Sygn. akt: KIO 648/16

WYROK
z dnia 11 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 kwietnia 2016 r.** przez wykonawcę **K.B. prowadzącego działalność gospodarczą na firmą „BIZA KOLOR",**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Zgorzelec,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę K.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BIZA KOLOR"** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę K.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BIZA KOLOR"** tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawcy **K.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BIZA KOLOR"** rzecz zamawiającego kwotę **4 974 zł 00 gr** (cztery tysiące dziewięćset siedemdziesiąt cztery złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 648/16

UZASADNIENIE

W dniu 26 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy K.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BIZA KOLOR" (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Gminie Miejskiej Zgorzelec (dalej „Zamawiający") naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003r. Dz.U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), dalej Uznk w zw. z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt. 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. z 2015r. Dz.U. poz. 184 z późn. zm.), dalej Uokik poprzez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na rzekome wystąpienie „zmowy przetargowej" pomiędzy Odwołującym a firmą L.B.BIZA

SERWIS polegającej w ocenie Zamawiającego na „ uzgodnieniu cenowych warunków składania ofert oraz uzgodnienia swojego zachowania w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ”, podczas gdy prawidłowo ocenione okoliczności faktyczne sprawy nie dają podstaw do przyjęcia, że złożenie oferty przez Odwołującego wypełniało znamiona „zmowy przetargowej”, co dopiero mogłoby uzasadniać zgodne z prawem jej odrzucenie, a dodatkowo Zamawiający pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu, nie wykazał w jakikolwiek sposób zasadności formułowanych przez siebie twierdzeń;

2) art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i błędne przyjęcie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania przetargowego, podczas gdy taką ofertą nie podlegającą odrzuceniu pozostaje oferta Odwołującego, co w konsekwencji powoduje wadliwe unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego; (ii) ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; (iii) kontynuowania postępowania i nie unieważnianie go; (iv) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu; (iv) dopuszczenie i przeprowadzenie wszelkich dowodów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania na okoliczność ich treści;

(v) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego radcy prawnego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 21.04.2016 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu oferty oraz o unieważnieniu postępowania. W zawiadomieniu Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003r. Dz.U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt. 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. z 2015r. Dz.U. poz.184 z późn. zm.) uznał, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na rzekome wystąpienie „zmowy przetargowej” pomiędzy Odwołującym a firmą L.B.BIZA SERWIS polegającej na „uzgodnieniu cenowych warunków składania ofert oraz uzgodnienia swojego zachowania w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Z uwagi na fakt, iż w postępowaniu złożono jedynie dwie oferty Zamawiający dodatkowo unieważnił postępowanie. Dowód: e - mail z dnia 21.04.2016 r.

W ocenie Odwołującego nie została wypełniona przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Jednocześnie zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie przedstawił przy tym argumentacji, która pozwoliłaby zaskarżonej czynności ostać się w obrocie prawnym. Odwołujący oświadczył, że Pan L.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą L.B. „BIZA SERWIS” jest jego bratem. Odwołujący wskazał, że firma jego, jak i jego brata są dwiema odrębnymi od siebie firmami. Każdy z braci prowadzi własną firmę, pod własną nazwą, których główny przedmiot działalności gospodarczej pozostaje inny. Obaj przedsiębiorcy posiadają odrębne siedziby, odrębne rachunki bankowe. Obaj wykonawcy są odrębnymi organizacyjnie podmiotami prawa prywatnego prowadzącymi działalność gospodarczą we własnym imieniu i na własny rachunek. Firmy nigdy nie porozumiewały się w zakresie żadnych przetargów, w tym nigdy nie ustalały ceny, jak i nie zawierały żadnych porozumień, w tym m.in. ustnych, które miałby na celu jakikolwiek wpływ na postępowanie przetargowego czy jego wynik. Dowód: oświadczenie z dnia 24.04.2016 r.

Odnosząc się merytorycznie do treści zarzutów stawianych w odwołaniu w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał firmę L.B. „BIZA SERWIS” do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przesyłając e-mail w dniu 6.04.2016 r. Nr WZP.271.12.2016. Zamawiający wskazał tą okoliczność w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, vide: str. 2 ostatni akapit. Jednocześnie Zamawiający zakreślił wykonawcy termin na złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny do dnia 11.04.2016 r. Jednakże wykonawca L.B. „BIZA

SERWIS” wskazaną wiadomość odebrał dopiero w dniu 12.04.2016 r. o godzinie 7:01 czyli w dniu następującym po ostatnim dniu terminu w jakim miał udzielić wyjaśnień. Tym samym wykonawca ten nie mógł złożyć stosownych wyjaśnień w terminie zakreślonym przez Zamawiającego, gdyż e - mail od Zamawiającego odebrał po terminie złożenia wyjaśnień. Wobec powyższego jedynie nieuwaga wykonawcy (L.B. „BIZA SERWIS”) doprowadziła do nie złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w terminie, a w konsekwencji do odrzucenia jego oferty. W ocenie Odwołującego w żadnej mierze takich okoliczności faktycznych nie można utożsamiać z działaniem celowym mającym na celu celowe i świadome jak wskazuje na to Zamawiający działanie i to w porozumieniu obojga wykonawców. Odwołujący w żadnej mierze nie kontaktował się z drugim z wykonawcą i nawet nie wiedział i nie mógł wiedzieć o wezwaniu wystosowanym do wykonawcy, a skoro tak, to niemożliwym jest jakakolwiek zmowa w tym zakresie. Dowód: e - mail z dnia 12.04.2016r, godzina 7:01; oświadczenie z dnia 24.04.2016 r.

Odwołujący wskazał, że między obu podmiotami nie ma powiązań organizacyjnych. Po pierwsze Odwołujący wskazał, że strony posiadają jako siedziby odrębne lokale, w których prowadzą działalność gospodarczą. Adres prowadzonej działalności owszem jest tożsamy, aczkolwiek w tymże budynku, który pozostaje we własności gminy Rudniki jest kilka lokali. Odwołujący nie może ponosić konsekwencji niewyodrębnienia numerycznego poszczególnych lokali przez ich właściciela. W obrocie gospodarczym nader często spotyka się posiadanie jednego adresu przez różne i niezależne firmy, jeśli wynajmują lokale w jednym biurowcu (kompleksie biurowym), co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Każda z firm posiada odrębne umowy najmu odrębnych lokali tj. Odwołujący umowy najmu lokali z dnia: 30.05.2014 r. oraz z dnia 7.01.2015 r., a wykonawca L.B.„BIZA SERWIS” umowy najmu lokali z dnia 23.07.2015r. oraz 7.01.2015 r. Każda z umów dotyczy odrębnych lokali, pomieszczeń magazynowych. Obie firmy prowadzą więc działalność gospodarczą w różnych lokalach. W przedmiotowym budynku znajdują się dodatkowo inne firmy m.in. Budowlane ABC Alina Sowa. Dowód:
- umowa najmu K.B.z dnia 30.05.2014 r.;
- umowa najmu K.B.z dnia 07.01.2015 r.;
- umowa najmu L.B.z dnia 23.07.2015 r.;
- umowa najmu L.B.z dnia 07.01.2015 r.;
- wydruk z CEIDG Budowlaniec ABC A.S.

