

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**
Rafał Malinowski
Małgorzata Matecka

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2025 r. przez wykonawcę: **PTO LIPNICKI Sp. z o.o., Sp.k., ul. Żeromskiego 43, 14-300 Morąg** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **12 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Okólna 37, 87-103 Toruń,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: PTO LIPNICKI Sp. z o.o., Sp. k., ul. Żeromskiego 43 14-300 Morąg, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: PTO LIPNICKI Sp. z o.o., Sp. k., ul. Żeromskiego 43 14-300 Morąg tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: PTO LIPNICKI Sp. z o.o., Sp. k., ul. Żeromskiego 43, 14-300 Morąg rzecz zamawiającego: 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Okólna 37, 87-103 Toruń stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 260/25

Uzasadnienie

Zamawiający, 12 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY z siedzibą w Toruniprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) w przedmiocie: „Świadczenie usług nieregularnego transportu osób na terenie kraju dla 12 WOG w Toruniu oraz jednostek i instytucji wojskowych będących na jego zaopatrzeniu” z podziałem na dwie części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 listopada 2024 r. pod nr 2024/BZP 00664872.

W dniu 22 stycznia 2025 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy PTO Lipnicki Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Morągu oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

Wykonawca PTO Lipnicki Sp. z o.o. Sp. k., wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty złożonej w części 1 i 2 zamówienia i w konsekwencji – wobec unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. 2024, poz. 1616), poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także w konsekwencji naruszenie art. 255 pkt 2 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego została odrzucona niezasadnie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 22 stycznia 2024 r. tj. odrzucenia oferty PTO Lipnicki Sp. z o.o. Sp. k. w części 1 i 2 zamówienia oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1 i 2, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 22 stycznia 2024 r. na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego,
2. przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania, w tym umowy z dnia 3.01.2025 r., umowy z dnia 16.12.2024 r. oraz wypowiedzenia umowy o pracę, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia, w tym na fakt okoliczności, które wpłynęły na niezłożenie podmiotowych środków dowodowych przez Barbarę Fetter-Lipnicką, a także z umowy spółki Odwołującego na fakt udziału w zysku Spółki wspólnika Marcina Lipnickiego,
3. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Barbary Fetter-Lipnickiej na okoliczności dotyczące przyczyn niezłożenia w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku zawarcia zmywy przetargowej przez wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w maksymalnej wysokości.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana przez Zamawiającego jako druga w rankingu ofert w zakresie dotyczących części 1 i 2, natomiast niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego pozbawiają go możliwości uzyskania zamówienia. Biorąc bowiem pod uwagę odrzucenie oferty, która była pierwsza w rankingu ofert, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana w niniejszym postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył oferty na część 1 i 2. Na te same części zamówienia oferty złożyła również B.F. prowadząca działalność pod firmą L.–. W dniu 30 grudnia 2024 r. Zamawiający zamieścił informację z otwarcia ofert.

Pismem z dnia 22 stycznia 2025 r. Zamawiający zawiadomił, że w wyniku dokonanego badania i oceny ofert w części 1 i 2 zamówienia, odrzucił oferty ww. wykonawców. Ofertę B.F. odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, natomiast ofertę Odwołującego odrzucił, gdyż w ocenie Zamawiającego obie oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą decyzją i podniósł, iż niedozwolonym porozumieniem - zumą przetargową, do której nawiązuje Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jest, zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów UOKiK, porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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. Jak wskazuje się w doktrynie, na ogół zuma przetargowa polega na uzgodnieniu przez wykonawców cen składanych ofert i podejmowaniu w postępowaniu określonych działań lub zaniechań w celu doprowadzenia do wyboru oferty droższej (tak: M. Jaworska. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. 2020).

Odwołujący zaprzeczył, jakoby zawarł tego typu porozumienie z wykonawcą B..

Zamawiający, uznając złożenie oferty obu wykonawców w ramach zmywy przetargowej, oparł się na czterech aspektach: posiadaniu identycznych adresów siedzib, wysłaniu ofert z różnych maili z rozszerzeniem @lipnicki, powiązaniach rodzinnych, niezłożeniu przez Barbarę Fetter-Lipnicką podmiotowych środków dowodowych w celu rzekomego doprowadzenia do wyboru droższej oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, zarzuty te są niezasadne, nie stanowią w żaden sposób o udowodnieniu jakiegokolwiek zmywy przetargowej, do której nie doszło ani w zakresie składania ofert, ani też na późniejszym etapie niniejszego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Odwołujący zauważył, że orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych wielokrotnie wskazywało, że takie przesłanki jak wskazane przez Zamawiającego nie świadczą o zawarciu zmywy przetargowej. Same w sobie okoliczności istnienia powiązań osobowych pomiędzy wykonawcami, posiadanie przez tych wykonawców miejsca prowadzenia działalności gospodarczej w tej samej miejscowości i na tej samej ulicy, a także zatrudnienie jednego z tych wykonawców jako osoby zarządzającej transportem u tego drugiego nie stanowi wiarygodnych i pewnych przesłanek przesądzających o tym, że pomiędzy tymi wykonawcami doszło do zawarcia zmywy przetargowej, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp – por. wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2883/21. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, uznanie, że została zawarta zuma przetargowa byłoby oceną dyskryminującą tych przedsiębiorców, którzy prowadzą interesy również z podmiotami, z którymi łączą ich określone stosunki osobiste i organizacyjne.

