Co istotne w odpowiedzi PHU ELTEL zastosowana została forma żeńska czasowników w zwrotach takich jak: *„naraziłabym się na kary umowne…", „chciałabym zauważyć…"* . Zwroty te zostały użyte w tym samym kontekście, w tożsamych częściach pism i odpowiedzi na analogiczne zagadnienia, które były przedmiotem wyjaśnień. W powyższym kontekście zwraca uwagę również złożone przez obu ww. wykonawców oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, które nie różnią się nawet umiejscowieniem cyfr w wykropkowanych polach.

Powyższe okoliczności w powiązaniu z brakiem odpowiedzi wykonawcy Anna Kozuń Opoka na wezwanie w kwestii rażąco niskiej ceny w zakresie części 2 postępowania, w następstwie czego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Eltel P.W., będąca druga w rankingu, wskazuje w ocenie składu orzekającego Izby, że w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania ww. wykonawcy zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

W ocenie Izby powiązania biznesowe i osobiste wykonawców, skala podobieństw graficznych w dokumentacji ofertowej złożonej przez obu wykonawców oraz w dokumentach składanych w toku postępowania, podobieństwo zachowań, stosowanej argumentacji oraz chronologia przesyłania i uzupełniania dokumentów do Zamawiającego, świadczą po dokonaniu ich łącznej oceny o zaistnieniu w przedmiotowym postępowaniu okoliczności pozwalających na zakwalifikowanie działań wykonawcy P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. "ELTEL" PIOTR WIĘCKOWSKI oraz wykonawcyA.K., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą ZAKŁAD USŁUGOWY "OPOKA" ANNA KOZAŃ jako praktyki ograniczającej konkurencję przybierającej postać niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w postaci zmowy przetargowej

Wobec uwzględnienia zarzutu podstawowego zarzuty wskazane jako ewentualne nie podlegały rozpoznaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący:

……