W ocenie Odwołującego fakt posiadania identycznych nr faxu nie wpłynęło w żadnej mierze na możliwość nawet ewentualnego zaznajomienia się obu wykonawców z pismami kierowanymi do nich przez Zamawiającego, gdyż pisma te Zamawiający kierował drogę e -

mail, a każdy z wykonawców posiada odrębne adresy poczty elektronicznej tj. odpowiednio: biza@bizakolor@com.pl oraz L.B.@gmail.com. Warto wskazać, że wykonawcy nie są dużymi firmami i w żadnej mierze próby oszczędności związane z jednym nr faxu nie mogą powodować wyciągania wniosków w postaci pozostawania przez nich w zmowie przetargowej. Każdy z wykonawców wskazał również, co warte podkreślenia różne nr telefonów i tak: BIZA KOLOR: 34 350 60 46; BIZA SERWIS: 604 798 350. Z całą pewnością próby forsowania takiej argumentacji przez Zamawiającego nie dają się pogodzić z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Takie stanowisko Zamawiającego zmuszałoby de facto do odrzucania z postępowań przetargowych wszystkich firm posiadających jedną linię telefoniczną i prowadzących działalność gospodarczą w jednym biurowcu. Wskazana argumentacja jest argumentacją ab absurdum i doprowadzałaby do występowania „zmów przetargowych”, w co drugim przetargu.
Dowód:
- wydruk z CEIDG K.B.
- wydruk z CEIDG L.B.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zdecydowanie „zagalopował” się w swoich wywodach tworząc stan faktyczny oparty jedynie na własnym domysłach, a nie na dowodach. Takie postępowanie jest w ocenie pełnomocnika Odwołującego niedopuszczalne i za daleko idące. W działaniach obu wykonawców nie sposób dopatrzeć się jakichkolwiek porozumień,

uzgodnień czy wspólnych ustaleń. Okoliczności te w ogóle nie zostały udowodnione przez Zamawiającego, który dla poparcia swoich twierdzeń nie przedstawia żadnych dowodów.

Odnosząc się do zaświadczenia z ZUS przedłożonego przez wykonawcę L.B. „BIZA SERWIS" Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wezwał wykonawcy do przedłożenia stosownego zdaniem Zamawiającego zaświadczenia, a skoro tak wszelkie twierdzenia o nieuzupełnieniu braków przez wykonawcę L.B. „BIZA SERWIS" pozostają jedynie teoretycznymi dywagacjami czynionymi przez Zamawiającego. Zamawiający już a priori zakłada, że wykonawca nie uzupełniłby braków, podczas gdy Zamawiający nawet nie wezwał wykonawcy do przedłożenia dokumentu. Już tylko z tej przyczyny wszelkie dalsze twierdzenia i zarzuty Zamawiającego kierowane do Odwołującego uznać należy za chybione. Dowód: - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 23.03.2016 r.

Niemniej jednak Odwołujący oświadczył, że wykonawca L.B. „BIZA SERWIS" nie posiadał zaświadczenia z ZUS w wersji papierowej, a skoro tak działanie wykonawcy L.B. nie było działaniem celowym, które miało na celu w jakiejkolwiek formie „manipulować" postępowaniem przetargowym. Wykonawca podczas rozmowy z pracownikiem ZUS uzyskał

---

informację, że wskazane zaświadczenie elektroniczne musi być honorowane przez wszystkie podmioty, dlatego nie miał żadnych wątpliwości, że wskazane zaświadczenie jest właściwe i będzie honorowane także przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stoi na stanowisku, że przedłożone przez wykonawcę L.B. „BIZA SERWIS" zaświadczenie z ZUS jest w pełni skuteczne pomimo zapisów SIWZ i brak było podstawy prawnej do żądania przedłożenie innego zaświadczenia z ZUS, jak chce tego Zamawiający. Wskazany wątek jest na tyle istotny, że Odwołujący poniżej w osobnym wywodzie prawnym wskazuje na zasadność swojego stanowiska. Zarówno regulacje ustawa Pzp jak i Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19.02.2013r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013r., poz. 231) w sprawie dokumentów określają rodzaj dokumentów w taki sposób ażeby możliwe było uzyskanie z ich treści informacji niezbędnych zamawiającemu, jeżeli więc zmiana formy nie powoduje zmiany treści uzyskanych informacji to także w świetle zasad systemu zamówień publicznych, zasady ochrony konkurencji oraz równego traktowania wykonawców dopuszczalne powinno być złożenie wydruku zaświadczenia, jeżeli spełnia on wszelkie wymagania formalne. Konieczne jest bowiem posłużenie się wykładnią celowością z jednoczesnym uwzględnieniem zmian w sposobie działania administracji publicznej.

W ocenie Odwołującego wprowadzenie regulacji Rozporządzenia miało umożliwić zamawiającym weryfikację zachodzenia okoliczności (dostrzeżenia wymaga, że w świetle przywołanego przepisu obowiązek wykluczenia aktualizuje się wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca jest w zwłoce z uiszczeniem ww. należności publicznoprawnej). Interpretacja w kierunku obowiązku składania zaświadczeń wyłącznie w formie „tradycyjnej" prowadziłaby do nieuzasadnionego zwiększenia formalizmu w stosunku do innych dokumentów (wydruków z CEiDG i KRS, Por. PARP, Opinie prawne w sprawie zamówień publicznych, Warszawa 2013, s. 59-61). Pozostawałaby więc w sprzeczności z założeniem ustawodawcy zmierzającym do ułatwienia wykonawcom uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, nie wydaje się uzasadnionym różnicowanie dokumentów w ramach postępowania o zamówienie publiczne ze względu na formę. W związku z powyższym per analogiam winny być stosowane rozwiązania z zakresu wydruków z CEiDG oraz KRS do wydruków z ZUS. Ponadto, umocnienie wskazanego toku wykładni przepisów, można odnaleźć w regulacjach stojących na straży równego traktowania wykonawców.

Odwołujący egzemplifikacyjnie wskazał, że jeżeli wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza Polską, jest on zobowiązany złożyć dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma

siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Z kolei jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem.

Z kolei, jeżeli w państwie trzecim wystawiane byłyby tylko zaświadczenia w formie elektronicznej, które wykonawca mógłby wydrukować, to czy należałoby takiego wykonawcę wykluczyć. Wykonawca taki nie ma możliwości przedłożenia dokumentu w formie tradycyjnej. Wobec powyższego wykonawca w takiej sytuacji w należyty sposób udowodnił niezaleganie z opłaceniem danin, jeżeli będzie istniała możliwość weryfikacji prawidłowości wydania zaświadczenia. Interpretacja, która skutkowałaby liberalniejszym traktowaniem wykonawców zagranicznych niż krajowych pozostaje w kolizji z zasadą równego traktowania.