Fakt istnienia relacji rodzinnych pomiędzy podmiotami biorącymi udział w przetargu, tożsame adresy prowadzenia działalności gospodarczej nie oznacza automatycznie zmywy. Każda z ofert została przygotowana niezależnie, zgodnie z wymogami przetargowymi, co można udowodnić na podstawie dokumentacji przetargowej.

W związku z powyższym, w niniejszej sprawie okoliczność, że w jakiś sposób wykonawcy pozostają w bliskiej relacji rodzinnej, tj. M.L. uprawniony do reprezentacji PTO Lipnicki Sp. z o.o. Sp. k. pozostaje w związku małżeńskim z

Barbarą Fetter-Lipnicką, nie świadczy jeszcze o tym, że składając oferty, działali w warunkach zмовы przetargowej. O fakcie tym nie świadczy również okoliczność dotycząca adresów wykonawców. Mianowicie wspomniani wykonawcy mają swoje siedziby w różnych miastach i mają różne adresy prowadzenia działalności gospodarczej. Fakt, że dodatkowym zarejestrowanym miejscem prowadzenia działalności Odwołującego jest adres: ul. Dworcowa 9c/10, 82-100 Nowy Dwór Gdański także nie może dowodzić, że pomiędzy wykonawcami doszło do zмовы przetargowej. Każdy z wykonawców prowadzi swoją odrębną działalność. Działalność prowadzona pod tym samym adresem nie stanowi przesłanki do stwierdzenia zмовы przetargowej. Wiele podmiotów prowadzi działalność w ramach wspólnej infrastruktury, co wynika z racjonalizacji kosztów, a nie z zamiaru naruszania zasad konkurencji.

Ponadto, o czynie nieuczciwej konkurencji i zмовie nie może świadczyć fakt, że oferty wykonawców zostały przesłane z e-maila z rozszerzeniem @lipnicki.pl. Oferta Odwołującego została przesłana z innego adresu e-mail niż oferta drugiego wykonawcy. Korzystanie z tego samego dostawcy usług poczty elektronicznej lub wspólnego rozszerzenia w domenie (np. firmowej) jest powszechną praktyką w biznesie. Nie stanowi to dowodu na jakiegokolwiek uzgodnienia dotyczące postępowania przetargowego - por. KIO w wyroku z 09.07.2020 r., sygn. akt: KIO 784/20. Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 października 2017 r., sygn. VII ACa 930/17.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, poza powyżej omówionymi okolicznościami, nie wskazał w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego żadnych innych okoliczności, które miałyby świadczyć o rzekomej zмовie przetargowej wykonawców. Okoliczności wskazane przez Zamawiającego nie są zaś wystarczające dla uznania, że wykonawcy zawarli niedozwolone porozumienie. Zamawiający nie przeprowadził również żadnego dodatkowego postępowania wyjaśniającego, niejako z góry i automatycznie zakładając, że sam fakt istnienia powiązań rodzinnych świadczyć ma o zмовie przetargowej. Odwołujący pozbawiony został możliwości złożenia jakichkolwiek wyjaśnień odnoszących się do jego udziału w niniejszym postępowaniu.

Stwierdzenie wystąpienia zмовы przetargowej pomiędzy wykonawcami wymaga w pierwszej kolejności wykazania, że mamy do czynienia z porozumieniem pomiędzy wykonawcami. Innymi słowy, Zamawiający uznając, że wykonawcy zawarli pomiędzy sobą niedozwolone porozumienie, jest zobowiązany do wykazania, że przedsiębiorcom będącym stroną takiego porozumienia można przypisać minimum wzajemnych kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej, jak i ustnej, bądź mieszanej, często mającej charakter nieformalny – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2023 r., KIO 3569/23. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24.01.2019 r., sygn. akt VII Aga 1846/18. Zdaniem Sądu, nie można opierać twierdzeń o zмовie przetargowej na samym fakcie rezygnacji z postępowania w sprawie zamówienia publicznego po ogłoszeniu przetargu, domniemając cel, którym miałby być zamiar wpłynięcia na wynik przetargu i doprowadzenie do wygrania przetargu przez drugiego oferenta. Według Sądu, racjonalnym i logicznym jest uwzględnienie powodów takiej rezygnacji, jakim może być np. podpisanie innych kontraktów czy wygranie innych przetargów. W niniejszej sprawie Zamawiający nie zbadał okoliczności niezłożenia przez Barbarę Fetter-Lipnicką podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący podniósł, że fakt niezłożenia podmiotowych środków dowodowych przez Barbarę Fetter-Lipnicką, który skutkował odrzuceniem jej oferty, nie wynikał z jakiegokolwiek zмовы, lecz był konsekwencją obiektywnych okoliczności związanych z prowadzeniem przez nią działalności gospodarczej.

