

WYROK

z dnia 7 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2013 r. przez wykonawcę MAHA Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach, w postępowaniu prowadzonym przez Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Chełmie przy udziale wykonawcy DYNON ON THE WAY by Tadeusz M. w Wieloski, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę MAHA Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę MAHA Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego MAHA Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach, na rzecz Zamawiającego Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie kwotę 3 600 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający - Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*dostawę wyposażenia do Laboratoriów: hamowania, badań cząstek stałych, badań emisji spalin oraz badań silników w ramach realizacji projektu Laboratorium badań środowiskowych CSI PWSZ w Chełmie*”.

III. Odwołujący w dniu 20 grudnia 2013 r. złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego, związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym poprzez nieuznanie jego oferty za odrzuconą;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców DYNO ON THE WAY Tadeusz M. i Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wyjaśnienia czy oferta wykonawcy DYNO ON THE WAY Tadeusz M. i Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie:

- 1) ponownej oceny ofert;
- 2) odrzucenia oferty wykonawców DYNO ON THE WAY Tadeusz M. oraz Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe;
- 3) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej ewentualnie unieważnienie postępowania w części dotyczącej zadania nr 1.

Ponadto Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do okazania kopert, w których

zostały mu złożone oferty wykonawców DYNO ON THE WAY Tadeusz M. oraz Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe, z widoczną prezentatą poświadczającą datę i godzinę wpływu tych ofert do Zamawiającego - w celu ustalenia czy rzeczony oferty zostały złożone w tym samym czy w różnym czasie; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego grafologa w celu ustalenia czy w ofertach DYNO ON THE WAY by Tadeusz M. a także Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe poświadczenie „za zgodność z oryginałem” zostało naniesione pismem odręcznym o takim samym charakterze pisma - w przypadku zakwestionowania tego faktu przez któregokolwiek z uczestników postępowania wywołanego wniesieniem odwołania, o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Stron, o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka – Product Manager - pracownika Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację, mającą potwierdzać zasadność stawianych zarzutów:

[1] W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tym samym, poprzez nieuznanie jego oferty za odrzuconą:

Zamawiający w SIWZ stwierdził, że wykazanie spełnienia warunku z art. 22 ust 1 pkt 4 ustawy, winno nastąpić poprzez wykazanie przez Wykonawców, że posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości minimum 120.000,00 zł oraz ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 100.000,00 zł [pkt VI ust. 1 ppkt 1.4 SIWZ]. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku, Zamawiający żądał to przedłożenia informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia [pkt VII ust. 1 ppkt 1.4 i ppkt 1.5 SIWZ]. Wobec powyższego, każdy Wykonawca winien wykazać spełnienie kumulatywnie dwóch warunków:

1/ posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 120.000,00 zł,

2/ posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 100.000,00 zł.

Ze złożonej przez wykonawcę Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe oferty wynika, że warunek ten nie został spełniony. Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe w złożonej ofercie przedstawiła kopię polisy PZU S.A. TPP Nr 24985630 [str. 13-14 oferty tego wykonawcy], jednakowoż z przedłożonego dokumentu nie wynikało aby była ona opłacona, zgodnie z harmonogramem płatności składek zawartym w przedstawionym dokumencie - polisie. Na ostatniej stronie powołanej polisy znajduje się ustalenie, iż płatność składki zostaje rozłożona na 4 raty, gdzie płatność ostatniej raty przed terminem składania ofert przypadała do dnia 25.9.2013r. w kwocie 7.127,00 zł. Ponadto w złożonej przez Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe ofercie brakowało ponadto aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8,10,11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert [brak w ogóle przedmiotowego dokumentu] oraz aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłaceniem podatków lub zaświadczenia, 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 [przedstawione przez Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe zaświadczenie Naczelnika Drugiego Urzędu skarbowego w Gliwicach o braku zaległości podatkowych wykazywało stan na dzień 30.7.2013 r.]. Powyższe potwierdza wystąpienie Zamawiającego do Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 4 listopada 2013 r., w zakresie uzupełnienia następujących dokumentów:

1. opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
2. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8,10,11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłaceniem podatków lub zaświadczenia, 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, w terminie do dnia 12.11.2013r do godz. 12:00.

Na powyższe wezwanie Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe przesłała następujące dokumenty:

1. potwierdzenie transakcji z Banku ING Bank Śląski z dnia 5.9.2013r na rzecz PZU S.A. w kwocie 6.983,00 zł tytułem : „*Polisa nr TPP 26415273*”;
2. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach Naczelnika Drugiego Urzędu skarbowego w Gliwicach ze stanem na dzień 16.10.2013r;
3. informację z Krajowego Rejestru Karnego, iż jako osoba fizyczna Marta M. nie figuruje w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego ze stanem na dzień 7.6.2013r.

Biorąc pod uwagę, iż Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe w złożonej ofercie przedstawiła kopię polisy PZU S.A. TPP Nr 24985630 [str. 13-14 oferty tego wykonawcy], która winna zostać opłacona do dnia 25.9.2013r w kwocie 7.127,00 zł, oraz uwzględniając przedstawione przez Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe potwierdzenie transakcji z Banku ING Bank Śląski z dnia 5.9.2013r na rzecz PZU S.A. w kwocie 6.983,00 zł tytułem : „*Polisa nr TPP 26415273*”, przedstawione potwierdzenie transakcji nie stanowi uzupełnienia dokumentu o jaki zwracał się Zamawiający, gdyż nie dowodzi w żaden sposób opłacenia polisy PZU S.A. TPP Nr 24985630. Powyższy dokument „potwierdzenie transakcji” poza rozbieżnością w numerze polisy, której opłata dotyczy wykazuje także rozbieżność w wysokości kwoty przelewu, która nie odpowiada żadnej kwocie wskazanej na przedłożonej polisie, a także w zakresie numeru rachunku bankowego Ubezpieczyciela na który winna nastąpić wpłata składki. Z powyższego w sposób oczywisty wynika, iż Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe nie przedstawiła wymaganego przez Zamawiającego dokumentu w postaci opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a tym samym, iż Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe nie spełniła warunku udziału w niniejszym postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust 1 pkt 4 ustawy tj. znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