W ocenie Odwołującego zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wydawane jest na podstawie art. 217-220 kodeksu postępowania administracyjnego na wniosek płatnika składek przez właściwą dla miejsca prowadzenia działalności terenową jednostkę organizacyjną ZUS. W świetle przepisów kpa (art. 14) forma dokumentu elektronicznego jest właściwą dla rozpoznawania sprawi i równoznaczną z formą pisemną. Zgodnie z art. 217 § 1 k.p.a. organ administracji publicznej wydaje zaświadczenie na żądanie osoby ubiegającej się o zaświadczenie. Art. 217 § 4 k.p.a. wskazuje, że zaświadczenie wydaje się w formie dokumentu elektronicznego, opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, jeżeli zażąda tego osoba ubiegająca się o zaświadczenie.

W ocenie Odwołującego z punktu widzenia obowiązujących przepisów ustaw Pzp i k.p.a. ważne jest, aby były one wystawione przez odpowiednie, właściwe organy. Nie należy dopatrywać się podstaw do kwestionowania zaświadczenia pod względem formy. Zaświadczenie jest pisemne, wystawione przez właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń

Społecznych oraz opisuje stan rzeczy zgodnie z zakresem działalności Zakładu i jako takie odpowiada wymogą rozporządzenia.

Zagadnienie dokumentu jakim jest załącznik i formy czynności prawnych złożenia oferty to dwie różne kwestie prawne. Za odrębne należy uznać formę oświadczenia woli (ofertę) i zaświadczenie, które jako załącznik potwierdza pewne okoliczności. Ponieważ dokument daje wyraz jakiejś wiadomości, w związku z rozwojem nowoczesnych technologii tradycyjny pogląd o postaci dokumentu wyłącznie w wersji „tradycyjnej" wydaje się niewystarczający.

Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności. Nie znajdziemy więc w niej odpowiedzi na pytanie, kiedy forma oferty spełnia wymóg pisemności. Należy jej poszukiwać w przepisach kodeksu cywilnego, a konkretnie w art. 78. Zgodnie z tą regulacją do zachowania formy pisemnej czynności prawnej - a taką jest złożenie oferty, wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Pamiętać jednocześnie należy, iż różne dokumenty i oświadczenia składane wraz z ofertą składane są w różnych formach i nie powinno to wprowadzać w błąd co do prawidłowości podpisania samej oferty. Wymóg pisemności odnosi się do wielu czynności zamawiającego i wykonawcy w postępowaniach przetargowych, co nie oznacza, że wszelkie załączniki do oferty muszą przybrać formę pisemną w rozumieniu k.c. (np. próbki nie są przedkładane w formie pisemnej w świetle k.c.). Dokument jakim jest załącznik powinien być przedłożony w formie wydawanej przez odpowiedni - właściwy organ. W ocenie Odwołującego trafnie podnosi się w literaturze, że wprowadzenie możliwości załatwienia spraw w drodze elektronicznej lub przy użyciu faksu, nie stanowi zaprzeczenia zasady pisemności ani jej jakościowej zmiany, a jedynie dostosowuje ją do nowych warunków technicznych, zachowując jednak jej istotę. Należy bowiem w pełni zgodzić się z poglądem wyrażonym

przez M. A. W., że „sformułowana w początkach XX wieku przez M. W. zasada pisemności będąca jedną z podstawowych cech modelu instytucji biurokratycznej, w miarę rozwoju techniki i stosowania jej w administracji doznaje istotnych przekształceń co do formy". Wskazane zjawisko autor określa jako ewolucję zasady pisemności a nie jej zaprzeczenie.

W ocenie Odwołującego treść zasady pisemności nie powinna być odczytywana w świetle obowiązku dokonywania czynności w formie pisemnej rozumianej zgodnie z przepisami k.c. Zasada pisemności obejmuje, bowiem wszelkie czynność dokonywane w formie pisemnej, sensu largo, których przeciwieństwem jest forma ustna. Oświadczenia złożone w tradycyjnej formie pisemnej, w drodze elektronicznej lub przy użyciu faksu, będą zgodne z zasadą pisemności, a ich zgodność z poszczególnymi regulacjami prawnymi należy rozpatrywać w konkretnych okolicznościach prawno-faktycznych. Rozwój nowych technologii sprzyjających

szybkiemu porozumiewaniu się i wymianie informacji wymusza zmianę pojmowania formy pisemnej, jednakże uwzględniając cel ustanowienia zasady pisemności należy uznać takie rozwiązania za równorzędne.

Odwołujący wskazał, że cechą konstytutywną zaświadczenie jest jej treść oraz spełnienie warunków formalny jego wydania a nie forma w jakiej zostało ono wydane. Samodzielnie pobrany przez wykonawcę wydruk zaświadczenia stanowi literalne odzwierciedlenie informacji udostępnionych za pośrednictwem strony internetowej ZUS i umożliwia pełne skontrolowanie okoliczności, które w świetle regulacji ustawy Pzp mogą stanowić przesłankę wykluczenia wykonawcy. Jedyną różnicą jest konieczność przeprowadzenia weryfikacji przedmiotowego dokumentu. Takie zaświadczenie można zweryfikować wchodząc na stronę ZUS- „weryfikacja zaświadczeń o niezaleganiu". § 7 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazuje, że dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jednakże, żadne przepisy nie określają statusu prawnego wydruku komputerowego, nie precyzują także jego mocy dowodowej. Nie bez znaczenia jest przy tym fakt, że percepcja treści dokumentu jest możliwa jedynie poprzez użycie odpowiednich urządzeń (np. komputerów) i oprogramowania, a ponadto następuje dopiero poprzez wyświetlenie na monitorze bądź poprzez wydruk komputerowy. A więc każdorazowo percepcja następuje w formie zmaterializowania danych. W związku z powyższym, nie da się jednak wskazać czy wydruk zaświadczenia jest oryginałem czy też kopią wymagającą poświadczenia za zgodność z oryginałem. W takie sytuacji należy per analogiam odwołać się do rozwiązań funkcjonujących w przypadku podobnych zaświadczeń.

Powyższe zdaje się zasadne w świetle stanowiska doktryny w której prawa sporną pozostaje przyjęcie właściwej koncepcji dokumentu - wąskiej lub szerokiej. Koncepcja wąska zakłada, że dokumentem może być wyłącznie dokument pisemny, którego nieodzownym elementem jest podpis wystawcy. Natomiast zgodnie z ujęciem szerokim, dokumentem jest każdy przedmiot wyrażający pewną myśl, bez względu na to, z czego jest ten przedmiot wykonany oraz jakimi środkami myśl ta została wyrażona (podpis nie jest przy tym wymagany). W świetle rozwoju nowych technologii widoczna wydaje się przewaga tej drugiej koncepcji.

Odwołujący zwrócił uwagę na rozwój systemu administracji oraz zamówień publicznych, w świetle nowych dyrektyw zmierzających do dalszej ewolucji ku jego pełnej informatyzacji posłużą przyjęte regulacje Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE,

Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE, Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/55AJE. Dwa pierwsze akty normatywne uwzględniają m.in. obowiązek przesyłania ogłoszeń oraz udostępniania dokumentacji przetargowej wyłącznie w postaci elektronicznej czy też obowiązek komunikacji elektronicznej (w pełni elektroniczna komunikacja oznaczająca komunikację za pomocą środków elektronicznych na wszystkich etapach postępowania) w szczególności w zakresie elektronicznego składania ofert oraz wniosków o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Również dokumenty potwierdzające będą uwzględniane wyłącznie w formie elektronicznej. Wykładni prounijna wymaga uwzględnia uchwalonych dyrektyw przynajmniej jako wskazówki interpretacyjnej i w razie wątpliwości przyjęcie rezultatu zgodnego z duchem dyrektyw.