Odwołujący wyjaśnił, że na potrzeby niniejszego postępowania zwrócił się do ww. wykonawcy o przedstawienie powodów niezłożenia podmiotowych środków dowodowych i otrzymał wyjaśnienie, które opisano poniżej wraz z dowodami, które Odwołujący przedłożył w załączeniu do odwołania. Odwołujący wyjaśnił, że B.F., będąca małym przedsiębiorcą zatrudniającym około 8 pracowników, nie złożyła podmiotowych środków dowodowych z przyczyn, które były w pełni uzasadnione i niezależne od rzekomej zмовы. Należy do nich przede wszystkim fakt podpisania innych kontraktów. B.F. podpisała kontrakt 16 grudnia 2024 r., a następnie kolejny 3 stycznia 2025 r., co znacząco obciążało jej możliwości realizacyjne. Szczególnie w przypadku małego przedsiębiorstwa takie kontrakty wymagają znacznych zasobów organizacyjnych. Na początku stycznia doszło również do zwolnienia się kluczowego pracownika- z firmy odeszła osoba, która miała zostać przypisana do realizacji zamówienia, spełniająca m.in. wymóg posiadania wymaganej kategorii prawa jazdy. Zwolnienie kluczowego pracownika na rynku, gdzie fluktuacja wśród kierowców jest wysoka, uniemożliwiło jej zorganizowanie zasobów kadrowych w odpowiednim czasie. Jako małe przedsiębiorstwo, B.F. nie była w stanie konkurować ze stawkami oferowanymi na rynku pracy kierowców w celu szybkiego zatrudnienia nowego pracownika. Faktem notoryjnym jest, że znalezienie kierowców, których liczba jest ograniczona, a przedsiębiorstwa intensywnie konkurują między sobą o tego rodzaju pracowników, jest procesem znacznie utrudnionym. B.F., oceniając swoje możliwości realizacji zamówienia w świetle powyższych okoliczności, uznała, że podjęcie się realizacji zamówienia w obecnych warunkach niosłoby zbyt duże ryzyko. W razie niewykonania umowy byłaby narażona na kary umowne oraz na ryzyko utraty wiarygodności w przyszłych postępowaniach przetargowych. Odwołujący wyjaśnił, że jej decyzja o niezłożeniu podmiotowych środków dowodowych wynikała z racjonalnej oceny sytuacji i odpowiedzialności za zdolność realizacji zamówienia. Nie była motywowana ani uzgodnieniami z Odwołującym, ani zamiarem osiągnięcia

jakiegokolwiek korzyści wbrew zasadom konkurencji. Decyzja o niezłożeniu podmiotowych środków dowodowych przez Barbarę Fetter-Lipnicką była wynikiem obiektywnych trudności organizacyjnych, kadrowych i finansowych, a nie uzgodnionej strategii mającej na celu manipulowanie wynikami przetargu. Zauważyć przy tym należy, że przedsiębiorca ponosi pełną odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za prowadzenie działalności gospodarczej i musi te ryzyko skutecznie oceniać. W tym przypadku Barbara Fetter-Lipnicka po ocenie ryzyka, w postaci wzięcia odpowiedzialności za wykonanie kolejnej umowy zdecydowała o rezygnacji z niniejszego postępowania. Możliwe, że gdyby umowa z Zamawiającym była na dłuższy okres niż rok, to wówczas można by było się zastanawiać czy warto podjąć ryzyko jej podpisania. Postępowanie to jednak dotyczyło realizacji zamówienia do 31.12.2025 r., a zwiększenie kosztów np. w postaci zwiększenia wynagrodzenia skutkowałoby tym, że zysk z realizacji tej umowy byłby symboliczny i nie miałby oczekiwanego wymiaru ekonomicznego. W kontekście faktycznych przesłanek rezygnacji wykonawcy z niniejszego postępowania warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24.01.2019 r., sygn. akt VII Aga 1846/18. Sąd wskazywał tam w podobnych okolicznościach, że rodzaj i zakres prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej nie pozwalał na realizację równocześnie dwóch umów w sposób opłacalny. Powszechnie zdarza się bowiem, że przedsiębiorcy startują w kilkudziesięciu lub kilkuset przetargach i nie jest możliwe, aby byli w stanie, w przypadku wyboru ich oferty, wykonać wszystkie prace. Rezygnacja z zawarcia umowy mogła być związana z niemożnością realizacji zamówienia w danym czasie. Podobnie mogło się zdarzyć w przypadku ekonomicznej nieopłacalności wykonania prac za zaproponowane ceny. Podobne zatem przesłanki wystąpiły w niniejszej sprawie.