[2] w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców DYNO ON THE WAY Tadeusz M. i Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

Oferty wykonawców Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe oraz DYNO ON THE WAY Tadeusz M. winny zostać odrzucone przez Zamawiającego zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy, jako że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku, tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r. [Dz.U. Nr 153, poz. 1503], czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zdaniem odwołującego, uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ZNKu „Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5-17] lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2009-06-09, II CSK 44/09, w którym Sąd Najwyższy wskazał, iż : *Artykuł 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.] może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.* Zgodnie dyspozycją art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, aby przyjąć popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- 1/ związku działania podlegającego ocenie z działalnością gospodarczą,
- 2/ sprzeczności czynu z prawem lub dobrymi obyczajami, oraz
- 3/ zagrożenia lub naruszenia tym działaniem interesu innego przedsiębiorcy lub klienta [Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach - V Wydział Cywilny z 2007-06-06, V ACa 253/07, opubl: www.orzeczenia.ms.gov.pl].

Odwołujący wskazał na spełnienie łącznie wszystkich w/w przesłanek przez działanie wykonawców Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe i DYNO ON THE WAY

Tadeusz M.:

Ad. 1/ związek działania podlegającego ocenie z działalnością gospodarczą: wykonawcy Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe i DYNO ON THE WAY Tadeusz M. oraz Odwołujący są przedsiębiorcami.

Ad. 2/ sprzeczność czynu z prawem lub dobrymi obyczajami: w orzecznictwie przyjmuje się, że dobre obyczaje wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy, a ich treści nie da się wiążąco w sposób wyczerpujący określić ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno wartościami moralnymi jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tym praktykami życia gospodarczego, które ulegają zmianom w ślad za zmieniającymi się ideologiami politycznymi i społeczno - gospodarczymi oraz przewartościowaniami moralnymi. W stosunkach gospodarczych, które przecież dopuszczają konkurencyjność działań, kryterium szkody nie może być podstawą ocen w kategorii dobra i zła, skoro istotą działalności gospodarczej jest zabieganie o korzyści ekonomiczne zgodnie z zasadą konkurencyjności. Dobre obyczaje narusza natomiast sposób realizacji mechanizmu rywalizacji między konkurentami. Sposób ten winien być weryfikowany każdorazowo w okolicznościach konkretnego miejsca i czasu po uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych, zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych. Wina naruszydciela nie jest elementem niezbędnym do stwierdzenia, że dopuścił się on czynu nieuczciwej konkurencji choć jej wykazanie stanowi argument na rzecz przyjęcia, że doszło do naruszenia dobrego obyczaju [tak SN w wyroku z dnia 2 stycznia 2007 r., sygn. akt V CSK 311/06, nie publ.]. Marta M. oraz Tadeusz M. są małżeństwem, a tak bliskie więzi rodzinne pomiędzy wykonawcami same już mogą wzbudzać słuszne podejrzenia co do niezależności takich przedsiębiorców i dojścia pomiędzy nimi do niedozwolonego porozumienia w zakresie składanych przez nich ofert. Oczywistym celem takiego działania jest zabezpieczenie szans jednego z dwójki zmawiających się wykonawców na wygranie przetargu wobec swoich konkurentów. Zabezpieczenie to w niniejszej sprawie polegało bowiem na nieuprawnionym, naruszającym zasadę uczciwej konkurencji, uzgadnianiu ofert przez przedsiębiorców Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe a także DYNO ON THE WAY Tadeusz M.. Powyższa konstatacja wynika z porównania złożonych przez w/w wykonawców ofert. Oferty te w swej treści i zawartości wykazują de facto 100 % zbieżność, a to w szczególności poprzez :

- taki sam układ ofert [ułożenie, wykaz załączników].
- identyczny załącznik „Opis oferowanego towaru [dostawy]" - załącznik nr 9 do SIWZ [nawet strony oferty na których przedstawiony został przedmiotowy załącznik są

tożsame, ponadto załącznik ten zawiera w obu ofertach ten sam błąd pisarski - w pierwszym zdaniu gdzie winno być „na jedną oś” a jest „na jedna oś”],

- w obu ofertach poświadczenie „za zgodność z oryginałem” zostało naniesione pismem odręcznym o takim samym charakterze pisma,
- oferty zawierały identyczne braki [brak w ogóle dowodu opłacenia przedstawionych polis oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego].

Prawdopodobieństwo by powyższe okoliczności były następstwem przypadku jest praktycznie zerowe.