W ocenie Odwołującego zważywszy na powyższe okoliczności również przedłożenie przez wykonawcę L.B. „BIZA SERWIS" zaświadczenia ZUS w wersji elektronicznej nie może zostać poczytane, jako celowe działanie podejmowane w ramach rzekomej zmowy z Odwołującym mającym na celu uzyskanie zamówienia publicznego, a to z tego względu, że było jedynym posiadanym przez wykonawcę oraz winno być w pełni honorowane przez Zamawiającego i brak podstawy prawnej do wzywania wykonawcy o jego uzupełnienie. W konsekwencji podnieść należy, że Zamawiający ze swojego wadliwego stanowiska odnośnie konieczności wzywania wykonawcy o uzupełnienie zaświadczenia z ZUS wywodzi w sposób wadliwy i nieuprawniony, że wykonawca celowo przedłożył wadliwe zaświadczenie tak, aby „manipulować" postępowaniem przetargowym, co jest w świetle powyższych przywołanych twierdzeń wadliwe i wskazuje jednoznacznie na właściwe działanie wykonawcy, a w konsekwencji całkowicie chybione wnioski Zamawiającego o rzekomej „zmowie przetargowej".

Odwołujący wskazał, że oboje z wykonawców posiadają odrębne rachunki bankowe. Wykonawca L.B.„BIZA SERWIS" w PKO BP S.A., a Odwołujący w Reiffeisen POLBANK. Wykonawcy nigdy nie dzielą się uzyskanym zyskami z prowadzonej działalności gospodarczej. Dowód: umowa rachunku bankowego L.B.; szczegóły rachunku K.B..

Odwołujący podkreślił, że na etapie składania ofert nie był w stanie przewidzieć, że do postępowania przystąpią jedynie dwie firmy, zwłaszcza, że w poprzednich latach zawsze do postępowania przystępowała większa liczba wykonawców. W 2015 r. do postępowania przystąpiły cztery firmy. Dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 5.05.2015r., WPZ.271.17.2015.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający stwierdził „o istnieniu niedozwolonego porozumieniu przetargowym między ww. wykonawcami, świadczą podobieństwa obu ofert." W przekonaniu Odwołującego, okoliczność ta w żaden sposób nie świadczy o zaistnieniu zarzucanej mu „zmowy przetargowej". Odwołujący wskazał na ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które jednoznacznie dowodzi o wadliwości stanowiska Zamawiającego, który wskazuje okoliczności, które tak w ocenie Odwołującego, jak i KIO nie stanowią i nie świadczą o występowaniu zmowy przetargowej. Odwołujący powołał się na wyroki KIO 867/10, wyrok KIO 2276/12, wyrok KIO 1621/14; KIO 1668/14, KIO 1358/14 wyrok KIO 2014-07-15

W ocenie Odwołującego z doświadczenia życiowego Izby wynika, że pomiędzy podmiotami pozostającymi ze sobą we współpracy stosowane jest używanie podpisów bez pieczęci imiennych czy czytelnych wersji podpisów, gdyż podmioty te wzajemnie się znają i wiedzą od kogo podpis pochodzi. Stąd sam fakt złożenia w taki sposób podpisu nie może być uznany za czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe okoliczności zdaniem Odwołującego dowodzą, że w sprawie nie zostało nawet w jakikolwiek sposób uprawdopodobnione zawarcie „zmowy przetargowej" pomiędzy Odwołującym a wykonawcą L.B. „BIZA SERWIS". W myśl art. 6 ust. 1 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

W ocenie Odwołującego w myśl przywołanego przepisu zakazane są porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców warunków składanych ofert. Zgodnie z definicja zawarta w „Słowniczku" ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 4 pkt 5 uokik) przez pojęcie „porozumienia" należy rozumieć a) umowy zawierane miedzy przedsiębiorcami, miedzy związkami przedsiębiorców oraz miedzy 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. Powyższe oznacza, że dla wykazania przedsiębiorcy dopuszczenia się praktyki naruszającej konkurencie konieczne jest wykazanie przede wszystkim 1) świadomego zawarcia porozumienia 2) celu bądź takiego 3) antykonkurencyjnego skutku porozumienia uzasadnienia ekonomicznego dla rzekomego porozumienia 4) objęcia porozumieniem warunków składanych ofert. Mając na względzie brzmienie powyższej normy i rzeczywisty stan

faktyczny, odwołujący wskazuje, że nie ma żadnych podstaw do uznania, że Odwołujący zawarł antykonkurencyjne porozumienie określone w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający nie podjął próby analizy powyższych przesłanek, które musza być kumulatywnie spełnione dla uznania danego działania za mające charakteru zmowy. Uzasadnienie to nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że Odwołujący i wykonawca L.B.„BIZA SERWIS" zawarli świadome porozumienie, o antykonkurencyjnym charakterze, bądź wywołujące w istocie taki skutek. Nawet natomiast w razie całkowicie bezpodstawnego przyjęcia istnienia jakiejkolwiek współpracy pomiędzy Odwołującym a drugim wykonawcą, nie świadczy to jeszcze obiektywnie o istnieniu „zmowy przetargowej" i uzgadnianiu warunków składanych ofert. Niezależnie od powyższego odwołujący podnosi, że immanentną cecha porozumienia z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik jest cel bądź skutek porozumienia w postaci ograniczenia bądź wyeliminowania konkurencji czy zakłócenia jej w inny sposób. Oczywiste jest przy tym, że cel i skutek nie musza wystąpić łącznie.

W ocenie Odwołującego konieczne jest wykazanie jednej z przesłanek dla możliwości stwierdzenia faktu zawarcia porozumienia określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Dla udowodnienia antykonkurencyjnego charakteru koordynacji działań, nie jest wystarczające samo stwierdzenie podobnych zachowań przedsiębiorców. Niezbędne jest wykazanie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Argumentacje przedstawiona przez Zamawiającego i brak dowodów na poparcie formułowanych przezeń okoliczności poczytać za brak zasadności zarzutów Zamawiającego. Podkreślić należy, że poza koniecznością wykazania istnienia zamiaru zakłócenia konkurencji przez strony zmowy przetargowej musi jednocześnie istnieć ekonomiczne uzasadnienie dla zmowy. Przedsiębiorcy uczestniczący w „zmowie przetargowej" dbają jedynie o własny zysk. Oznacza to, że dla formułowania tezy o „zmowie przetargowej" konieczne jest stwierdzenie ekonomicznego uzasadnienia porozumienia. Jeżeli bowiem przedsiębiorca, uczestniczący w zmowie, poprzez swoje zachowanie ma umożliwić wygranie przetargu przez innego przedsiębiorcę, to brak uzyskania przezeń zamówienia musi być zrekompensowany przez wygrywający podmiot. Okoliczność ta, jak każda inna w postępowaniu mająca znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, winna podlegać dowodzeniu przez podmiot, który wywodzi z niej skutki prawne. Bez ekonomicznej motywacji wszystkich rzekomo umawiających się podmiotów nie sposób twierdzić o powstaniu kartelu przetargowego, skoro brak jest dowodów, że korzyści osiągnęłyby inne również, poza podmiotem wygrywającym, podmioty.