Na marginesie jedynie warto spojrzeć na rzekomy zarzut z umowy także w kontekście opłacalności takiego porozumienia. Do niniejszego odwołania załącza się kalkulację wykonaną przez Odwołującego. Biorąc pod uwagę powiązanie rodzinne, o którym wspomniano wyżej, tj. małżeństwo Marcina Lipnickiego – współnika PTO LIPNICKI Sp. z o.o. Sp.k. oraz Barbary Fetter-Lipnickiej, wskazać należy, że rezygnacja przez Barbarę Fetter-Lipnicką nie spowodowała w żaden sposób zwiększenia zysku po stronie małżeństwa, w stosunku do tego, co osiągnęłyby, gdyby realizowała to zamówienie w ramach jednoosobowej działalności, zatem sprawiła, że zysk małżeństwa będzie niższy - co obrazuje załączona do niniejszego odwołania kalkulacja. Wyjaśniając, M.L. jako współnikowi Odwołującego przysługuje zysk w wysokości 79 % (co wynika z załączonej umowy Spółki Odwołującego), z kolei działalność gospodarcza Barbary Fetter-Lipnickiej jest działalnością jednoosobową. Z kalkulacji zatem wynika, iż niezależnie od tego, czy weźmie się pod uwagę kwoty zamówienia podstawowego czy też zamówienia wraz z opcją, niezależnie również czy chodzi o część 1 czy 2 zamówienia – zysk Barbary Ewy Fetter-Lipnickiej byłby większy. Powyższe może świadczyć o tym, że ewentualna rzekoma zмова cenowa w niniejszym postępowaniu nie byłaby w żaden sposób opłacalna. Tym samym, należy przyjąć, przy założeniu racjonalności każdego z przedsiębiorców, że nie mogli oni działać w ramach zmony przetargowej, skoro faktyczny zysk jest mniejszy od tego, który wystąpiłby, gdyby B.F. realizowała zamówienie w ramach jednoosobowej działalności.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę na art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W przedmiotowej sprawie działanie Barbary Fetter-Lipnickiej nie mieści się w granicach legalnej definicji czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim ze względu na to, że z uwagi na brak innych oferentów nie doszłoby do naruszenia interesów innego przedsiębiorcy, a także nie doszłoby do naruszenia interesów klienta - Zamawiającego, bowiem oferty cenowe Odwołującego mieściły się w granicach przewidzianych przez Zamawiającego środków, które zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Jest to zatem również argument, który nie powinien zejść z pola widzenia zarówno Zamawiającego, jak i KIO przy rozpatrywaniu niniejszej sprawy.

Pismem z dnia 11 lutego 2025 r. Zamawiający, działając zgodnie z art. 521 ust. 1 i 2 Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie niezasadnego.

Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący złożył oferty na część 1 i 2 zamówienia. Na te same części zamówienia oferty złożyła również B.F. prowadząca działalność pod firmą L.-..

W dniu 30 grudnia 2024 r. Zamawiający zamieścił informację o otwarciu ofert, zgodnie z którą w przedmiotowym postępowaniu oferty na obie części zamówienia złożyło wyłącznie dwóch wykonawców, tj. Odwołujący - PTO LIPNICKI Sp. z o.o. sp.k. oraz L.-.. Pismem z dnia 22 stycznia 2025 r. Zamawiający zawiadomił, że w wyniku dokonanego badania i oceny ofert w części 1 i 2 postępowania, odrzucił oferty ww. wykonawców. Ofertę B.F. odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, natomiast ofertę Odwołującego odrzucił, gdyż w ocenie Zamawiającego obie oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający podtrzymał stanowisko w sprawie i wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu zaistniały okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego w trybie art. 226, ust. 1 pkt. 7 Pzp – tj. oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepis art. 3 ust. 1 uznk stanowi, tzw. klauzulę generalną, co oznacza, że każde działanie mające opisany w nim charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec tego należy brać pod uwagę również art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, według którego zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu, warunków składanych ofert w szczególności zakresu pracy i ceny.

Aby uznać określone zachowania wykonawców za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie Zamawiającego, czynność wykonawcy L.B. polegająca na niezłożeniu, pomimo dwukrotnego wezwania, podmiotowych środków dowodowych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje na zamiar wpłynięcia przez obu wykonawców na wynik postępowania. Ocena całokształtu działania wykonawców w toku postępowania pozwala na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmywy przetargowej (por. wyroki KIO 2851/13 z dnia 23.12.2013 r., KIO 309/14 z dnia 3.03.2014 r., KIO 2865/12 z 15.01.2013 r.). Okoliczności dające podstawy do podejrzenia „zmywy przetargowej” to:

1 . adresy siedzib obu wykonawców są identyczne, tj:

oferta nr 1 — PTO LIPNICKI Sp. z o.o., Sp.k. — na podstawie odpisu z KRS na dzień 30.12.2024 r. pierwszą siedzibą wykonawcy jest adres: ul. Żeromskiego 43, 14-300 Morąg, drugą siedzibą (oddziałem) jest adres: ul. Dworcowa 9c/10, 82-100 Nowy Dwór Gdański;

oferta nr 2 - LIPNICKI -TRAVEL Barbara FETTER-LIPNICKA - na podstawie odpisu CEiDG na dzień 30.12.2024 r. stał miejscem wykonywania działalności gospodarczej jest adres: ul. Dworcowa 9c/10, 82-100 Nowy Dwór Gdański, dodatkowym stałym miejscem wykonywania działalności gospodarczej jest adres: ul. Żeromskiego 43, 14-300 Morąg;

2.obie oferty zostały przesłane z e-maila z rozszerzeniem @lipnicki.pl, świadczącym o powiązaniach gospodarczych pomiędzy wykonawcami;

3.zbieżność nazwisk wskazuje na powiązania rodzinne pomiędzy wykonawcą LIPNICKI -TRAVEL Barbara FETTER LIPNICKA i osobami uprawnionymi do reprezentowania wykonawcy PTO Lipnicki Sp. z o. o., Sp.k.