Obie oferty zostały przygotowane przez jedną osobę, która opracowując drugą z kolei ofertę [Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe - oferta z dnia 10.10.2013 r.] korzystała z wzoru, którym była pierwsza oferta [DYNO ON THE WAY Tadeusz M. - oferta z dnia 4.10.2013r.]. Tym samym, nie sposób też nie przyjąć, iż pomiędzy tymi wykonawcami nie doszło do niedozwolonego uzgadniania warunków składanych ofert, dając im tym samym nieuczciwą przewagę nad konkurentami [w tym w szczególności Odwołującym]. Takie działanie musi być uznane w okolicznościach niniejszej sprawy za naruszenie norm moralnych i etycznych skutkujące przyjęciem, że doszło do naruszenia dobrego obyczaju. Ponadto powyższy zarzut, iż złożenie w niniejszym postępowaniu odrębnych ofert przez osoby pozostające w związku małżeńskim, które prowadzą odrębne działalności gospodarcze stanowiło dopuszczenie się przez nich czynu nieuczciwej konkurencji dodatkowo uzasadnia ustalenie przez Odwołującego się, iż w/w wykonawcy/przedsiębiorcy działają w ramach tzw. „jednego organizmu gospodarczego. W świetle europejskiego orzecznictwa, kluczowe dla określenia, czy z pozoru niezależni przedsiębiorcy stanowią „jeden organizm gospodarczy” jest zbadanie okoliczności behawioralnych tzn. czy przedsiębiorcy zachowują się na rynku jak jeden podmiot [Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 15.09.2009r. w sprawie T-325/01 Daimler Chrysler AG v. Komisji, <http://eur-lex.europa.eu>]. Co prawda Komisji Europejskiej nie zdarzyło się do tej pory zastosować tej koncepcji do przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, jednak Europejski Trybunał Sprawiedliwości wprost wskazał, iż koncepcja ta dotyczy tak osób prawnych jak i fizycznych. W polskiej doktrynie przyjmuje się też, że koncepcja „jednego organizmu gospodarczego” ma zastosowanie właśnie do porozumień pomiędzy przystępującymi do przetargu wykonawcami [P. Semeniuk, „Polskie zmony przetargowe”, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 1(2), www.ikar.wz.uw.edu.pl]. W niniejszej sprawie w/w wykonawcy ewidentnie zachowują się jak „jeden organizm gospodarczy”. Na dowód słuszności powyższego twierdzenia, Odwołujący się wskazuje na następujące okoliczności:

- oboje małżonkowie prowadzą działalność gospodarczą w bardzo zbliżonym zakresie [zbieżność większości kodów PKD w zaświadczeniach CEIDG obojga przedsiębiorców],
- oboje małżonkowie prowadzą działalność gospodarczą w oparciu o ten sam zakład znajdujący się pod adresem : Ul. Parkowa 5,44 -187 Wielowieś,
- oboje małżonkowie wspomagają się oficjalnie w prowadzonych nawzajem działalnościach gospodarczych [Pani Marta M. jest ujawniona w zaświadczeniu CEIDG DYNO ON THE WAY by Tadeusz M. jako oficjalny pełnomocnik przedsiębiorcy; natomiast w opublikowanym w internecie ogłoszeniu o pracę przez Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe wskazano, na kontakt osobisty z pracodawcą, gdzie jako osoba do kontaktu podany został Pan Tadeusz M.].

Bliskie relacje rodzinne pomiędzy przedsiębiorcami dodatkowo obrazują dlaczego w rzeczywistości mamy do czynienia nie z wieloma [dwoma] ale „jednym organizmem gospodarczym”, gdzie żona [bądź mąż] jest gotowa ponieść straty na rzecz drugiego przedsiębiorcy [męża lub żony] w celu zwiększenia jego szans na wygraną w przetargu. W realiach niniejszej sprawy to żona [Marta M.] wykazała gotowość poniesienia straty [w postaci nieuzyskania zamówienia] na rzecz drugiego przedsiębiorcy męża [Tadeusza M.] w celu zwiększenia jego szans na wygraną w przetargu poprzez spowodowanie złudzenia, iż przedsiębiorcy konkurują ze sobą co do uzyskania zamówienia i zamawiający będzie miał możliwość wybrania dla siebie najkorzystniejszej oferty, w sytuacji w której *de facto* Zamawiający jest wprowadzany w błąd i nieświadomie „zmuszony” do wyboru oferty z góry wytypowanej, pomiędzy zmagającymi się wykonawcami, do wyboru przez niego.

Powyższe dodatkowo uzasadnia fakt, iż oferta Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe została złożona 6 dni później niż oferta DYNO ON THE WAY by Tadeusz M.. W ciągu tych 6 dni zapewne małżonkowie M. ustalili, iż złożenie dodatkowej oferty przez żonę zabezpieczy i zwiększy szanse męża na uzyskanie zamówienia. Motywem takiego działania mogła być oczywista obawa, że oferta męża mogłaby z jakichkolwiek względów być odrzucona i w takiej sytuacji małżonkowie działając jako „jeden organizm gospodarczy” nadal mieliby zabezpieczoną szansę uzyskania zamówienia gdyż nadal pozostaje oferta żony. Reasumując stwierdzić należy, iż pomiędzy wykonawcami Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe oraz DYNO ON THE WAY Tadeusz M. doszło do niedozwolonego porozumienia w przedmiocie składanych ofert. Wbrew pozorom taki stan rzeczy potwierdza również różnica w zaproponowanej przez każdego z małżonków cenie oferty. Mając na