W ocenie Odwołującego na Zamawiającym jako gospodarzu postępowania ciąży obowiązek wykazania, że owo rzekome porozumienie było ekonomicznie uzasadnione z perspektywy odwołującego oraz drugiego z wykonawców. Okoliczność ta również nie została wykazana przez Zamawiającego. Zamawiający poprzestał na sformułowaniu ogólnikowych twierdzeń, nie dostrzegając jednocześnie, że immanentna cecha deliktu utrudniania dostępu do rynku (w tym zmowy przetargowej) jest eliminowanie pozostałych konkurentów. Obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie, że wykonawcy umówili się co do sposobu postępowania w postępowaniu przetargowym w celu wyeliminowania konkurencji bądź wykazanie, że taki skutek nastąpił - ta przesłanka nie została wykazana przez Zamawiającego, a zresztą nie mogła zostać wykazana, gdyż żaden inny wykonawca nie brał udziału w przedmiotowym przetargu.

W omawianym stanie faktycznym według Odwołującego nie ma podstaw do postawienia tezy o czynie nieuczciwej konkurencji popełnionej przez Odwołującego. Odwołujący zaprzecza, jakoby zawarł z drugim z wykonawców jakiegokolwiek porozumienie - mające na celu uzyskanie wpływu na wynik postępowania czy mające na celu eliminacje konkurencji, tym bardziej nie uzgadniał z tym podmiotem treści złoconej oferty, ani sposobu zachowania przed lub po otwarciu ofert. Identyczne i tożsame stanowisko z Odwołującym prezentuje drugi z wykonawców, który również zaprzeczył, aby między podmiotami istniało jakiekolwiek porozumienie mające na celu wpływanie w jakikolwiek sposób na przebieg, jak i wynik postępowania przetargowego.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący zaprzeczył podstawom do przyjęcia tezy, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji sugerowany przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, iż nie została wypełniona przesłanka tzw. „zmowy przetargowej", a niezależnie od tego Zamawiający wbrew obowiązkowi dowodowemu nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił zawarcia porozumienia nakierowanego na utrudnianie dostępu do rynku, nie mówiąc już o skutku, w postaci jednoczesnego ograniczenia i utrudnienia udziału w postępowaniu innym wykonawcom. Samo złocenie oferty przez Odwołującego takiego skutku w prowadzonym postępowaniu nie odniosło.

Odwołujący zauważył, że w ramach postępowania nie została złożona jakakolwiek inna oferta, a oferta Odwołującego mieściła się w kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego na wykonanie przedmiotu umowy. Oznacza to, że nawet w razie bezpodstawnego założenia o istnieniu zmowy, nie sposób mówić o jakimkolwiek antykonkurencyjnym jego skutku czy też

szkodzie ponoszonej przez jakikolwiek inny podmiot postępowania, w tym przez innych wykonawców. Odwołujący powołał wyrok KIO 858/12, 861/12.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający poza art. 6 uokik wskazał, jako dodatkową podstawę prawną odrzucenia oferty art. 3 ust. 1 uznk. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający nie odniósł się do treści tej normy - stwierdzając w sposób gołosłowny, że jest ona podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. W tym stanie rzeczy, Odwołujący wskazał, że nie może zwalczać argumentacje Zamawiającego, której brak. Niezależnie od tego, złożenie prawidłowej i kompletnej oferty przez Odwołującego w żaden sposób nie narusza prawa i dobrych obyczajów, ani nie zagraża bądź narusza interesów innych przedsiębiorców. Pojęcie dobrych obyczajów z oczywistych względów nie zostało zdefiniowane w przepisach uznk. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że dobre obyczaje są normami postępowania, tak jak zresztą zasady współżycia społecznego, które obowiązują zarówno osoby fizyczne, jak i inne podmioty prowadzące działalność gospodarcza (J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz, www.legalis.pl). Uznać nalewy, że na gruncie art. 3 uznk przez dobre obyczaje należy rozumieć dobre obyczaje kupieckie, które są akceptowane w obrocie gospodarczym.

Odwołujący wskazał, że jego oferta nie narusza dobrych obyczajów kupieckich, a w niniejszym postępowaniu nie doszło do zawarcia jakiejkolwiek „zmowy przetargowej", w konsekwencji czego nie wiadomo, na czym miałaby polegać sprzeczność oferty odwołującego z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli chodzi natomiast o druga przesłankę, która winna zostać kumulatywnie spełniona ze „sprzecznością z dobrymi obyczajami", - jest nią zagrożenie bądź naruszenie interesu innego przedsiębiorcy. Pamiętać jednak należy, że przedsiębiorcy nie są chronieni regulacją ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przed pogorszeniem interesów, czy też przed strata, jeżeli są one wynikiem „zgodnych z prawem i uczciwych działań innych osób, w szczególności konkurujących z nim przedsiębiorców." W tym wypadku również nie sposób doszukać się w złożeniu oferty przez Odwołującego naruszenia czyjegokolwiek interesu. Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób, aby złożenie dwóch nawet podobnych graficznie ofert mogło ograniczyć lub utrudnić konkurencje w prowadzonym postępowaniu. Jak wynika z akt postępowania złożone zostały w nim jedynie dwie oferty, co wskazuje, że nawet domniemana współpraca dwóch

podmiotów nie zamykała dostępu do rynku innym wykonawcom. Wykonawcy w żadnej mierze nie byli przecież w stanie powstrzymać w składaniu ofert jakichkolwiek innych wykonawców, zwłaszcza, że w poprzednim roku zarówno Odwołujący, jak i wykonawca L.B.

nie wygrali przedmiotowego przetargu, a Odwołującym nawet w nim nie startował. Logicznym i oczywistym jest, że chociaż podmiot aktualnie realizujący kontrakt winien ponowić ofertę na kolejny okres trwania kontraktu. Żaden z wykonawców nie był w stanie przewidzieć ilu wykonawców złoży oferty. Zatem całokształt okoliczności faktycznych sprawy, powiązany z brakiem wykazania przez Zamawiającego formułowanych tez, uzasadniał twierdzenie o niezgodności z prawem odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od niewypełnienia przez Odwołującego przesłanek uzasadniających zgodne z prawem odrzucenie jego oferty, Odwołujący wskazał, że w myśl art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia określonego faktu spoczywa na osobie, która wywodzi z niego skutki prawne. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podkreślił okoliczności, które nie są tożsame ze stanem udowodnienia, a nawet uprawdopodobnienia popełnienia przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji. Z kolei niedopuszczalne jest w tym zakresie przerzucanie obowiązku dowodowego na Odwołującego. Zatem Zamawiający nie ma racji twierdząc, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie stanowią o konieczności udowodnienia okoliczności naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Zwłaszcza za nieprawidłową uznać należy tezę, że przepisy ustawy wprowadzają zasadę, że już w przypadku stwierdzenia pewnych zdarzeń, sytuacji faktycznych Zamawiający winien odrzucić ofertę lub wykluczyć oferenta z postępowania. Odwołujący stwierdził, że konieczne jest wykazanie tych okoliczności przez Zamawiającego, co jest podyktowane obowiązkiem równego traktowania przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie publiczne.