Wykonawca LIPNICKI — TRAVEL, który złożył ofertę korzystniejszą (oferta nr 2) został wezwany pierwszy raz na podstawie art. 274 ust. 1, drugi raz na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie części 1 i 2. Pomimo możliwych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty i utraty wadium, ww. wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów. Zamawiający bierze pod uwagę, iż niezłożenie podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę L.B. miało doprowadzić do wyboru oferty droższej - złożonej przez wykonawcę PTO Lipnicki Sp. z o.o., Sp.k., co narusza interes Zamawiającego.

Wobec powyższego, Zamawiający domniema, iż nastąpiło wzajemne porozumienie i wystąpiły potencjalne uzgodnienia pomiędzy wykonawcami, którzy złożyli oferty w ramach postępowania w celu osiągnięcia korzyści finansowej.

W związku z powyższym, z powodu braku innych ofert, na podstawie art. 255 ust. 2 Pzp, Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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.

Zamawiający uznał, że złożenie ofert przez obu wykonawców w warunkach zmywy przetargowej zostało uprawdopodobnione okolicznościami wskazanymi w treści pisma Zamawiającego z dnia 22 stycznia 2025 r.

Zamawiający przyznał, iż okoliczność istnienia powiązań osobowych pomiędzy wykonawcami nie może stanowić jedynej przesłanki dla uznania działania wykonawców w warunkach zmywy przetargowej, natomiast w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły przynajmniej trzy okoliczności pozwalające na uprawdopodobnienie zmywy przetargowej.Okoliczności potwierdzające działanie wykonawców w warunkach zmywy przetargowej zostały potwierdzone również dowodami, o przeprowadzenie, których wniosł Odwołujący w odwołaniu.

Odnosząc się do treści przedstawionych przez Odwołującego dowodów na okoliczność niezłożenia przez B.F. podmiotowych środków dowodowych ze względu na podpisanie przez tego przedsiębiorcę kontraktów, Zamawiający wskazał, że dowody te pozostają w sprzeczności z okolicznościami, na jakie zostały powołane.

Zamawiający wskazał, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu został wyznaczony na dzień 30.12.2024 r.

B.F. w dniu 16 grudnia 2024 roku zawarła umowę z Polskim Komitetem Pomocy Społecznej, Warmińsko — Mazurskim Zarządem w Olsztynie. Zawarcie umowy poprzedzone zostało postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Ogłoszenie o wyniku tego przetargu nastąpiło w dniu 22.01.2025 r., a tym samym w dacie składania ofert ww. wykonawca posiadał już wiedzę o zawarciu umowy, jak wskazuje w odwołaniu „znacząco obciążającej możliwości realizacyjne”.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z treścią § 4 ww. umowy, cena za 1 km dowozu wynosi 5,94 złote brutto, a wartość wynagrodzenia umownego ustalono na kwotę 169.646,40 złotych. Umowa została zawarta na okres do dnia 31 grudnia 2025 roku. W postępowaniu tym poza prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą Panią Barbarą Fetter- Lipnicką, udział brał również Odwołujący, który uplasował się na trzeciej pozycji w rankingu ofert.

Zamawiający przedstawił jako dowód: informację z otwarcia ofert postępowania prowadzonego przez Polski Komitet Pomocy Społecznej, Warmińsko-Mazurski Zarząd Wojewódzki w Olsztynie oraz informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez Polski Komitet Pomocy Społecznej, Warmińsko-Mazurski Zarząd Wojewódzki w Olsztynie.

Ponadto, również zawarcie umowy przewozu z Biurem Podróży Szarpie Travel Sp. z o.o. w Olsztynie z dnia 03 stycznia 2025 r. nie mogło stanowić okoliczności uzasadniającej zaniechanie czynności w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego, bowiem termin składania ofert upłynął przez zawarciem tej umowy.

W ocenie Zamawiającego, kolejny dowód w postaci wypowiedzenia umowy o pracę przez jednego z kierowców z dniem 01 stycznia 2025 r. z zachowaniem prawa do trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia także nie stanowi okoliczności uzasadniającej rezygnację tego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, działania i zaniechania wykonawcy miały znamionaczący nieuczciwej konkurencji. Zamówienia publiczne to proces, w ramach którego instytucje publiczne nabywają towary i usługi i roboty budowlane od podmiotów prywatnych. Proces ten regulowany jest przez przepisy prawne, mające na celu zapewnienie transparentności, uczciwej konkurencji oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych.

W przedmiotowej sprawie działania i zaniechania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w granicach legalnej definicji czynu nieuczciwej konkurencji, stosownie do treści art. 3 uznk, przede wszystkim ze względu na to, że celowe zaniechanie czynności uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przez Barbarę Fetter-Lipnicką, w wypadku gdy pozostała jedna najdroższa oferta, prowadzi do naruszenia interesów Zamawiającego. Różnica w cenie ofertowej zamówienia podstawowego i prawa opcji wyniosła w części 1 - 64 802,10 zł, a w części 2 postępowania — 9 767,72 zł. Przy czym należy pokreślić, iż cena za 1km w przypadku oferty Odwołującego wynosiła w części 1 postępowania 8,79 zł, w części 2 — 6,62 zł a w przypadku Pani B.F. odpowiednio w części 1 postępowania wynosiła 7,14 zł, w drugiej części 5,49 zł.

Przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja potencjalnego zysku stanowi jedynie dowód na okoliczność, iż uczestnicy postępowania zakładali, że zawarcie umowy przyniesie im określony dochód. Sporządzenie przez Odwołującego kalkulacji również dla potencjalnych dochodów jakie miała uzyskać B.F., posiadanie szczegółowej wiedzy Odwołującego na temat działań biznesowych podejmowanych przez innego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje na wyraźne powiązania, zarówno rodzinne, jak i gospodarcze.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia ubiegał się Odwołujący prowadzący działalność w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej i potencjalny zysk należy wyliczyć w odniesieniu do podmiotu składającego ofertę, a nie poszczególnych wspólników tego podmiotu. Sporządzenie kalkulacji zysku łącznie dla jednego z wykonawców i małżonka tego wykonawcy, wspólnika Spółki ubiegającej się o udzielenie zamówienia potwierdza zarzut działania w warunkach z umowy przetargowej.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, na Zamawiającym ciąży obowiązek uprawdopodobnienia, że ogół czynności podejmowanych przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może prowadzić do wniosku, iż działają oni w warunkach ograniczających konkurencję. Rezygnacja z udziału w postępowaniu przetargowym jest jedną z form z umowy. Dla stwierdzenia istnienia niedozwolonego porozumienia wykonawców znaczenie ma obiektywny cel, a nie subiektywne wyobrażenia stron o zamiarach i motywach działania. Zamawiający wykazał cel i zamiar zaistnienia z umowy przetargowej. Cel i zamiar porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami wynika w sposób obiektywny z całokształtu okoliczności towarzyszących zawarciu i wykonywaniu porozumienia w ramach czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wyjaśnił, że na każdym etapie postępowania zobowiązany jest do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. To na Zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, stanowiących w swym założeniu czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszających

postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r, Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Zamawiający zobowiązany jest do wykazania powyższych okoliczności, poprzez podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty. Wymóg ten Zamawiający spełnił, poprzez uzasadnienie zawarte w piśmie z dnia 22 stycznia 2025 r.

W przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejsza oferta, tj.: Lipnicki-Travel Barbara FetterLipnicka — z ceną: w cz. 1 — 280 416,36 zł w cz. 2 — 47 455,56 zł została odrzucona w wyniku niezłożenia podmiotowych środków dowodowych. Konsekwencją odrzucenia winien być wybór wykonawcy PTO LIPNICKI Sp. z o.o., Sp.K. z ceną: w cz. — 345 218,46 zł, w części 2 - 57 223,28 zł.

W orzeczeniu Krajowej izby Odwoławczej (KIO/ 1874/10), skład orzekający potwierdził, iż za celowe należy uznać działania wykonawcy, który na wezwanie Zamawiającego nie złożył żądanych przez Zamawiającego dokumentów na okoliczność potwierdzenia braku podstaw wykluczenia. Należy przy tym podkreślić, iż Zamawiający dwukrotnie pismami z dnia 02.01.2025 r. oraz 10.01.2025 r. wzywał Wykonawcę L.B. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, informując również o konsekwencjach nie złożenia dokumentów.

Zamawiający podniósł, że uznanie porozumienia za ograniczające konkurencję nie wymaga ustalenia, czy porozumienie zostało zawarte faktycznie czy też w sposób dorozumiany. Zakaz zawarty w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) dotyczy zarówno uzgodnień potwierdzonych pisemnie jak i nieformalnych przejawów/działań przedsiębiorców w tym zakresie, dlatego Zamawiający zobowiązany jest do badania nie tylko samego porozumienia, ale wszelkich okoliczności towarzyszących jego zawarciu i późniejszej jego realizacji. Dla stwierdzenia porozumienia (zmowy przetargowej) nie ma znaczenia forma porozumienia, a przede wszystkim wola stron oraz to, co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć.

Zawarcie porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) jest z mocy samego prawa nieważne i nie wywołuje skutków prawnych zarówno pomiędzy stronami, jak i wobec osób trzecich.

W niniejszym stanie faktycznym złożenie dwóch ofert przez wykonawców mających powiązania rodzinne i gospodarcze, miało wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania, dlatego też należy uznać, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy cel porozumienia jest ściśle powiązany z jego skutkiem polegającym na wyborze oferty wykonawcy, proponującego wyższą cenę, a pozostającego jednocześnie z innym wykonawcą w zмовie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. 2024, poz. 1616) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji mimo, iż jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w części 1 i 2 zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 255 pkt 2 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że wszystkie oferty podlegały odrzuceniu.

Izba stwierdziła, że zarzuty powyższe są niezasadne.

Izba dokonała oceny dowodów z dokumentów załączonych do odwołania, tj. umowy z dnia 03.01.2025 r., umowy z dnia 16.12.2024 r. oraz wypowiedzenia umowy o pracę, złożone wraz z odwołaniem, na potwierdzenie okoliczności, które wpłynęły na niezłożenie podmiotowych środków dowodowych przez Barbarę Fetter-Lipnicką, z umowy spółki Odwołującego na fakt udziału w zysku Spółki wspólnika Marcina Lipnickiego oraz z pisemnego oświadczenia z dnia 12 lutego 2025 r. złożonego przez Barbarę Fetter-Lipnicką, przedłożonego przez Odwołującego do akt sprawy na rozprawie na okoliczności dotyczące przyczyn niezłożenia w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku zawarcia zмовы przetargowej przez wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dodatkowo dowodu z zeznań świadka Barbary Fetter-Lipnickiej na tożsame okoliczności dotyczące przyczyn niezłożenia w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku zawarcia zмовы przetargowej przez wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, uznając, że w okolicznościach złożenia pisemnego oświadczenia przez wykonawcę Barbarę Fetter-Lipnicką oraz pozostałych dowodów, przeprowadzenie kolejnego dowodu z zeznań świadka na tożsame okoliczności będzie służyło jedynie

przewlekłości postępowania.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę na część 1 i 2 zamówienia, podobnie jak drugi wykonawca, tj. B.F. prowadząca działalność pod firmą Lipnicki-Travel B.F..

