

Sygn. akt: KIO 2276/12

## WYROK

z dnia 30 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agata Mikołajczyk  
Aneta Mlącka  
Izabela Niedziałek – Bujak

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2012 r. przez wykonawcę **COMBIDATA Poland Sp. z o.o., 81-777 Sopot, ul. E. Plater 12** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, 00-834 Warszawa, ul. Pańska 81/83,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Instytut Edukacji Interaktywnej Estakada.pl Sp. z o.o., Betacom S.A., 00-844 Warszawa, ul. Grzybowska 80/82** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i unieważnia wybór najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy **COMBIDATA Poland Sp. z o.o.**;
2. kosztami postępowania obciąża **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, 00-834 Warszawa, ul. Pańska 81/83** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **COMBIDATA Poland Sp. z o.o., 81-777 Sopot, ul. E. Plater 12** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, 00-834 Warszawa, ul. Pańska 81/83** na rzecz wykonawcy **COMBIDATA Poland Sp. z o.o., 81-777 Sopot, ul. E. Plater 12** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....  
.....  
.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości z Warszawy. Przedmiotem tego postępowania jest zamówienie pn. „Akademia PARP 2012”. Odwołujący - COMBIDATA Poland sp. z o.o. z Sopotu zarzucił naruszenie art. 7 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego oraz oferty Inter IT sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie i wybór oferty, jako najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Instytut Edukacji Interaktywnej „estakada.pr sp. z o.o. i Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia ofert wykonawcy COMBIDATA Poland sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie i wykonawcy Inter IT sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca podał także, że ma interes w uzyskaniu zamówienia albowiem zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uniemożliwiając Odwołującemu uzyskanie tego zamówienia, albowiem oferta Odwołującego powinna być wybrana, jako oferta najkorzystniejsza, co oznacza, iż Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę.

W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający w trybie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy COMBIDATA Poland sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie oraz wykonawcy Inter IT sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (...) twierdząc, iż przeprowadzone przez Zamawiającego czynności polegające na badaniu ofert obydwu wykonawców wskazują, w sposób niepozostawiający wątpliwości, iż złożone oferty zostały przygotowane w porozumieniu pomiędzy obydwoma wykonawcami, na co wskazuje identyczne brzmienie znacznej części przedstawionych w ofercie materiałów składających się na oferty wykonawców. Na poparcie swych wywodów Zamawiający zacytował wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011

(KIO 2766/10), który mówi, iż w świetle art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentem (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), 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 (tzw. „zmowa przetargowa”). Zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, iż działanie takie w świetle dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, nr 153, poz. 1503 ze zm.) jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. „Zmowa przetargowa” to praktyka polegająca na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców i organizatora przetargu warunków składanych ofert. (...) Aby stwierdzić istnienie porozumienia między przedsiębiorstwami, konieczne jest wykazanie, że określone decyzje podjęte przez przedsiębiorców nie były samodzielne, lecz w uzgodnieniu podjętym w jakiegokolwiek formie. W ocenie Izby, przykładem zmowy przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami (tj. zmowy w ujęciu horyzontalnym) może być celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów (czyli celowe wpływanie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzje Zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania), tak aby doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy, proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmowie.” Wykonawca stwierdził, że powyższy cytat w sposób oczywisty nie dotyczy sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie wykazał istnienia porozumień między Zamawiającym ani Wykonawcami (tzw. zmowa przetargowa), ani porozumień pomiędzy Wykonawcami, których oferty odrzucono (tzw. zmowa horyzontalna). Również inne, wskazane przez Zamawiającego wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2012 roku (KIO 1225/12, KIO 1229/12) dotyczą sytuacji, która nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu, (...) Niewątpliwie stworzeniem warunków wymuszających na klientach dokonanie wyboru określonego przedsiębiorcy oraz ograniczeniem dostępu do rynku jest składanie ofert przez podmioty powiązane ze sobą kapitałowo, organizacyjnie, udostępniające sobie potencjał osobowy oraz zasoby w postaci doświadczenia i oferujące ten sam produkt,