Odwołujący wskazał, na aktualne tezy zaprezentowane w art. „Wykonawca w podwójnej roli." Opublikowany w M.Zam.Pub. 2016/1/34-35 autorstwa A. M. - „W świetle art. 83 ust. 3 p.z.p. nie można uznać, że występowanie danego podmiotu w ramach pewnych części zamówienia jako wykonawcy, a w ramach innych wyłącznie jako podwykonawcy stanowi naruszenie tego przepisu czy a priori prowadzi do jego obejścia. Do spełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymagane jest wystąpienie dwóch elementów w działaniu wykonawcy. Po pierwsze czyn musi być niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami. Po drugie czyn taki zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza go. Ponadto zamawiający powinien wykazać, jaki przepis prawa został naruszony przez złożenie oferty przez odwołującego oraz jaki dobry obyczaj został naruszony przez taką, a nie inną wycenę swoich usług, a także powinien udowodnić zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta przez złożenie oferty. Tym samym, wykazując zmowę

przetargową, trzeba podać cel lub skutek wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym."

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 61818 – 2016 z dnia 18 marca 2016 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) ofertę Odwołującego oraz ofertę wykonawcy L.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BIZA Serwis na okoliczność ustalenia treści złożonych ofert oraz ich wzajemnych podobieństw; (iv) wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego z dnia 6 kwietnia 2016 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Odnowienie, frezowanie oraz

trasowanie oznakowania drogowego poziomego dróg gminnych na terenie miasta Zgorzelec.

Kryteria oceny ofert stanowiła cena brutto – 90% oraz termin realizacji zamówienia 10%.

W postępowaniu złożone dwie oferty: oferta nr 1 – K.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BIZA Kolor z ceną 127.784,00 zł; termin realizacji zamówienia 30 dni kalendarzowych; oferta nr 2 – L.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BIZA Serwis z ceną 90.744.05 zł. Termin realizacji zamówienia 30 dni kalendarzowych.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę L.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BIZA Serwis do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Cena zaoferowana przez powyższego wykonawcę za realizację zamówienia 90.744,05 zł znacznie odbiegała od wartości zamówienia, powiększoną o stawkę VAT, ustalonej przez Zamawiającego na poziomie 153,459,86 zł. Wykonawca ten nie złożył wymaganych wyjaśnień.

Izba ustaliła, że w dniu 21.04.2016 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu oferty oraz o unieważnieniu postępowania. W zawiadomieniu Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003r. Dz.U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt. 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i

konsumentów (t.j. z 2015r. Dz.U. poz.184 z późn. zm.) uznał, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na wystąpienie „zmowy przetargowej" pomiędzy Odwołującym a firmą L.B. BIZA SERWIS polegającej na uzgodnieniu cenowych warunków składania ofert oraz uzgodnienia swojego zachowania w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na fakt, iż w postępowaniu złożono jedynie dwie oferty Zamawiający dodatkowo unieważnił postępowanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że: po pierwsze – ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia – w którym złożył ofertę, która może zostać uznana za najkorzystniejszą, po drugie – może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, które spowodowały odrzucenie oferty Odwołującego, co uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby bezpodstawny okazał się zarzut Odwołującego jakoby Zamawiający bezpodstawne odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W ocenie Izby w ustalonych okolicznościach faktycznych złożenie odrębnych ofert przez Odwołującego oraz wykonawcę L.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BIZA Serwis stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 uznk, polegający na zawarciu pomiędzy tymi wykonawcami zakazanego na mocy art. 6 ust. 1 uokik porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy czym zarówno według orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki wydane: 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12), 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14) i 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13)), jak i doktryny (zob. D. Szczepański, *Zasada uczciwej konkurencji i*

równego traktowania wykonawców, komentarz praktyczny, Wydawnictwo ABC) należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze. zm.) stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę generalną, co oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec tego należy brać pod uwagę również art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), 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 lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego ofert, organizatorem przetargu warunków składanych w szczególności zakresu pracy i ceny. Należy jednak zastrzec, że art. 6 ust. 1 uokik nie zawiera zamkniętego katalogu zakazanych porozumień ograniczających konkurencję, a zatem wyszczególnienie w kolejnych pkt na czym może polegać zakazane antykonkurencyjne porozumienie nie ma charakteru katalogu zamkniętego.

W doktrynie i orzecznictwie dotyczącym ochrony konkurencji porozumienie stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik określane jest w skrócie jako tzw. zmowa przetargowa. Zmowa taka może mieć w szczególności charakter porozumienia horyzontalnego (poziomego) tj. zawieranego pomiędzy konkurentami. Przy czym w doktrynie wskazuje się, że przejawem takiego niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego (zmowy przetargowej) mogą być: 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.); 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym,

podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór (zob. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych,* Lex 2012; K.K. w: K.K. i M.S. *Ustawa o ochronie konkurencji I konsumentów. Komentarz,* Warszawa 2014, s. 286; D. M. *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym,* Kraków 2004; E.M.W., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz,* Warszawa 2002).

W przypadku zmowy przetargowej, która stanowi jedno z najcięższych naruszeń prawa konkurencji, nie wymaga się, aby porozumienie było wykonane albo odniosło jakiś skutek. Wystarczający jest sam zamiar wpłynięcia przez przedsiębiorców na wynik lub przebieg postępowania. Z tego względu na mocy art. 7 ust. 3 uokik zmowa przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu zakazu w trybie art. 7 ust. 1 uokik (zob. K.K. w: K.K. i M.S. *Ustawa o ochronie konkurencji I konsumentów. Komentarz,* Warszawa 2014, s. 286; E.M.W., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz,* Warszawa 2002, s. 86).

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem nie ma żadnego znaczenia forma porozumienia, które może być pisemne, ustne, a nawet dorozumiane. Wystarczające jest, aby zaistniały skoordynowane formy działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 kwietnia 2011 r. (sygn. akt XVII AmA 44/09). Także w orzecznictwie unijnym wskazuje się na ten aspekt (wyrok sądu w sprawie T-7/89 *SA*

Hercules Chemicals NV p-ko Komisji, wyrok sądu w sprawie T-305/94 *NV Limburgse Vinyl Maatschapipij p-ko Komisji).*

Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) (wyroki Izby wydane: 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14), 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13), 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12) i 20 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 517/13)). Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06) wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 kpc.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia

działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczone w orzecznictwie.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie analiza okoliczności faktycznych pozwala na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że Odwołujący oraz jego brat – wykonawca L.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BIZA Serwis zawarli porozumienie dotyczące postępowania przetargowego, którego celem było zmuszenie Zamawiającego do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę L.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biza Serwis, którego oferta zawierała niższą cenę, przez niezłożenie przez powyższego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, choć faktycznie mógł on bez trudu takie wyjaśnienia złożyć, co miało doprowadzić do wyboru oferty droższej złożonej przez jego brata tj. Odwołującego. Zachodzące pomiędzy Odwołującym a wykonawcę L.B. powiązania rodzinne, przyznana podczas rozprawy wieloletnia współpraca przy ubieganiu się o udzielenie zamówień publicznych przejawiająca się m.in. w udostępnianiu zasobów wskazują, że powyższy wniosek jest racjonalny i uzasadniony. Uznając istnienia zmowy przetargowej pomiędzy Odwołującym a jego bratem – wykonawcą L.B. Izba wzięła pod w szczególności następujące okoliczności:

1) Odwołującego oraz wykonawcę L.B. łączą ścisłe więzy rodzinne, ponieważ są braćmi;
2) Odwołujący oraz wykonawca L.B. prowadzą faktycznie tożsamą rodzajowo działalność gospodarczą, co potwierdził Odwołujący podczas rozprawy oświadczając, iż obaj przedsiębiorcy wielokrotnie występowali wspólnie podczas postępowań przetargowych, użyczając sobie m.in. zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia;
3) Obaj wykonawcy prowadzą działalności gospodarczych pod tym samym adresem i używają tego samego numeru telefonu i faksu;
4) W złożonych przez Odwołującego oraz wykonawcę L.B. ofertach występuje szereg podobieństw wskazujących, że oferty tych wykonawców były przygotowane przez tą samą osobę i z użyciem tych samych narzędzi - tożsame odręczne pismo o identycznym kroju oraz kolor długopisu; koperty, w których umieszczone zostały oferty opisane zostały tym samym charakterem pisma; dołączone do ofert zaświadczenia z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej zostały wygenerowane w tym samym dniu, tj. 01 - 04 -2016 r. o godz. 11:11 - dla

L.B., natomiast 01 - 04 -2016 r. o godz. 11:10 - dla K.B. a; potwierdzenia dokonania wpłaty wadium także zostały wydrukowane w tym samym dniu, tj. 04 – 04 - 2016 r. o

godz. 09:08 - dla L.B., 04 – 04 - 2016 r. o godz. 09:14 - dla K.B. a, Ponadto do przygotowania ofert posłużono się tym samym narzędziem, tj. pieczęcią „za zgodność z oryginałem", wszystkie oświadczenia złożone w obu ofertach datowane są na 04 – 04 - 2016 r., a także jak wskazano wyżej w tym samym dniu zostało wpłacone wadium; numeracja stron w obu ofertach, wszystkie dokumenty i oświadczenia w nich złożone numerowane zostały w prawym dolnym rogu, natomiast zaświadczenia z Urzędu Skarbowego w prawym dolnym rogu oraz na drugiej stronie w lewym dolnym rogu;

5) Brak złożenia przez wykonawcę L.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biza Serwis wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Uwzględniając wszystkie powyższe okoliczności stwierdzić należy - opierając się na domniemaniach faktycznych - iż obaj przedsiębiorcy dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku przetargu, a tym samym zawarli porozumienie ograniczające konkurencję. Przyjęte w tym zakresie domniemanie stanowi bowiem wniosek wynikający w sposób logiczny z faktów, które zostały ustalone w toku postępowania. W ocenie Izby znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, że Odwołujący oraz wykonawca L.B. zachowywali się w toku analizowanego przetargu jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. W szczególności fakt braku złożenia jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przez wykonawcę L.B. przy jednoczesnym braku racjonalnego uzasadnienia i przekonujących wyjaśnień w tym zakresie, stanowią trudną do obalenia przesłankę przemawiającą za wnioskiem, iż obaj bracia zawarli porozumienie ograniczające konkurencję.

Należy przyjąć, że dla oceny danego zachowanie pod kątem jego sprzeczności z regułami konkurencji wystarczająca jest analiza wskazanych wyżej rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań, bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami (por.: S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz,* Warszawa 1999, s. 85). Dowód na istnienie tego rodzaju praktyk uzgodnionych może być rzecz jasna obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk (por.: wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83

Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679), cyt. za: Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962 - 1989, opracowanie i wprowadzenie A. J., T. S. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.). Takich dowodów Odwołujący jednak nie przedstawił.

Nie zasługują na uwzględnienie argument Odwołującego, iż on oraz jego brat L.B. są niezależnymi przedsiębiorcami, prowadzącymi wobec siebie konkurencyjną działalność gospodarczą. Występowanie pomiędzy przedsiębiorcami ścisłych więzi rodzinnych, posługiwanie się wspólnym numerem faksu, wspólny adres, przystępowania do tych samych przetargów, nie jest wprawdzie zabronione, niemniej jednak wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych i może sugerować, iż przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności uzasadnione jest podejrzenie naruszenia prawa konkurencji, tak jak ma to miejsce w niniejszym przypadku. Z pewnością wyszczególnione wyżej okoliczności mogą świadczyć o bardzo ograniczonej lub nawet o całkowitym braku konkurencji między przedsiębiorcami.

Dalej nie zasługuje na uwzględnienie również argument o spóźnionym odbiorze wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom złożonym przez Odwołującego, iż wykonawca L.B. nie odbierał wiadomości e - mailowych w okresie od 6 kwietnia do 11 kwietnia 2016 r., co skutkowało brakiem złożenia wymaganych wyjaśnień. Trudno bowiem przyjąć, iż racjonalnie działający przedsiębiorca, uczestniczący w

przetargu nie sprawdza na bieżącą swojej skrzyni e – mailowej. Poza tym budzi zdziwienie i jest okolicznością przemawiającą za istnieniem zmowy pomiędzy przedsiębiorcami, że to Odwołujący posiada wiedzę na temat braku złożenia stosownych wyjaśnień przez L.B., składa w jego imieniu wyjaśnienia podczas rozprawy i w treści odwołania oraz stosowane dowody. W ocenie Izby za całkowicie niewiarygodne uznać należy twierdzenia, że profesjonalny przedsiębiorca może przygotować ofertę dla potrzeb postępowania przetargowego, nie sprawdzając jednocześnie na bieżąco korespondencji jaką może otrzymać od Zamawiającego. Zwłaszcza, że w okolicznościach faktycznych sprawy mamy do czynienia z 6 – dniowym terminem na złożenie wyjaśnień i nie sposób uznać, że przez tak długi okres czasu wykonawca nie sprawdzał swojej skrzynki e – mailowej.

W ocenie Izby wykonawca L.B. mógł bez przeszkód przedłożyć stosowane wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które służyłoby do uzupełniania jego dokumentacji ofertowej. Niezłożenie w tym zakresie dokumentacji własnego autorstwa, nie zaś dokumentacji

---

wymaganej od podmiotów trzecich należy tłumaczyć, jako chęć osiągnięcia skutków porozumienia ograniczającego konkurencję zawartego z Odwołującym polegającego na uzyskaniu przez Odwołującego zamówienia na warunkach bardziej korzystnych tj. oferujących wyższą cenę o wykonania zamówienia.