Oferta wykonawcy Lipnicki-Travel B.F. została złożona z ceną: w części 1 — 280 416,36 zł i w części 2 — 47 455,56 zł. Oferta ta została odrzucona wobec braku złożenia przez ww. wykonawcę podmiotowych środków dowodowych na dwukrotne wezwanie Zamawiającego.

Oferta wykonawcy PTO LIPNICKI Sp. z o.o., Sp.k. została złożona z ceną: w części 1 — 345 218,46 zł oraz w części 2 - 57 223,28 zł. Oferta ta została odrzucona, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na zawarciu niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w swojej decyzji wziął pod uwagę okoliczności powiązań rodzinnych i gospodarczych obu wykonawców oraz fakt niezłożenia przez wykonawcę Lipnicki-Travel B.F. podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy oferta ta została sklasyfikowana przez Zamawiającego na pierwszej pozycji w rankingu ofert w ramach wstępnej oceny złożonych ofert w obu częściach zamówienia.

W ocenie Izby, okoliczności wskazane przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego uzasadniają przyjęcie, że Odwołujący i wykonawca Lipnicki-Travel B.F. biorący udział w postępowaniu zawarli niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję mające na celu uzyskanie zamówienia przez Odwołującego, który złożył droższą ofertę w obu częściach zamówienia, co narażało Zamawiającego na poniesienie wyższych kosztów realizacji zamówienia.

Izba podziela pogląd, że sama w sobie okoliczność, że wykonawcy pozostają w bliskiej relacji rodzinnej, tj. M.L. uprawniony do reprezentacji PTO Lipnicki Sp. z o.o. Sp.k. pozostaje w związku małżeńskim z Barbarą Fetter-Lipnicką, występującą w postępowaniu jako drugi wykonawca, nie świadczy o tym, że wykonawcy, składając oferty, działali w warunkach zмовы przetargowej. O fakcie tym nie świadczy również okoliczność dotycząca tożsamyh adresów, pod którymi znajdują się siedziby ww. wykonawców i pod którymi prowadzą oni działalność gospodarczą. Podobnie należy ocenić fakt, że oferty obu wykonawców zostały przesłane z e-maila z rozszerzeniem @lipnicki.pl. Każda z powyższych okoliczności rozpatrywana oddzielnie nie stanowi dowodu na zawarcie niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami. Ponieważ jednak powyższe okoliczności wystąpiły w tym samym postępowaniu łącznie, a dodatkowo zaistniała szczególna okoliczność, że wykonawca, którego oferta została wstępnie oceniona jako najkorzystniejsza w obu częściach zamówienia, nie złożył podmiotowych środków dowodowych na dwukrotne wezwanie Zamawiającego, ocenie, w kontekście zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję w prowadzonym postępowaniu, musi podlegać całokształt działań wykonawców w toku postępowania. W ocenie Izby, przy zbiegu wszystkich powyższych okoliczności, za wysoce prawdopodobne należy uznać zawarcie pomiędzy ww. wykonawcami porozumienia w celu uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który złożył w tym postępowaniu droższą ofertę. Niezłożenie podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę Lipnicki-Travel B.F. wraz z pozostałymi okolicznościami wskazanymi powyżej ze znacznym stopniem prawdopodobieństwa wskazuje, że nastąpiło porozumienie i uzgodnienia pomiędzy ww. wykonawcami, mające na celu możliwość wpłynięcia na wynik postępowania i osiągnięcia korzyści, kosztem interesu Zamawiającego.

W ocenie Izby, niewiarygodne są twierdzenia Odwołującego, że fakt niezłożenia podmiotowych środków dowodowych przez Barbarę Fetter-Lipnicką był konsekwencją obiektywnych okoliczności związanych z prowadzeniem przez nią działalności gospodarczej. Nie dowodzi obiektywnego uzasadnienia w powyższym zakresie także treść oświadczenia złożonego przez Barbarę Fetter-Lipnicką. Dowód ten, w ocenie Izby, posiada małą wiarygodność, biorąc pod uwagę bliskie relacje rodzinne Barbary Fetter-Lipnickiej i Marcina Lipnickiego, tj. związek małżeński.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego muszą być traktowani jako profesjonalści, od których należy oczekiwać szczególnej staranności, zachowań racjonalnych, przemyślanych i rzetelnych. Fakt, że B.F. podpisała kontrakt w dniu 16 grudnia 2024 r. oraz kolejny – w dniu 3 stycznia 2025 r. nie może stanowić obiektywnego uzasadnienia dla braku złożenia podmiotowych środków dowodowych w przedmiotowym postępowaniu. Na szczególną uwagę zasługuje bowiem fakt, że składając ofertę w tym postępowaniu w dniu 30 grudnia 2024 r. B.F. wiedziała już o podpisanej 16 grudnia 2024 r. umowie oraz wiedziała, że podpisze kolejną umowę w dniu 3 stycznia 2025 r. Nie sposób racjonalnie przyjąć, że profesjonalny wykonawca najpierw składa ofertę, a dopiero później dokonuje analizy ryzyka w związku z ewentualną realizacją danego zamówienia. Izba wskazuje także, że złożenie przez pracownika wypowiedzenia umowy o pracę nie jest okolicznością wyjątkową w ramach działalności gospodarczej. Przedsiębiorca ubiegający się o zamówienie publiczne musi takie ryzyko zawsze mieć na uwadze i odpowiednio je minimalizować.