w sytuacji, gdy wykluczenie jednego z nich lub odrzucenie złożonej przez niego oferty prowadzi nie do wyboru oferty niezależnego wykonawcy, lecz do wyboru oferty wykonawcy powiązanego. (...) Wywód Zamawiającego prowadzący do rozważania sytuacji, w której z postępowania ubywa Wykonawca, składający korzystniejszą ofertę w celu zmuszenia Zamawiającego do wybrania oferty mniej korzystnej jest zatem bezpodstawny. Zamawiający nie wykazał również, że wykonawcy poza złożeniem podobnych ofert również nie konkutowali ze sobą w postępowaniu i nie wskazał jakie działania świadczą o braku rywalizacji pomiędzy nimi. Nawet czynione przez Zamawiającego symulacje wyboru ofert odrzuconych nie mogą prowadzić do wniosku, że wybór ofert któregoś z wykonawców jest wymierzone przeciw uczciwej konkurencji. W konkluzji wykonawca stwierdził, że Zamawiający nie dowiódł, iż jakiegokolwiek działania Odwołującego świadczyły „(...) o skoordynowanym działaniu przedsiębiorców prowadzącym do wystąpienia piętnowanego przez ustawę Pzp zjawiska nieuczciwej konkurencji (...). Wskazał także, że wyrażona w art. 6 k.c. zasada nakłada ciężar udowodnienia faktu na osobę, która twierdzi i z tego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Nawet uprawdopodobnienie zaistnienia okoliczności, które mogłyby ewentualnie potwierdzać zasadność zarzutu zмовы przetargowej nie może stanowić podstawy do działań, które Zamawiający podjął - stosowne okoliczności muszą być dowiedzione. Wykonawca stwierdził także, że dokonane ustalenia nie potwierdziły faktu zawarcia pomiędzy wykonawcami, których oferty Zamawiający odrzucił, porozumienia co do treści ofert przetargowych. Zamawiający nie przedstawił w toku badania i oceny ofert dowodów potwierdzających niezbitcie fakt zawarcia porozumienia, którego treścią było ustalenie warunków składanych ofert w celu pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia przez innych wykonawców. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż odrzucenie ofert Wykonawców COMBI DATA Poland sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie i Inter IT sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy jest nieuprawnione. Wykonawca podkreślił także, że sama zbieżność treści oferowanych usług (tutaj treści szkoleń) nie wskazuje jeszcze na porozumienie się wykonawców służące eliminacji konkurencji, czy zmuszaniu Zamawiającego do wyboru oferty niekorzystnej. Na poparcie tezy o nieuprawnionym uznaniu istnienia niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami, których oferty odrzucono, przytoczył wyrok KIO z dnia 27 października 2011 roku (sygn. akt. KIO 2206/11, KIO 2217/11, KIO 2218/11), która rozpatrując odwołanie oznaczone sygnaturą akt KIO 2218/11, „(...)

oddaliła zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez wykonawców XXS.A. oraz YY sp. z o.o., którzy mieli działać w porozumieniu składając oferty w postępowaniu. Izba uznała zarzut za gołosłowny, gdyż identyczność obu ofert w zakresie dotyczącym oferowanych rozwiązań nie dowodzi działania niezgodnego z prawem. Zdaniem Odwołującego analogiczna sytuacja występuje w niniejszej sprawie, albowiem (...) W uzasadnieniu odrzucenia ofert Wykonawców COMBIDATA Poland sp. z o.o. z siedzibą w' Sopocie i Inter IT sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie Zamawiający zwrócił uwagę, iż „ (...) współpraca obydwu wykonawców ujawniła się już na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, gdzie wykonawca COMBIDATA Poland sp. z o.o. udostępnił wykonawcy Inter IT sp. z o.o. zasoby niezbędne do realizacji zamówienia w trybie art. 26 ust 2b ustawy Pzp (...) ”. Zdaniem wykonawcy (...) Takie ustalenie nie może prowadzić do wniosku, że współpraca Wykonawców COMBIDATA Poland sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie i Inter IT sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie jest niezgodna z prawem. Tymczasem Zamawiający na podstawie takiego ustalenia odrzucił oferty obu wykonawców. W konkluzji wykonawca stwierdził, że takie działanie należy uznać za całkowicie nieuprawnione, a (...) Zarzucana zbieżność ofert Wykonawców COMBIDATA Poland sp. z o.o. i Inter IT sp. z o.o. wynika z następujących faktów:

- przygotowanie próbek materiałów edukacyjnych będących przedmiotem oceny w postępowaniu nie jest głównym obszarem działalności firmy COMBIDATA Poland sp. z o.o., w związku z powyższym biorąc pod uwagę okres wakacyjny oraz krótki termin na przygotowanie próbek, a także konieczność zapewnienia ich wysokiej jakości ze względu na przyjęte wagi w kryteriach oceny zadanie to zostało powierzone zasobom zewnętrznym;
- liczne doświadczenia z realizacji wcześniejszych projektów edukacyjnych z komponentem e-learningowym przez COMBIDATA Poland sp. z o.o. potwierdzają regułę działania polegającą na powierzaniu odpowiedzialności za przygotowanie ofert w tym zakresie powszechnie dostępnym zewnętrznym ekspertom;
- Wykonawcy COMBIDATA Poland sp. z o.o. i Inter IT sp. z o.o. w przeszłości współpracowały w zakresie podobnych przedsięwzięć czego skutkiem jest wypracowanie i stosowanie przez oba podmioty podobnych standardów w realizacji projektów informatycznych.

Podkreślił również, że wykazane przez Zamawiającego zbieżności w ofertach spółek COMBIDATA Poland i Inter IT są konsekwencją korzystania ze wspólnych zasobów

eksperckich natomiast próbki będące przedmiotem oceny zostały dostarczone niezależnie i mają odrębną zawartość merytoryczną. Wskazał ponadto, że przedstawiając w swych ofertach wymagane przez Zamawiającego próbki szkoleń dotyczące problemu zarządzania wiedzą i zarządzania wiekiem jedna ze spółek przedstawiła mentoring (studium przypadku oparte na odejściu z przedsiębiorstwa doświadczonego pracownika), druga zaś przedstawiła intermentoring (na przykładzie współpracy niedoświadczonego pracownika z pracownikiem doświadczonym, który pomógł rozwiązać problem dzięki zapamiętaniu podobnej sytuacji z przeszłości). W przypadku przedstawiania innowacyjnych interakcji z wykorzystaniem istniejących już materiałów Zamawiającego obie spółki również pokazały zupełnie inne zagadnienia techniki sprzedaży. Fakt ten zdecydowanie dowodzi, iż spółki konkurowały ze sobą, a nie przygotowywały wspólnie oferty przetargowe. W związku z powyższym nieuprawnione jest twierdzenie że pomimo wykazanych podobieństw materiałów przedstawione w ofertach obu Wykonawców doszło do sugerowanych przez Zamawiającego działań polegających na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert. Korzystanie z zasobów zewnętrznych w przygotowywaniu części merytorycznej oferty nie jest czynem zabronionym i w żaden sposób nie ogranicza konkurencji. Odwołujący nie ukrywa i nigdy nie ukrywał biznesowych powiązań ze spółką Inter IT sp. z o.o. i w świetle wspólnych przedsięwzięć realizowanych w przeszłości obie spółki mają prawo do wspólnych osiągnięć, do podobnych, czy nawet identycznych rozwiązań, do wzajemnego wspierania się i wzajemnego korzystania ze swej wiedzy i doświadczenia, co sankcjonuje art. 26 ust 2b Ustawy. Jednakże poza wspólnymi przedsięwzięciami spółki konkurują na rynku usług i jak w tym przypadku każda złożyła własną ofertę aby samodzielnie zdobyć zamówienie”. Reasumując wykonawca stwierdził, że Zamawiający nie wykazał żadnych bezprawnych działań Odwołującego, ze szczególnym uwzględnieniem złożenia oferty, stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skoro zatem odrzucenie ofert wykonawców COMBIDATA Poland sp. z o.o. i Inter IT sp. z o.o. było nieuzasadnione, konsekwentnie należy uznać za wadliwą czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Instytut Edukacji