uwadze powyższe ustalenia, iż oferty tych wykonawców są co do zasady identyczne, zwłaszcza biorąc pod uwagę identyczny opis oferowanego towaru [załącznik nr 9 do SIWZ] to fakt, że różnica w cenie wynosi dokładnie 40.000,00 zł netto dodatkowo wskazuje na dokonywanie nieuprawnionych uzgodnień w zakresie warunków składanych w przetargu ofert, mając na uwadze fakt, iż nie mogłyby się ostać dwie oferty z identycznymi cenami. Dlatego też, zdaniem Odwołującego się, biorąc pod uwagę całokształt wskazanych powyżej okoliczności stwierdzić należy, że w/w wykonawcy działali w porozumieniu i w sposób niedozwolony zamierzali wpłynąć na wynik postępowania w zakresie zadania nr 1. Dowody w tym zakresie stanowią niemalże dowód bezpośredni popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, chociaż opierając się na stanowisku Sadu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006r., sygn. akt : III SK 6/06, że: *przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe*" można przyjąć, że taki dowód nie jest niezbędny, jeśli z okoliczności sprawy wynika, że gdyby nie współdziałanie wykonawców to realnie rzecz biorąc nie byłoby możliwe złożenie tak podobnych ofert. Powyższe stanowisko potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2013r, sygn. akt: KIO 2865/12. Porozumienie pomiędzy wymienionymi wykonawcami pozwalało na ustalenie wspólnych reguł złożenia oferty, co sprowadza się do wypaczenia reguł konkurencji i wyczerpuje czyn kwalifikowany jako zmowa wykonawców. Przetarg o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, a każda pozorność w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji. Pomimo, iż Prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitało czy osobowo, jednakowoż zabronione jest uzgadnianie składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu i tym samym stwarzanie jedynie pozorów działania konkurencyjnego. Działania w/w wykonawców muszą być uznane w okolicznościach niniejszej sprawy za naruszenie norm moralnych i etycznych skutkujące przyjęciem, że doszło do naruszenia dobrego obyczaju.

Ad. 3/ zagrożenie lub naruszenie tym działaniem interesu innego przedsiębiorcy lub klienta :

Wszelkie ustalenia wskazują w sposób bezpośredni i oczywisty, iż takie działania naruszają, a z pewnością zawsze zagrażają, interesowi innego przedsiębiorcy [w niniejszej sprawie Odwołującego]. Interesem innego przedsiębiorcy jest zamiar uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, a działania kilku przedsiębiorców skutkujące wypaczeniem zasad konkurencyjności w danym postępowaniu oczywiście zagraża tak rozumianemu interesowi

innych przedsiębiorców/wykonawców ubiegających się o to samo zamówienie. W realiach niniejszej sprawy działania w/w wykonawców nie tylko zagroziły, ale naruszyły tak rozumiany interes Odwołującego poprzez dokonanie przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym uniemożliwiło uzyskanie zamówienia przez Odwołującego się. Konstatując powyższe w zakresie ustalenia spełnienia przez działanie w/w wykonawców przesłanek pozwalających stwierdzić, że doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, należy stwierdzić, iż tak określone działanie w/w wykonawców wyczerpuje wszystkie przesłanki stanowiące o tym, iż w niniejszej sprawie doszło do dopuszczenia się przez tych wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji.

W kontekście zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy, który ustanawia generalną zasadę postępowań o zamówienie publiczne jaką jest zasada uczciwej konkurencji, zasada uczciwej konkurencji oznacza między innymi, że zamawiający jest obowiązany eliminować z postępowania wykonawców dopuszczających się względem siebie czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucanie złożonych przez nich ofert. Tak też wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2865/12 stwierdzając: *„jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego na etapie badania i oceny ofert jest podjęcie działań zmierzających do ustalenia czy złożenie oferty/ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Jeśli dokona ustalenia potwierdzającego ten fakt to taką ofertę powinien bezwzględnie odrzucić.”*

W przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający nawet nie podjął działań mających na celu wyjaśnienie czy złożenie ofert przez w/w wykonawców nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Powyższe wynika z faktu, iż pismem z dnia 11 grudnia 2013r. Odwołujący się zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie jawnego protokołu wraz z wszelkimi załącznikami w zakresie zadania nr 1 przedmiotu zamówienia, w szczególności ofertami złożonymi przez wykonawców: DYNON THE WAY by Tadeusz M. i Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe oraz wszelką korespondencją pomiędzy Zamawiającym a w/w wykonawcami. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający przesłał Odwołującemu się kopie protokołu postępowania wraz z ofertami złożonymi przez w/w wykonawców, natomiast jedyną korespondencją pomiędzy Zamawiającym a w/w wykonawcami stanowiły pisma zamawiającego wzywające w/w wykonawców do uzupełnienia dokumentów z dnia 4 listopada 2013 r. i dokumenty złożone przez tych wykonawców w odpowiedzi na rzeczowe wezwania Zamawiającego.

[3] w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 1 i ust. 3

ustawy poprzez zaniechanie wyjaśnienia czy oferta wykonawcy DYNO ON THE WAY Tadeusz M. oraz Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe zawiera rażąco niską cenę, a także poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę:

Zgodnie z informacją zawartą w protokole postępowania [druk ZP-PN] kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia w zakresie zadania nr 1 wynosi 490 000,00 zł brutto. Jak wynika z protokołu postępowania, cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie DYNO ON THE WAY by Tadeusz M. wynosi 295.200,00 zł brutto, a cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe wynosi 344.400,00 zł brutto. Powyższe ceny zaproponowane w ofertach w/w wykonawców w sposób znaczący odbiegają zarówno od wartości jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jak i od cen zaproponowanych w pozostałych ofertach tj. ofercie Odwołującego, który zaproponował cenę, która wynosi 515.247,00 zł brutto. Z tego powodu, Zamawiający zobowiązany był, w ocenie Odwołującego, wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 ustawy - czy złożone oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie zaniechał badania ceny w tych ofertach, ponieważ zmuszony byłby je uznać za podlegające odrzuceniu. Potrzebę badania ceny zaproponowanej w ofertach w/w wykonawców uzasadniał dodatkowo fakt, iż wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu w zadaniu 1 oferowały Zamawiającemu sprzęt firmy MAHA, której to firmy Odwołujący jest jedynym oficjalnym przedstawicielem w Polsce. Od grudnia 2007r. firma MAHA reprezentowana jest w Polsce przez spółkę córkę [Odwołujący], która w 100% należy do MAHA BETEILIGUNGS-GESSELLSCHAFT MBH. Z powyższego wynika oczywista konstatacja, iż jeżeli Odwołujący się będący jedynym oficjalnym przedstawicielem w Polsce firmy MAHA, mając naturalną możliwość zastosowania większych rabatów, nie musząc doliczać marży pośrednika, dysponując dużym zapleczem wykwalifikowanej kadry będącej w każdym czasie dostępnej oraz mającym bezpośredni dostęp do oryginalnych części mogąc w ten sposób zagwarantować 12 miesięczną gwarancję i 5 letni serwis pogwarancyjny bez najmniejszego ryzyka, zaproponował cenę o ok. 200.000,00 zł droższą od cen zaoferowanych przez w/w wykonawców niebędących oficjalnymi przedstawicielami firmy MAHA to Zamawiający w naturalny sposób winien powziąć wątpliwość czy ceny zaoferowane przez w/w wykonawców nie są cenami rażąco niskimi i wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające czego jednakowoż Zamawiający nie uczynił. Na koszt hamowni według wymagań Zamawiającego [hamownia będzie zamontowana w komorze klimatycznej]