Dalej Izba uznała za niezasadny argument Odwołującego o tym, że obaj przedsiębiorcy wielokrotnie występowali w przeszłości w przetargach i nie została wobec nich orzeczona zmowa przetargowa. W ocenie Izby jest to okoliczność irrelewantna dla uznania zaistnienia zmowy przetargowej w niniejszym postępowaniu. Dla uznanie bowiem istnienia zmowy przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami nie jest konieczne wykazanie istnienia wcześniejszych porozumień pomiędzy przedsiębiorcami. Izba dokonuje bowiem oceny okoliczności faktycznych w konkretnym postępowaniu przetargowym i na ich podstawie ocenia zachowania przedsiębiorców. Zachowanie przedsiębiorców w poprzednich postępowaniach może być jedną z okoliczności faktycznych mających znaczenia dla rozstrzygnięcia zaistnienia zmowy przetargowej, ale z pewnością nie może stanowić samodzielnej przesłanki do uznania braku zaistnienia zmowy w danym postępowaniu przetargowym.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie został naruszony interes żadnego przedsiębiorcy. Podkreślić bowiem należy, że działania Odwołującego oraz wykonawcy L.B. naruszają w sposób oczywisty interesy Zamawiającego i powoduje zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wybór najkorzystniejszych ofert składanych przez oferentów w warunkach konkurencji.

Mając na uwadze przedstawione wyżej okoliczności, ustalenia i dowody na ich poparcie przyjąć należy, że znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, iż Odwołujący oraz wykonawca L.B. zachowywali się w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. W szczególności brak przekonującego uzasadnienia nieprzedłożenia stosowanych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz brak przekonujących wyjaśnień co do przyczyn takiej sytuacji stanowią trudną do obalenia przesłankę przemawiającą za wnioskiem, iż powyżsi przedsiębiorcy zawarli porozumienie ograniczające konkurencję, obejmujące zachowania w toku przedmiotowego przetargu.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego oraz przedstawionej argumentacji co do skuteczności dołączonego do oferty L.B. zaświadczenia z ZUS, przychylając się z pełnym

---

zakresie do stanowiska Zamawiającego. Odwołujący argumentował, iż przedłożone w ofercie przez ww. wykonawcę zaświadczenie z ZUS w formie elektronicznej winno być w pełni honorowane przez Zamawiającego i brak jest podstawy prawnej do wzywania wykonawcy o jego uzupełnienia.

Wskazać należy, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) oraz pkt 10 ppkt 2 lit c) SIWZ żądał załączenia do oferty aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca L.B. dołączył do oferty zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w formie dokumentu elektronicznego, opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, które nie spełnia powyższego warunku, ponieważ zostało złożone w niewłaściwej formie.

Przedłożone przez L.B. zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS nie spełnia wymagań określonych w § 7 ust. 1 rozrzedzenia w sprawie dokumentów, albowiem w myśl tego przepisu dokumenty muszą być złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, a w przypadku elektronicznych dokumentów - powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Przedmiotowe zaświadczenie zostało wygenerowane z systemu ZUS. Powyższego nie można utożsamiać, jak chciałby Odwołujący, z wydrukami z CEiDG oraz KRS. Zgodnie z art. 4 ust. 4aa ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym „Pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, o których mowa w art. 3, jeżeli posiadają cech umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w Rejestrze". Z tegoż przepisu wynika, że odpis aktualny z KRS wygenerowany ze strony internetowej

---

Ministerstwa Sprawiedliwości po wprowadzeniu numeru identyfikującego stanowi dokument urzędowy czyli oryginalny, który nie wymaga poświadczania przez wykonawcę za zgodność z oryginałem. Podobny status mają zaświadczenia o wpisie w CEiDG. W przypadku zaświadczeń wygenerowanych z ZUS ustawa nie przewiduje takiej możliwości. Co więcej w treści wydruku znajduje się zapis, ze „zaświadczenie wydaje się na wniosek płatnika składek na podstawie art. 50 ust. 4 i art. 123 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych".. Pierwszy z przepisów odnosi się do wniosku płatnika, a drugi do wydawania zaświadczeń w formie elektronicznego dokumentu opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Nie można przyjąć, że przedmiotowy dokument jest wydanym na żądanie L.B. zaświadczeniem w formie dokumentu elektronicznego, opatrzonym bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Złożenie wniosku z użyciem środków komunikacji nie jest równoznaczne z wydaniem elektronicznej elektronicznego zaświadczenia w rozumieniu wskazanego wyżej przepisu. Podpis elektroniczny funkcjonuje tylko w postaci elektronicznej, jako algorytm obliczeniowy, a poza pamięcią komputera - po wydrukowaniu dokumentu opatrzonego takim podpisem, taki podpis nie funkcjonuje. Podpisu elektronicznego nie można odwzorowywać w żadnej innej postaci niż elektroniczna (tak m.in. por. wyrok KIO 225/15).

Podkreślić należy, że wydruk dokumentu elektronicznego stanowi jedynie wizualizację zapisaną na informatycznym nośniku danych, nie stanowi on zatem dokumentu urzędowego w rozumienia art. 76 ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego. Treść takiego dokumentu może zostać zmaterializowana w postaci wydruku. Problemem w przypadku wydruku dokumentu elektronicznego jest zmaterializowanie podpisu elektronicznego. Obecnie wydruki dokumentów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych zawierają imię i nazwisko pracownika upoważnionego do jego wydania oraz adnotację o podpisie elektronicznym:

„dokument został podpisany, aby go zweryfikować należy użyć oprogramowania do weryfikacji podpisu". Zgodnie natomiast z obowiązującymi przepisami ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego, w związku z ustawą z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114), za dokument elektroniczny uznaje się tylko odpowiedni zapis elektroniczny i jako taki posiada on odpowiednią moc dowodową.

Należy wskazać, że na chwilę obecną brak jest przepisu, który jednoznacznie przesądzałby o tym, że dokumenty wydawane przez ZUS dla celów zamówień publicznych mogą być generowane w dowolnej postaci (np. w formie wydruku z dokumentu elektronicznego wraz z informacją, że dokument został podpisany elektronicznie), a nie tylko w postaci dokumentu

opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przywołane wyżej rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, umożliwia tylko składanie dokumentów elektronicznych opatrzonych przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu nie dopuszcza za właściwe wydruków opatrzonych oświadczeniem wykonawcy w zakresie ich zgodności ze stanem rzeczywistym.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający zasadnie uznała, że złożenie oferty z dokumentem nie potwierdzającym braku podstaw do wykluczenia w przedmiotowym postępowaniu, w okolicznościach ujawnionych w toku mniejszego postępowała świadczy jedynie o tym, iż zamiarem wykonawców było uzyskanie kontroli nad przebiegiem postępowania i podjęcie próby uzyskania zamówienia przez K.B.za kwotę wyższą.

Zamawiający zgodnie z zapisami art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w powyższej sytuacji zobowiązany byłby do wezwania Pana L.B. do uzupełnienia wymaganego dokumentu, a w razie jego nieuzupełnienia ww. wykonawca zostałby wykluczony z przedmiotowej pocerowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 wyżej wskazanej ustawy. Zamawiający słusznie odstąpił od czynności wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu na podstawie wyżej cytowanego przepisu prawa, ponieważ pomimo jego przedłożenia oferta podlegała odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, które zasądzono na podstawie faktur złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:

……