Interaktywnej „estakada.pr sp. z o.o. i Betacom S.A., wnosząc o oddalenie odwołania. Także Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości podnosząc nie wykazanie przez wykonawcę interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp we wnoszeniu odwołania jak również niezasadne wskazywanie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że podnoszony przez Zamawiającego zarzut braku legitymacji do wniesienia odwołania tylko w części jest zasadny. Wnoszący odwołanie wykonawca zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp i związane z tym żądanie odniósł do czynności odrzucenia jego oferty oraz odrzucenia oferty wykonawcy Inter IT sp. z o.o. Powołując się na interes we wniesieniu odwołania wskazał z kolei, że zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając Odwołującemu uzyskanie zamówienia, w sytuacji, gdy jego oferta powinna być wybrana, jako oferta najkorzystniejsza i tym samym Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę. Zatem wykonawca nie ma materialno-prawnej przesłanki, o której stanowi przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp we wnoszeniu odwołania w części dotyczącej podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Inter IT sp. z o.o., albowiem nawet przy de facto analogicznych podstawach odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy, Odwołujący nie może wykazać adekwatnego związku pomiędzy zarzucanym naruszeniem prawa, a naruszeniem interesu odwołującego się podmiotu. Nie jest także obiektywnie możliwe wykazanie szkody na gruncie ustawy Pzp, będącej skutkiem takiego naruszenia, polegającego na bezpodstawnym odrzuceniu oferty innego wykonawcy. To powoduje oddalenie odwołania w tej części bez merytorycznego rozpoznawania podniesionych w nim zarzutów.

Wnoszący odwołanie wykonawca ma natomiast interes we wnoszeniu odwołania - w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp - w zakresie zarzutu



dotyczącego naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z odrzuceniem jego oferty. Wykonawca wykazał także możliwość poniesienia szkody w związku z brakiem wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne. Oferta tego wykonawca nie podlegała ocenie według żadnego z kryterium, także w zakresie drugiego z kryteriów z wagą 80 %. Co prawda Zamawiający wywodził, że przeprowadził symulację dwóch kwestionowanych ofert w wyniku których oferty odrzucone [Inter IT sp. z o.o., oraz Odwołującego] otrzymałyby jednakową liczbę punktów, jednakże Zamawiający – co zauważa Izba - nie odnosi tej punktacji do punktacji uzyskanej w dotychczasowej ocenie przez konkurencyjne oferty w tym kryterium. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba stwierdza, że złożoność tego kryterium nie pozwala Izbie na arbitralne, obiektywne rozstrzygnięcie o wyniku oceny ofert i możliwej ich punktacji, a wskazywana symulacja – przy tak złożonym jednym z kryteriów - nie może być uznana za uprawdopodobnienie twierdzeń Zamawiającego.

Rozpoznając zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba miała na uwadze art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak jak wynika z treści zawiadomienia z dnia 10.10. 2012 r. podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego było ustalenie, że oferta złożona przez Odwołującego została przygotowana w porozumieniu z innym uczestnikiem postępowania wykonawcom Inter IT sp. z o.o., na co wskazuje (...) identyczne brzmienie znacznej części przedstawionych w ofercie materiałów składających się na oferty tych wykonawców. Tak jak stwierdził Zamawiający, zastosowano te same materiały źródłowe, identyczne multimedia oraz wskazał na podobieństwo, co do formy tekstowej oraz wizualnej.” Wskazując na powyższe powołał się na art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp oraz stosowne orzecznictwo, podnosząc, że (...) zobowiązany jest odrzucić ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszających postanowienia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powołał się na art.6 ust.1 pkt 7 podnosząc, że 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 (tzw. „zmowa przetargowa”). W odniesieniu do drugiej ze wskazanych ustaw powołał się na art. 3 ust.1 oraz art. 15 ust.1 pkt 5 i stwierdził, że wskazane działanie jest niewątpliwie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zwrócił także uwagę na współpracę wskazanych wykonawców na etapie składania wniosków i udostępnianie przez Odwołującego na rzecz Inter IT sp. z o.o. jego zasobów w trybie art. 26 ust.2b ustawy Pzp. Powyższe okoliczności, zdaniem Zamawiającego, potwierdzają, że wykonawcy wskazani (...) nie tylko nie konkurowali ze sobą, lecz współpracowali w trakcie całego postępowania, co także mieści się w kategorii czynów nieuczciwej konkurencji polegających na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. W konkluzji decyzji stwierdził, że (...) merytoryczna identyczność prezentowanych idei i założeń, tekstowa oraz graficzna zbieżność produktu oraz współpraca tworzą logiczną całość wspólnego działania”. W odpowiedzi na odwołanie – powołując się także na orzecznictwo – dodatkowo wskazał, że zamiar (wspólna wola obu podmiotów, której przejawem było postępowanie w ramach całego postępowania), jakim kierowali się wykonawcy jest oczywisty – w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Mógłby on, bowiem po wezwaniu do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz podpisania umowy, odmówić jej podpisania by po stronie Zamawiającego wywołać konieczność zastosowania art. 94 ust.3 ustawy Pzp tj. wezwania do podpisania umowy wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych bez ponownego bania i oceny ofert. Wskazał także, że wykonawcy przy tym samym bilansie punktów w pozostałych kryteriach mogli przypuszczać, iż różnica punktowa będzie nieznaczna, plasując ich na kolejnych miejscach (...).

Zdaniem Izby wskazane okoliczności mogą potwierdzać współpracę dwóch podmiotów na etapie składania wniosków. Mogą też wskazywać na ich współpracę na etapie przygotowywania treści merytorycznej ofert. Jednakże obiektywnie to nie dowodzi z umowy przetargowej, o której stanowi art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentem, czy też czynu nieuczciwej konkurencji, o którym stanowi art. 15 ust.1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie ze wskazanym art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy

o ochronie konkurencji i konsumentem 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. Z kolei przepis art. 15 ust.1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Izba przede wszystkim zauważa, że tak jak podnosi się w orzecznictwie, w tym orzecznictwie sądowym, podobieństwo ofert nie dowodzi działań niezgodnych z prawem i niedopuszczalnych również ustawą Prawo zamówień publicznych, takich jak zawarcie porozumienia pomiędzy wykonawcami, o której stanowi wskazany art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również współpracy kwalifikowanej, jako zjawisko nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym art. 3 ust.1 oraz art. 15 ust.1 pkt 5 tej ustawy, szczególnie w przypadku, gdy podobieństwa takie są skutkiem skorzystania z usługi tego samego eksperta. Zamawiający, zdaniem Izby, również nie wykazał, w jaki sposób złożenie dwóch podobnych ofert mogło ograniczyć lub utrudnić konkurencję w prowadzonym postępowaniu. Tak jak wynika z ustaleń do złożenia oferty zaproszonych zostało 10 wykonawców i w konsekwencji złożonych zostało 5 ofert, co wskazuje, że współpraca dwóch wskazanych podmiotów nie zamykała dostępu do rynku innym wykonawcom. Ponadto Izba stwierdza, że w niniejszym postępowaniu była także możliwa między wszystkimi wykonawcami konkurencja w kryterium ceny, które to kryterium miało przypisaną wagę 20 %. Zamawiający nie udowodnił także, że skorzystanie z usługi tego samego eksperta na etapie opracowywania części merytorycznej oferty i znaczne podobieństwo opracowań miało w konsekwencji na celu uchylenie się przez Odwołującego od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na rzecz wykonawcy Inter ITI w związku z przepisem art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Ta hipoteza nie została poparta żadnymi dowodami, co - przy argumentacji, stanowiącej w konsekwencji także podstawę

odrzućenia oferty wykonawcy – szczególnie jest wymagane dyrektywą wynikającą z powołanego art. 190 ust.1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji, uwzględniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na nieuzasadnione odrzucenie oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy COMBIDATA Poland sp. z o.o..

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....