ma wpływ zwłaszcza okoliczność, iż takie urządzenie nie było jeszcze dla nikogo wcześniej produkowane. Konieczne jest bowiem użycie innych materiałów niż zwykle przy standardowej hamowni, gdyż z jednej strony poddawana ona będzie temperaturze powyżej 200 st. a z drugiej strony poniżej 20 st.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca DYNON THE WAY by Tadeusz M. w Wielowski, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się zarzuty, wskazujące na zaniechanie zastosowania przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 a także art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również określonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady prowadzenia postępowania w sposób czyniący zadość uczciwej konkurencji i równemu traktowaniu wykonawców.

Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

[1] W odniesieniu do zarzutów wskazujących na obowiązek wykluczenia wykonawcy Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe, z powodu niewykazania opłacenia polisy:

Jak wykazało postępowanie odwoławcze, powyższy zarzut postawiony został w oparciu o niepełną treść oferty wykonawcy oraz jej uzupełnień. Finalnie Odwołujący cofnął ten zarzut, co czyniło zbędnym jego rozstrzygnięcie.

[2] W zakresie zarzutów wskazujących na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji:

Wyniki rozprawy, w świetle postawionych w odwołaniu zarzutów, nie doprowadziły do uznania, że w sprawie mamy do czynienia z podstawą do odrzucenia ofert wykonawców DYNON THE WAY by Tadeusz M. oraz BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M., jako stanowiących przejaw czynu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślenia wymaga, że jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego na etapie badania i oceny ofert jest podjęcie działań zmierzających do ustalenia, czy złożenie oferty/ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Jeśli Zamawiający dokona ustalenia

potwierdzającego ten fakt, to taką ofertę obowiązany jest odrzucić.

Tym samym, na zamawiającym ciąży każdorazowo obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów [Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.]. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym, za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, dotyczy działania, które zwykle nie jest eksponowane i nie znajduje wyraźnego i formalnego wyrazu a następnie zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [„Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5-17] lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący przypisuje wykonawcom DYNON THE WAY by Tadeusz M. a także BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M. popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na złożeniu ofert przez wykonawców, będących prywatnie małżonkami, co zdaje się także nawiązywać do zмовы przetargowej. Odwołujący wykazywał również w sposób ogólny, że złożenie ofert przez wykonawców, będących małżonkami stanowi wyraz naruszenia dobrych obyczajów kupieckich.

Podkreślić jednak należy na wstępie, że ani ustawa Prawo zamówień publicznych ani inne przepisy nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, w tym będących małżonkami, jednak zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu, w celu w celu poprawienia własnej sytuacji konkurencyjnej lub pogorszenia pozycji innych uczestników rynku. Istotny jest bowiem cel takich praktyk. Każdorazowo, w razie złożenia ofert przez wykonawców powiązanych, należy w takim wypadku badać zachowania uczestników z wyjątkową ostrożnością, w szczególności poddać analizie, czy nie mamy do czynienia z niedozwolonym

porozumieniem, które może być kwalifikowane na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako czyn nieuczciwej konkurencji. Nie bez powodu bowiem, wykonawcy – małżonkowie, prywatnie stanowiąc jeden organizm, dublują w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności zachowanie, sprowadzające się do uzyskania konkretnego kontraktu. Należy przy tym już na wstępie przyjąć tezę, że wykonawca – przedsiębiorca działa racjonalnie w znaczeniu gospodarczym, zaś jego działania nie mają charakteru przypadkowych i nieprzemyślanych, zaś celem tych działań jest maksymalizacja zysku. Tym, samym, zasadą będzie, że jeśli racjonalnie funkcjonujący przedsiębiorcy, na gruncie prywatnym będący małżonkami, każdy z osobna ubiegają się o zamówienie publiczne, co sprowadza się do podjęcia działania konkurencyjnego między sobą, to działanie powyższe trzeba rozpatrywać w pierwszym rzędzie przez pryzmat zmierzania do osiągnięcia wspólnego tym podmiotom celu. Tym samym, należy poddawać analizie wszelkie okoliczności sprawy, wskazujące na motywacje obu wykonawców, w tym, czy ich celem nie są nieuczciwe praktyki. Niejednokrotnie, cel ten zwykle będzie znajdował wyraz następczo, w ukształtowaniu stanu, który bez takich praktyk nie miałby szansy zaistnieć.

Dostrzeżenia następnie wymaga, że ogólny zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny.