Przedłożone przez Odwołującego w niniejszej sprawie dowody nie potwierdzają, że decyzja Barbary Fetter-Lipnickiej o niezłożeniu podmiotowych środków dowodowych wynikała z obiektywnej i niezależnej oceny sytuacji, odpowiedzialności za zdolność do realizacji zamówienia oraz była wynikiem jedynie trudności organizacyjnych,

kadrowych i finansowych, które de facto nie zostały udowodnione. Słusznie zauważył sam Odwołujący, że *przedsiębiorca ponosi pełną odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za prowadzenie działalności gospodarczej i musi to ryzyko skutecznie oceniać*. Nie mniej jednak, ocena taka powinna wynikać z analizy dokonanej przez wykonawcę przed złożeniem oferty, w szczególności w sytuacji, gdy dane okoliczności są znane wykonawcy na tym etapie, tak jak w niniejszej sprawie. Ponadto, w ocenie Izby, powiązani ze sobą bliskimi relacjami gospodarczymi i rodzinnymi wykonawcy powinni przedstawić dowody, że dysponują samodzielnością w prowadzeniu swej polityki i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach – w tym np. umowy, wewnętrzne procedury lub standardy, które gwarantują i potwierdzają niezależność przy opracowaniu i składaniu ofert. Takie okoliczności w niniejszej sprawie nie zostały przez Odwołującego w jakimkolwiek stopniu wykazane.

Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego, że *„w przedmiotowej sprawie działanie Barbary Fetter-Lipnickiej nie mieści się w granicach legalnej definicji czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim ze względu na to, że z uwagi na brak innych oferentów nie doszłoby do naruszenia interesów innego przedsiębiorcy, a także nie doszłoby do naruszenia interesów klienta- zamawiającego, oferty cenowe Odwołującego bowiem mieściły się w granicach przewidzianych przez Zamawiającego środków, które zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.”* Sam fakt bowiem podjęcia choćby tylko próby wpłynięcia na wynik postępowania i na decyzje Zamawiającego w postępowaniu stanowi naruszenie zasad i dobrych obyczajów w biznesie oraz narusza interes Zamawiającego, który przejawia się m.in. w prawidłowym i zgodnym z zasadami uczciwej konkurencji przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji realizacji zamówienia w sposób zgodny z celem postępowania. Ponadto, Zamawiający wykazał, że w przypadku zawarcia umowy z Odwołującym poniósłby istotnie większy koszt na realizację przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający prawidłowo zatem przyjął, że w przedmiotowym postępowaniu zaistniały okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie w trybie art. 226, ust. 1 pkt 7 Pzp, a w konsekwencji, że postępowanie podlega unieważnieniu wobec odrzucenia złożonych w postępowaniu ofert, tj. w oparciu o art. 255 pkt 1 Pzp.

Czynność wykonawcy, L.B. polegająca na niezłożeniu, pomimo dwukrotnego wezwania, podmiotowych środków dowodowych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje, że celem tego działania było wpłynięcie na wynik postępowania. Dowody przedstawione przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym nie potwierdzają bowiem tezy, że to obiektywne względy biznesowe przesądziły o niezłożeniu dokumentów przez Barbarę Fetter Lipnicką w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie działanie i zaniechanie uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w granicach legalnej definicji czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, na Zamawiającym ciąży obowiązek uprawdopodobnienia, że ogół czynności podejmowanych przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może prowadzić do wniosku, iż działają oni w warunkach ograniczających konkurencję. Zamawiający wykazał cel i zamiar zaistnienia niedozwolonego porozumienia zawartego pomiędzy przedsiębiorcami, który wynika z całokształtu okoliczności i czynności podejmowanych przez wykonawców w toku postępowania. Ponieważ wykazanie zmów przetargowych w praktyce jest bardzo trudne, przyjmuje się, że zamawiający może poprzestać na wykazaniu wysokiego prawdopodobieństwa (dowód *prima facie*), które nie daje pewności co do zajścia pewnych okoliczności, ale je uprawdopodobnia.

W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji ma często charakter oceny, a wobec tego ewentualne odrzucenie oferty powinno co do zasady zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, jednak biorąc pod uwagę treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym należy uznać, że przeprowadzenie procedury wyjaśniającej przez Zamawiającego w okolicznościach niniejszej sprawy nie zmieniłoby wyniku dokonanej oceny oferty. Z tego względu naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania, w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....