Na gruncie analizowanej sprawy uznano, że niepodobieństwem jest, by wykonawcy DYNO ON THE WAY by Tadeusz M. oraz BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M., a prywatnie małżonkowie zamieszkujący pod jednym adresem i utrzymujący funkcjonujące małżeństwo w ramach wspólności majątkowej, nie podzielili się wzajemnie zamiarem złożenia ofert w jednym postępowaniu. Oczywistym jest bowiem, że tym elementem, który konstituuje związek małżeński jest nie tylko fakt zamieszkiwania pod jednym adresem, prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego, czy wspólnego spędzania czasu wolnego ale także dzielenie się przez małżonków sprawami istotnymi z ich życia zawodowego. Nie sposób zatem dać wiary, by małżonkowie, którzy na co dzień dzielą swoje życie prywatne w jednym mieszkaniu, a zarazem prowadzą działalność gospodarczą pod jednym adresem [nawet jeśli jest ona ulokowana w odrębnych biurach], a która to działalność ma analogiczny zakres i bazuje, przynajmniej częściowo na tych samych elementach infrastruktury czy pomieszczeń, którzy posługują się wspólnie jednym pracownikiem

administracyjnym, do momentu otwarcia ofert, nie wiedzieli o złożeniu ofert w jednym postępowaniu. Jak zeznał Przystępujący przesłuchany w charakterze strony, budynek zajmowany przez obu wykonawców ma powierzchnię ok. 1200 m². Zajmują go obaj wykonawcy a także dodatkowo lokal biurowy wynajmuje jeszcze jedna firma. Obu wykonawców obsługuje jeden wspólny pracownik biurowy, który – jak zeznał Przystępujący – przygotowywał w aspekcie formalnym i kompletował jego ofertę. Powyższe może tłumaczyć zbieżności w ofertach obu wykonawców – dostrzeżoną przez Odwołującego „literówkę” a także zbieżny charakter pisma w obu ofertach w opisie „za zgodność z oryginałem”. Powyższe zatem, w zestawieniu z pozostałymi okolicznościami tej sprawy wskazuje, że niepodobieństwem jest, by w relatywnie niewielkiej powierzchni obiektu, w którym obaj wykonawcy prowadzą swoją działalność [przy czym znacząca część tej powierzchni to pomieszczenia magazynowe, serwisowe, „techniczne”], w ramach wzajemnej, wynikającej z ze wzajemnej współpracy komunikacji między przedsiębiorcami a zarazem zamieszkującymi ze sobą małżonkami, informacja o zamiarze złożenia oferty nie została między nimi wymieniona. Nawet gdyby tak miało być, to z pewnością wspólny pracownik biurowy, któremu polecono skompletowanie dokumentów oferty oraz jej formalne przygotowanie podzieliłby się ze swoim pracodawcą informacją, że takie zadanie wykonał kilka dni wcześniej dla drugiego pracodawcy [Przystępujący nadał swoją ofertę w dniu 4 października 2013 r., zaś BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M. w dacie 10 października 2013 r.]. Wnioskowi, że obaj wykonawcy nie tylko nie współpracowali ale nawet nie wiedzieli o złożeniu konkurencyjnych ofert w jednym postępowaniu przeczą zasady logiki i doświadczenia życiowego. Wniosek ten potwierdza nadto, pewna zbieżność w kształcie ofert obu wykonawców [identyczne karty przewodnie, zbliżony układ dokumentów, czy wreszcie, dostrzeżona przez Odwołującego analogiczna pisownia „na jedna oś” w treści obu ofert]. Tym samym, fakt że obaj wykonawcy – prywatnie małżonkowie wiedzieli o składanych przez siebie w jednym postępowaniu ofertach, należy uznać za niewątpliwą. Nie dano w powyższej mierze wiary oświadczeniom Przystępującego, który twierdził, że o fakcie złożenia oferty przez żonę dowiedział się dopiero podczas sesji otwarcia ofert.

Stąd bez znaczenia pozostaje przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez Odwołującego z porównania pisma na potwierdzeniu „za zgodność z oryginałem” w obu ofertach, czy też opinii biegłego grafologa.

Niezależnie od powyższego, nie oznacza to jeszcze, że złożenie ofert przez małżonków w jednym postępowaniu, a nawet uzgodnienie treści tych ofert samo z siebie

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Żaden z przepisów nie wyłącza bowiem swobodnego i nieskrępowanego prowadzenia działalności i składania ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne przez małżonków. Zasada swobody prowadzenia działalności ma swe źródło już w Konstytucji [art. 22], a jej ograniczenia mogą wynikać jedynie z ustawy i tylko z uwagi na ważny interes publiczny. Zgodnie zaś z art. 6 ust. 1 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej [Dz.U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807 ze zm.], podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje w określonych sytuacjach wykluczenie z postępowania wykonawcy ze względów podmiotowych, takich jak udział w przygotowywaniu postępowania a i to pod warunkiem, że ich udział utrudni uczciwą konkurencji [art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy].

Następnie, ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przewiduje czyny, które są kwalifikowane ze względu na cel lub rezultat. Istotne jest zatem nie samo jedynie porozumienie między wykonawcami, wzajemna wiedza o złożeniu oferty a nawet jej treści, ale cel, jakemu te działania służą, rezultat, jaki przedsiębiorcy zamierzają uzyskać.

W analizowanej sprawie, dla przypisania wykonawcom DYNON ON THE WAY by Tadeusz M. oraz BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M. czynu nieuczciwej konkurencji [Odwołujący przypisuje ogólny czyn, kwalifikowany treścią art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji], konieczne byłoby wykazanie celu tego rodzaju działania, zmierzającego do uzyskania stanu przewagi konkurencyjnej czy wyeliminowania innych wykonawców z rynku. Rezultaty postępowania odwoławczego nie prowadzą do wniosku, by działaniom wykonawców DYNON ON THE WAY by Tadeusz M. oraz BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M. przyświecał tego rodzaju cel. Za takim wnioskiem przemawiają następujące okoliczności:

[1] obaj wykonawcy posiadali braki w dokumentach składających się na oferty i obaj je w sposób poprawny uzupełnili. Brak jest zatem przesłanek wskazujących, że celem złożenia ofert przez obu wykonawców była dywersyfikacja ich działań i doprowadzenie do sytuacji, w której wybrana zostanie ta z wyższą ceną. Ostatecznie bowiem oferta Przystępującego DYNON ON THE WAY by Tadeusz M., to jest zawierająca najniższą cenę została wybrana, a wykonawca ten nie uchylił się od obowiązku uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego

dokumentów, narażając choćby na przypadek relatywnie niewysokie wadium [5 000 zł], po to, by została wybrana oferta jego żony z wyższą ceną.

[2] z ofert obu wykonawców, ten który złożył ofertę z niższą ceną, na obecnym etapie nie uchyla się od zawarcia umowy z Zamawiającym. Przystępujący, który stawiał się na rozprawę osobiście, został przesłuchany na powyższą okoliczność w charakterze strony [art. 190 ust. 3 ustawy]. Przystępujący oświadczył, że *podtrzymuje zamiar wynikający ze złożonej oferty zawarcia umowy na wynikających z tej oferty warunkach*; na pytanie czy dostrzega jakiegokolwiek przeszkody po swojej stronie które by uniemożliwiały zawarcie umowy z Zamawiającym, Przystępujący oświadczył, że nie widzi takich przeszkód jak również, że nie widzi jakiegokolwiek problemów we wniesieniu zabezpieczenia wykonania umowy określonego na poziomie 5 % i że *wyraża gotowość na wpłacenia nawet w gotówce kwoty 10 200 zł, nawet w ciągu 2 dni i nie ma żadnych przeszkód we wniesieniu należytego zabezpieczenia wykonania umowy*.

Przyjmując zatem, że o ile niezrozumiałym może być cel obu wykonawców, polegający na złożeniu konkurencyjnych ofert [choć trzeba mieć na względzie także i to, że sfera motywacyjna działania wykonawców pozostaje w znacznej mierze poza zakresem możliwości pełnego zbadania], to na obecnym etapie, brak jest podstaw by przypisywać temu działaniu cel niedopuszczalny czy naruszający dobre obyczaje kupieckie albo zmierzający do nieakceptowalnego ukształtowania sytuacji jednego lub obu wykonawców, kosztem innych uczestników rynku.

Odwołujący wykazywał, że w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z niedozwolonym uzgadnianiem warunków składanych ofert, dającym wykonawcom DYNO ON THE WAY by Tadeusz M. oraz BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M. nieuczciwą przewagę konkurencyjną nad konkurentami. Nie zostało jednak wyjaśnione, na czym ta przewaga konkurencyjna miałaby polegać. Nie jest tak, że ta przewaga polega na samym tylko złożeniu ofert przez dwóch wykonawców, będących małżonkami, skoro każdy z wykonawców mógł złożyć ofertę z ceną swobodnie ustaloną według swojego uznania i nie było do tego niezbędne jakiegokolwiek porozumienie. Wbrew tezie Odwołującego, także okoliczność złożenia najpierw oferty przez wykonawcę DYNO ON THE WAY by Tadeusz M. [oferta nadana na pocście w dniu 4 października 2013 r., która wpłynęła do Zamawiającego w dacie 8 października 2013 r.] a następnie po sześciu dniach przez BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M. [oferta nadana 10 października 2013 r., która wpłynęła do Zamawiającego w dniu 11 października 2013 r.]

nie wskazuje na realizację zamierzenia, mającego na celu uzyskania przewagi konkurencyjnej, ani na próbę uchronienia się od sytuacji odrzucenia z jakichś względów oferty wcześniej złożonej przez DYNO ON THE WAY by Tadeusz M., by pozostała choćby druga oferta, to jest ta złożona przez BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M.. Jeśli bowiem taki miałby być zamiar obu wykonawców, to wykonawcy licząc się z odrzuceniem oferty mają przecież wachlarz instrumentów służących do wyeliminowania tego zagrożenia, mogąc w szczególności dołożyć starań o poprawne przygotowanie oferty, a nie składać identyczną w aspekcie formalnym ofertę, oferując zarazem identyczny przedmiot. Gdyby zaś celem miało być poprawienie swojej pozycji konkurencyjnej, po złożeniu pierwszej z ofert przez DYNO ON THE WAY by Tadeusz M. i namyśle po sześciu dniach co do możliwości zaoferowania niższej ceny przez drugiego z małżonków, to jest BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M., to przecież wykonawca mógł zwyczajnie, do upływu terminu składania ofert [31 październik 2013 r., godz. 12.00] swobodnie wycofać ofertę i złożyć nową lub dokonać jej zmiany, na co pozwala art. 84 ust. 1 ustawy. Ponadto, oferta późniejsza, to jest złożona przez drugiego wykonawcę BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M., ma wyższą cenę niż oferta współmałżonka.

Stąd nie sposób, w świetle okoliczności ustalonych w sprawie, przypisać obu wykonawcom takiego działania, czy porozumienia, którego cel mógłby być rozpatrywany przez pryzmat naruszenia zasad uczciwego konkurencyjnego konkurencyjnego czy dobrych obyczajów kupieckich.

Jeśli taki zamiar ujawni się w przyszłości, przykładowo Przystępujący odmówi podpisania umowy, Zamawiający jest przecież uprawniony w takim wypadku do weryfikowania własnych czynności [vide: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2013 r. w spr. KIO 1533/13, z dnia 23 września 2010r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, 22 lutego 2011 r. w spr. KIO 290/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11], szczególnie wobec tak zmienionych okoliczności faktycznych, a w konsekwencji – do następczego ustalenia działania obu wykonawców w celu wyboru droższej z ofert wykonawców, co może wtedy stanowić o czynie nieuczciwej konkurencji. Na obecnym etapie brak jest jednak podstaw, do przypisania obu wykonawcom takiego czynu.

Powyższe czyniło zarzuty podniesione w tej mierze w odwołaniu, nie zasługujące na akceptację.

[3] W zakresie zarzutów, wskazujących na obowiązek wezwania DYNON THE WAY by Tadeusz M. oraz BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny:

Nie podzielono zarzutów odwołania, zgodnie z którymi wobec ofert złożonych przez wykonawców DYNON THE WAY by Tadeusz M. oraz BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M. zaistniały przesłanki uzasadniające wszczęcie procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, o której mowa w art. 90 ustawy.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie [tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05]. Nie można także - przeczyłoby to bowiem zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu [tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/88 - „Fratelli Constanzo”, wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/890]. Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia [na gruncie przedmiotowej sprawy, istotnie, różnica między wszystkimi cenami zaoferowanymi w postępowaniu a wartością zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego jest dostrzegalna]. Wielokrotnie orzecznictwo KIO jak i sądowe wskazywało, że: *„ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”*. [Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008r., sygn. akt: X Ga 140/08]. *Jak zaś skonstatował Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.”*. Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest

wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej. Nie wolno bowiem zapominać, że: „zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” [wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08].

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt analizowanej sprawy, stwierdzić należy, że brak jest podstaw do przyjęcia, by cena zaoferowana za wykonanie zamówienia przez wykonawców DYNO ON THE WAY by Tadeusz M. oraz BBG Alternatywne Systemy Paliwowe Marta M. uzasadniała powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości, skutkujących koniecznością przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy.

Podstawą takich wątpliwości może być, w konkretnym wypadku, porównanie cen do wartości szacunkowej zamówienia – jeśli ta oszacowana została na rzeczowych podstawach i ma charakter realny.

W analizowanej sprawie, Zamawiający oszacował wartość zamówienia dla zadania 1 – *Hamownia podwoziowa* na kwotę 303 429,57 zł. Szacowanie wartości zamówienia ustalone zostało na podstawie rozeznania rynku przez pracowników dydaktycznych uczelni. Zamawiający zwracał się w ramach rozeznania rynku do DYNO ON THE WAY by Tadeusz M. o ustalenie wartości ewentualnej dostawy, którą ten wykonawca określił na kwotę 299 876,52 zł brutto [vide: notatka służbowa Zamawiającego z 16 lipca 2013 r.] a także do Odwołującego, który podał cenę ewentualnej dostawy w wysokości 306 982,62 zł brutto [vide: notatka służbowa Zamawiającego z 14 lipca 2013 r.].

Podstawą do powzięcia wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny może być także porównanie ceny danej oferty do cen oferowanych na rynku za wykonanie analogicznego przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu, w zakresie zadania 1, oferty złożyło trzech wykonawców, z następującymi cenami za realizację przedmiotu zamówienia:

- | | |
|--|----------------|
| 1] DYNO ON THE WAY Tadeusz M. w Wielowski, z ceną | 295 200,00 zł; |
| 2] Marta M. BBG Alternatywne Systemy Paliwowe w Wielowski,
z ceną | 344 400,00 zł; |

Argumentacja prezentowana przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Różnice między cenami w ofertach poszczególnych trzech wykonawców nie są na tyle znaczące, by Zamawiający zobligowany był wszcząć procedurę wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Podkreślenia bowiem wymaga, że cena wybranej oferty o ile odbiega od wartości szacunkowej nieznacznie, to i sama wartość szacunkowa zamówienia stanowi wyraz uśrednienia przez Zamawiającego dwóch propozycji cenowych uzyskanych w ramach rozeznania rynku: suma tych dwóch cen [DYNO ON THE WAY by Tadeusz M.: 299 876,52 zł oraz Odwołującego: 306 982,62 zł], podzielona przez dwa, daje dokładnie kwotę odpowiadającą wartości szacunkowej zamówienia. Oznacza to tyle, że sama wartość szacunkowa zamówienia, stanowiąca średnią z tych dwóch propozycji stanowi źródło do wnioskowania, czy cena jest poprawnie skalkulowana czy też nie, o tyle tylko, że obie z propozycji cenowych podanych na etapie rozeznania rynku należy uznać za realnie oszacowane. Cena oferty DYNO ON THE WAY by Tadeusz M. odnoszona do cen podanych w ramach rozeznania rynku przez obu wykonawców nie odbiega od nich znacząco. Ponadto, także porównanie do cen zaoferowanych w analizowanym postępowaniu nie prowadzi do wniosku, że mamy do czynienia z ceną, która wywołuje wątpliwości co do poprawności jej kalkulacji. W istocie, jedynie cena Odwołującego znacząco odbiega od pozostałych cen zaoferowanych w postępowaniu a także ceny podanej przez Odwołującego w ramach rozeznania rynku. Także zatem to nie stanowi wystarczającej podstawy do zastosowania regulacji art. 90 ust. 1 ustawy. Nie stanowią również takiej podstawy podnoszone przez strony następczo okoliczności dotyczące wartości hamowni podwoziowej, w tym oparte na złożonej przez Przystępującego umowie dystrybucyjnej. Na obecnym etapie nie jest bowiem poddawana analizie szczegółowa kalkulacja ceny, ale to, czy Zamawiający winien powziąć wątpliwości, czy cena podana w ofercie pozwala na realizację zamówienia - czy odbiega od cen oferowanych na rynku za analogiczny przedmiot zamówienia.

Powyższe skutkowało uznaniem, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *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].

Skład orzekający: