

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 5 stycznia 2015 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 9 grudnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Szpital Morski im. PCK Sp. z o.o.

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 grudnia 2014 r., (znak: UZP/DKD/KND/21/14) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

***świadczenie usługi polegającej na obsłudze prawnej Szpitala Morskiego im. PCK Sp. z o.o. w Gdyni***

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Aneta Młacka
	Anna Packo

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie w zakresie naruszenia z punktu pierwszego zastrzeżeń, tj. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany Prezesem UZP), działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Szpital Morski im. PCK Sp. z o.o. w Gdyni w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usługi polegającej na obsłudze prawnej Szpitala Morskiego im. PCK Sp. z o.o. w Gdyni*, którego szacunkowa wartość została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 132.000,00 zł netto, stanowiącą równowartość 31 243,34 euro.

Pismem z dnia 3 grudnia 2014 r. Prezes UZP doręczył Zamawiającemu informację o wyniku kontroli, oznaczonej sygnaturą UZP/DKD/KND/21/14, w której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców X. Adwokaci Spółka Partnerska i Kancelaria Adwokacka Y.;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Kancelaria Adwokacka Y. do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji w której Zamawiający nie uznał za zasadne w toku postępowania odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy;
3. art. 96 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez prowadzenie protokołu w sposób nierzetelny.

Pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. Zamawiający zgłosił Prezesowi UZP umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach odniósł się do wskazanego w 1 informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, i podniesionej argumentacji uzasadniającej stwierdzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający uznał za warunek konieczny do uznania faktu uczestnictwa w przetargu przez podmioty powiązane ze sobą za czyn nieuczciwej konkurencji, ustalenie wpływu tych powiązań na wynik postępowania. W przedmiotowym postępowaniu, w którym złożonych zostało 15 ofert, sytuacja złożenia oddzielnych ofert przez podmioty powiązane nie miała wpływu na wynik postępowania. Zamawiający uznał za właściwe dokonanie wyboru oferty najtańszej, jako działanie racjonalne ukierunkowane na efektywne wydatkowanie środków, uwzględniając zbyt małe do potrzeb, dofinansowanie szpitali z Narodowego Funduszu Zdrowia.

Zamawiający zarzucił, iż kontrolujący stawiając zarzut czynu nieuczciwej konkurencji nie wskazał na konkretne dowody, które uzasadniałyby istnienie takiego naruszenia w postępowaniu. Zamawiający uznał za niedopuszczalne przyjęcie założenia, iż wykonawcy powiązani ze sobą nie mogą brać udziału w tym samym postępowaniu. W świetle obowiązujących przepisów nie można przyjąć z góry założenia, że wykonawcy, których łączy stosunek powiązania nie mogą brać udziału w tym samym postępowaniu przetargowym, ze

względu na powiązania kapitałowe, powiązania osobowe, prowadzoną politykę handlową, czy też działalność gospodarczą. W obowiązującym stanie prawnym złożenie ofert przez podmioty powiązane nawet działające w ramach jednej grupy kapitałowej, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Swoje stanowisko Zamawiający poparł orzeczeniem ETS, wedle którego „uregulowanie oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu, bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami” (wyrok ETS w sprawach połączonych C 21/03 i C 34/03 Fabricom przeciwko państwu belgijskiemu z dnia 3 marca 2005 r.).

Z uwagi na różne formy powiązań kapitałowych i odmienne cele, jakie mogą obierać spółki nie można arbitralnie założyć, że wykonawcy powiązani ze sobą nie będą dysponowali pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. Ustalenie czy rozpatrywany stosunek zależności miał wpływ na treść ofert przedstawionych przez zainteresowanych wykonawców w ramach tego samego postępowania przetargowego wymaga rozpatrzenia i oceny stanu faktycznego, czego powinien dokonać Zamawiający dokonując szczegółowej analizy złożonych ofert. Dopiero ustalenie i prawidłowa ocena takiego wpływu, niezależnie jaką postać przybierze, uzasadniać będzie odrzucenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. natomiast samo stwierdzenie, że zainteresowani wykonawcy w tym samym postępowaniu przetargowym pozostają względem siebie w stosunku zależności, nie wystarczy do automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy bez dokonania analizy, czy taki stosunek zależności miał wpływ na zachowania wykonawców w ramach jednego postępowania przetargowego (orzeczenie ETS z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C 538/07 Assitur Sri przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura Milano).

Zdaniem Zamawiającego kontrolujący nie wykazał że równoległe działania/zaniechania wykonawców miały swoje bezpośrednie przełożenie na treść złożonych ofert w niniejszym postępowaniu i wpływ na jego wynik oraz iż równoległe zachowania tych wykonawców są wyłącznie działaniami uzgodnionymi, skoordynowanymi oraz ze sobą powiązanymi, co więcej nie wykazał nawet, że działania wykonawców mogły temu interesowi zagrażać.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż najczęściej zmowa przetargowa polega na ustaleniu z góry przez uczestników przetargu zwycięzcy przetargu wskutek złożenia przez pozostałych (strony porozumienia) konkretnych, z góry określonych ofert, a jej cechą jest to, że przede wszystkim niweczy ona możliwość uzyskania pozytywnych efektów przetargu, czyli instrumentu mającego stwarzać pole do rywalizacji między przedsiębiorcami (których oferty mają konkurować w ramach przetargu). Zmowa ta skutkuje także podniesieniem poziomu cen oraz ograniczeniem wielkości produkcji (zwłaszcza w przypadku, kiedy uzgodnienie obejmowało zakres prac).

W przedmiotowym wypadku zarówno cel jak i pozytywne efekty przetargu zostały osiągnięte.

Zamawiający odniósł się w zastrzeżeniach również do zarzutu naruszenia zasad prowadzenia protokołu postępowania (punkt 3 informacji o wyniku kontroli) uznając, iż protokół w pełni odwzorowuje przebieg postępowania, czyniąc zadość zasadzie jawności wyrażonej w art. 8 ust. 3 ustawy. Zamawiający wyjaśnił, iż ilość ofert wskazana w pkt 8 ppkt 2 była właściwą na moment otwarcia ofert, tj. przed możliwością zweryfikowania, iż jedna z ofert stanowiła zmianę do wcześniej złożonej oferty. Łącznie w postępowaniu złożonych zostało 15 ofert.

Natomiast brak w punkcie 13 ppkt 3 informacji o cenie oferty uznanej za najkorzystniejszą nie może przesądzać o braku zachowania zasady jawności postępowania, gdyż w protokole znajdowała się cena najkorzystniejszej oferty ( załącznik ZP12). Ponadto załączniki do protokołu pozwalają ustalić wysokość ceny oferty najkorzystniejszej (np. oferta).

Pismem z dnia 22 grudnia 2014 r. znak: UZP/DKD/DWKZ/421/58(14)/14/MT KND/21/14 Prezes UZP zawiadomił Zamawiającego że podtrzymuję stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 grudnia 2014 r., odnośnie wskazanych w punktach nr 1 i 3 ww. informacji naruszeń ustawy Pzp, przekazując swoje stanowisko w dniu 22 grudnia 2014 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Prezes UZP odnosząc się do zastrzeżeń dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 i 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazał, iż w *informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie zaprzeczono możliwości złożenia ofert przez wykonawców powiązanych osobowo, wskazano natomiast, że w takiej sytuacji Zamawiający powinien przeanalizować złożone przez powiązanych wykonawców oferty, pod kątem ewentualnego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, w celu ustalenia istnienia wpływu na treść złożonych ofert, ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu powiązanych ze sobą wykonawców może bowiem

prowadzić do manipulowania przez nich treścią ofert w celu uzyskania zamówienia przez jednego z nich na korzystniejszych warunkach, które to działanie może prowadzić do czynu nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy kontrolujący uznał, iż okoliczności w jakich doszło do złożenia ofert przez podmioty powiązane świadczą o wspólnym przygotowaniu ofert i przywołał ponownie ustalenia jaki poczynił w toku kontroli (wskazane w *informacji*). Powyższe wskazywać ma na przekroczenie granicy niezależności wykonawców składających oferty w jednym postępowaniu.

Prezes UZP odniósł się również do kwestii braku wpływu naruszenia na wynik postępowania, powołując się na treść z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1.12.2011 r. (sygn. akt KIO 2492/11, KIO 2495/11), cytując jego fragment: *czyn utrudnienia dostępu do rynku nie musi wiązać się z uniemożliwieniem innym dostawcom w danym postępowaniu przetargowym uzyskania takiego zamówienia, ale z podjęciem takich czynności, które utrudniają innym konkurentom uzyskanie takiego zamówienia. Tym samym popełnienie czynu nie musi wiązać się z wyeliminowaniem pozostałych konkurentów z postępowania, ani nawet (...) celowym wyeliminowaniem, jednego z dwóch porozumiewających się podmiotów w celu umożliwienia drugiemu podmiotowi uzyskania pozycji bezkonkurencyjnej wobec innych uczestników postępowania (...) dla udowodnienia istnienia porozumienia nie jest konieczne wykazanie kiedy, gdzie i jakiej treści porozumienie zostało zawarte. Fakt istnienia porozumienia może być wywodzony z innych faktów (...) W ocenie Izby o tym, czy doszło do zawarcia porozumienia można wywieść z faktów pośrednich*".

Podtrzymując w tym zakresie wynik kontroli Prezes UZP zwrócił uwagę na obowiązek wynikający z nakazu przestrzegania zasady uczciwej konkurencji płynący z art. 7 ust. 1 ustawy, wyeliminowania ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podtrzymując zarzut dotyczący naruszenia art. 96 ust. 1 ustawy w zw. z par. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26.10.2010 r. w sprawie protokołu, Prezes UZP zaznaczył, iż nie obejmuje on naruszenia zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 3 ustawy. Odnosząc się do okoliczności podania nieprawidłowej ilości złożonych ofert (w związku z uznaniem za ofertę, zmianę do złożonej już oferty Kancelaria Ostrowski i Wspólnicy Sp. komandytowa) Prezes UZP podtrzymał stanowisko o braku podstaw do uznania „zmiany” jako samodzielnej oferty i wskazania w protokole informacji o 16 złożonych ofertach.

Prezes UZP nie zgodził się z taką wykładnią protokołu, który w pkt 13 ppkt 3 wymaga podania oprócz nazwy wykonawcy także ceny brutto, iż wypełniającym ten obowiązek jest powołanie się na treść ofert stanowiących załącznik do protokołu.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia, miała na uwadze następujące okoliczności faktyczne i prawne.**

Zastrzeżenia odnoszą się do stwierdzonych w pkt 1 i 3 informacji o wyniku kontroli zarzutów naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców X. Adwokaci Spółka Partnerska i Kancelaria Adwokacka Y. oraz art. 96 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez prowadzenie protokołu w sposób nierzetelny.

Przedmiotową kontrolę wszczęto w związku z wnioskiem z dnia 04.03.2014 r., w którym wskazano na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania powiązanych ze sobą wykonawców, a składających odrębne oferty w tym samym postępowaniu. Przedmiotowe zamówienie udzielone zostało wykonawcy – Kancelarii Adwokackiej Y., w sytuacji kiedy adwokat Y. w chwili składania ofert w przedmiotowym postępowaniu pozostawał partnerem w spółce X. Adwokaci Spółka Partnerska.

W toku postępowania wyjaśniającego Zamawiający w piśmie z dnia 31.03.2014 r. odniósł się do podstawy zarzut wskazując, iż *do grupy kapitałowej tworzonej przez przedsiębiorców kontrolowanych nie są zaliczani przedsiębiorcy sprawujący nad nimi wspólną kontrolę. O ile bowiem nie może budzić wątpliwości, że w sytuacji kontroli wyłącznej przedsiębiorca tę kontrolę sprawujący wraz z wszystkimi przedsiębiorcami bezpośrednio lub pośrednio przez niego kontrolowanymi wchodzi w skład jednej grupy kapitałowej, to w świetle stanowiska Departamentu Prawnego i Orzecznictwa Europejskiego UOKiK z dnia 8 lutego 2006 r. i decyzji Prezesa UOKiK z dnia 26 stycznia 2007 r., sprawujący kontrolę wspólną nie są zaliczani do grupy kapitałowej przedsiębiorców przez nich kontrolowanych. W swoim stanowisku Zamawiający wskazał, iż Y. prowadzący własną kancelarię i będąc jednym z czterech partnerów spółki X. Partnerzy Adwokaci Spółka Partnerska, nie mógł dysponować bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej.*

Formułując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Prezes UZP nie zakwestionował prawidłowości argumentacji Zamawiającego związanej z brakiem podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie stanowią grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał natomiast, iż złożenie ofert przez wykonawców, pomiędzy którymi zachodziły powiązania osobowe, wypełniało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji przez

to, iż wykonawcy ci mogli mieć wpływ na treść składanych w postępowaniu ofert, a także możliwość wpływania na przebieg postępowania w celu uzyskania zamówienia przez jednego z nich na korzystniejszych warunkach, tj. w warunkach zмовы cenowej.

Nie budziły zastrzeżeń ustalenia poczynione w toku kontroli, iż adwokat Y. składając samodzielnie ofertę pozostawał jednocześnie Partnerem w spółce, która również ubiegała się o to samo zamówienie i złożyła swoją ofertę, jednocześnie udostępniając swój potencjał kadrowy wykonawcy – adwokatowi Y.owi, jak również to, że brał on czynny udział w przygotowaniu obydwu ofert (stwierdzone podobieństwa co do charakteru pisma, układu załączników, wykazu doświadczenia) i w obydwu ofertach wskazany został, jako podmiot realizujący przedmiot zamówienia. Prezes UZP w świetle tych ustaleń uznał, iż doszło do naruszenia granicy samodzielności i niezależności wykonawców składających oferty w tym samym postępowaniu przetargowym. Działając w porozumieniu, poprzez swoje celowe działania podjęte w toku przedmiotowego postępowania, w tym wspólne opracowanie treści ofert, doprowadzili do ograniczenia konkurencji między sobą, stwarzając jedynie pozory działania konkurencyjnego. Zamawiający powinien był ocenić, czy stopień powiązań i relacji między wykonawcami miał lub mógł mieć wpływ na treść ofert, czego nie uczynił pomimo, iż okoliczności ustalone w toku kontroli łącznie przesądzają o sprzecznym z dobrymi obyczajami oraz przepisami prawa działaniem wykonawców, polegającym na tworzeniu barier, ograniczeniu konkurencji i pozwala na przypisanie im charakteru niedozwolonych praktyk uzgodnieniowych (notatka służbowa z 23.07.2014 r., WK/156/14).

Argumentacja Prezesa UZP prowadzi do wniosku, iż złożenie ofert przez wykonawców powiązanych osobowo, którzy wpływali na treść składanych ofert, wypełnia czy nieuczciwej konkurencji opisany w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba uznała za zasadne wydanie opinii, w której podtrzymany został wynik kontroli w zakresie naruszenia stwierdzonego w pkt 3 informacji o wyniku kontroli przy jednoczesnym braku utrzymania jako prawidłowego wyniku w zakresie naruszenia stwierdzonego w pkt 1 informacji o wyniku kontroli, od których wniesione zostały zastrzeżenia przez Zamawiającego.

Uznając jako prawidłowe ustalenia Prezesa UZP poczynione w zakresie naruszenia art. 96 ust. 1 ustawy w związku z par. 3 rozporządzenia w sprawie protokołu, Izba uwzględniła bezsporne okoliczności wskazujące na sprzeczność zapisów poczynionych w protokole z rzeczywistym przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (ilość złożonych ofert) a także braku pełnej informacji w zakresie zaoficerowanych cen brutto. Nie

może budzić wątpliwości, iż po stronie Zamawiającego spoczywa obowiązek rzetelnego dokumentowania postępowania, a protokół stanowić ma zbiorczą informację z najważniejszych dla procedury etapów postępowania. Protokół nie może być sporządzona bez refleksji nad zgodnością zapisów z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma być w protokole odwzorowany. Zapisy w protokole powinny być dokonywane z rozmysłem i po analizie dokumentów. Skoro wystąpiły braki i niezgodności w zapisach protokołu to brak jest merytorycznych powodów, dla których nie byłoby zasadnym utrzymanie jako prawidłowej konkluzji o naruszeniu w tym zakresie przepisów dotyczących właściwego prowadzenia protokołu postępowania. Samo odwołanie się do załączników (treści ofert) nie wpływa na zmianę stanu faktycznego ustalonego w toku kontroli i nie konwaliduje braków i błędów w zapisach protokołu. Jedynie uzupełniająca należy zauważyć, iż błędy te nie wpływają na ocenę całej procedury, jako przeprowadzonej z naruszeniem zasad płynących z ustawy, a jedynie wpływają na brak przejrzystości w dokumentacji postępowania, możliwej do wyjaśnienia z odwołaniem się w tym zakresie do treści złożonych ofert.

Odnośnie naruszenia stwierdzonego w pkt 1 wyniku kontroli Izba uwzględniając przywołane w pierwszej części uzasadnienia okoliczności stwierdziła, iż nie dawały one wystarczającej podstawy do wywiedzenia, iż dwaj wykonawcy składający oferty w postępowaniu dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, zidentyfikowanego w wyniku kontroli jako zmowa przetargowa.

Wnioski kontrolującego wynikają z okoliczności faktycznych związanych ze sposobem przygotowania obu ofert i udziału tej samej osoby przy ich sporządzaniu. W świetle tych ustaleń Prezes UZP uznał, iż *doszło do naruszenia granicy samodzielności i niezależności wykonawców składających oferty w tym samym postępowaniu przetargowym. Działając w porozumieniu, poprzez swoje celowe działania podjęte w toku przedmiotowego postępowania, w tym wspólne opracowanie treści ofert, doprowadzili do ograniczenia konkurencji między sobą, stwarzając jedynie pozory działania konkurencyjnego. Zamawiający powinien był ocenić, czy stopień powiązań i relacji między wykonawcami miał lub mógł mieć wpływ na treść ofert, czego nie uczynił pomimo, iż okoliczności ustalone w toku kontroli łącznie przesądzają o sprzecznym z dobrymi obyczajami oraz przepisami prawa działaniem wykonawców, polegającym na tworzeniu barier, ograniczeniu konkurencji i pozwala na przypisanie im charakteru niedozwolonych praktyk uzgodnieniowych* (notatka służbowa z 23.07.2014 r., WK/156/14).

Powyższe wyczerpywać ma znamiona czynu z art. 3 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako działania sprzecznego z prawem lub



dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. W art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawa określa, że czynem nieuczciwej konkurencji jest 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.

Pomimo postawienia zarzutu wystąpienia zmowy przetargowej w wyniku kontroli nie wskazano na czyn z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U Nr 50 poz. 331 ze zm.), który zakazuje porozumień, 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 warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. W ocenie składu orzekającego właściwym w świetle argumentacji zawartej w wyniku kontroli było wskazanie na czyn zabroniony z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, który uzupełniałby pełną podstawę prawną zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, jako działania sprzecznego z prawem naruszającego interes innego przedsiębiorcy.

W myśl tego przepisu zakazane są porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców warunków składanych ofert, co stanowi zasadniczy trzon argumentacji Prezesa UZP. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 5 uokik pod pojęciem „porozumienia” należy rozumieć nie tylko umowy zawierane między przedsiębiorcami, ale wszelkie uzgodnienia w tym zakresie dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Zawarcie powyższego porozumienia, co do uzgadniania przez przedsiębiorców warunków składanych ofert, wyczerpuje pojęcie zmowy przetargowej, jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. czynu wprost sprzecznego z prawem - art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Bez wątpliwości czyn taki zagraża i narusza interesy wszystkich innych przedsiębiorców uczciwie ubiegających się o zamówienie.

Istotnym dla oceny wypełnienia przesłanki zmowy przetargowej było wykazanie zawarcia niedozwolonego porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, a następnie jego skutku dla postępowania w postaci utrudnienia innym przedsiębiorcom ubieganie się o zamówienie na zasadach uczciwej konkurencji przez wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

W przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 15 ofert, a w toku postępowania Zamawiający kierował szereg wezwań do wyjaśnienia treści ofert oraz uzupełnienia dokumentów (co zostało stwierdzone w protokole kontroli doraźnej). Do wykonawcy Kancelaria Adwokacka Y. Zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Do wykonawcy X. Adwokaci Spółka Partnerska, wezwania nie były kierowane. W toku oceny ofert Zamawiający odrzucił dwie oferty (w tym dwie najtańsze) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz wykluczył jednego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Po tych czynnościach oferta wykonawcy Kancelaria Adwokacka Y. została uznana za najkorzystniejszą według jedynego kryterium oceny – ceny. Z pozostałych 12 w ocenie ofert, siedem (razem z wybraną) ofert było tańszych od oferty X. Adwokaci Spółka Partnerska.

O zawarciu niedozwolonego porozumienia wskazującego na wspólne przygotowanie ofert przesądzać miały okoliczności dotyczące podobieństw pomiędzy dwiema ofertami, a także udział tej samej osoby w ich przygotowaniu. Ustalenia Prezesa UZP w tej części nie budziły zastrzeżeń Zamawiającego, co Izba uznała, jako okoliczność bezsporną i przyjęła za podstawę niniejszej opinii. Ocena jednak tych okoliczności różni się od tej zawartej w informacji o wyniku kontroli. Adwokat Y. składający własną ofertę jednocześnie przygotowywał część dokumentów w ofercie X. Adwokaci Spółka Partnerska (podpisywał dokumenty wymagane dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu: wykaz usług, wykaz osób, referencje, certyfikaty), korzystał z potencjału kadrowego X. Adwokaci Spółka Partnerska, tj. adwokata który podpisał ofertę tego wykonawcy, ponadto w obydwu ofertach wykazano się tymi samymi usługami wykonywanymi dla Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Szpitali Prywatnych w Gdyni, Powiatowego Centrum Medycznego Sp. z o.o. w Braniewie, TBS Administrator Sp. z o.o. oraz Gminy Miejskiej w Łebie oraz zachodziły podobieństwa w charakterze pisma, układzie załączników, wykazie doświadczenia, a także tego samego numeru faksu, numeru REGON oraz adresu firm.

Nie budzi wątpliwości Izby, iż ustalenie wystąpienia zmywu przetargowej mogło być poczynione na podstawie wnioskowania z okoliczności faktycznych, co stanowi często jedyny sposób wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia, ale nie można pomijać istotnej oceny skutków tego porozumienia dla konkurencji w postępowaniu. Nie można wykluczyć, iż niedozwolony skutek porozumienia nie zostanie osiągnięty, co pozostaje bez znaczenia dla ustalenia, iż doszło do zmywu przetargowej, co powinno prowadzić do odrzucenia ofert wykonawców pozostających w zmywie.

W zasadzie analiza okoliczności przywołanych w wyniku kontroli pozwala jedynie na wskazanie, iż dwaj wykonawcy pozostawali w porozumieniu na etapie przygotowania części dokumentów podmiotowych, koniecznych dla złożenia ofert, natomiast nie wynika z nich, aby uzgadniali oni ze sobą treść lub warunki ofert. Należy rozróżnić sytuację, w której

wykonawcy współdziałają przy podejmowaniu decyzji o wysokości ceny lub innych istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia elementach oferty (szczególnie tych ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert) od tej, kiedy jedynie dokumenty podmiotowe są znane obu wykonawcom przed terminem składania ofert, w szczególności, gdy użyczają sobie potencjał konieczny do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba uwzględniła istotną okoliczność, co do której brak odniesienia w informacji o wyniku kontroli, a dotyczącą faktu pozostawania partnerem w spółce X. Adwokaci Spółka Partnerska adwokata Y.. Powyższe wyjaśnia przyczynę, dla której w obu ofertach występują podobieństwa dotyczące doświadczenia oraz dokumentów podmiotowych, co oczywiście nie rozwiewa wszelkich wątpliwości co do rzeczywistego wpływu na treść ofert. Dopiero wykazanie, iż ta sama osoba przygotowywała formularze ofertowe obu wykonawców wskazywałoby na znajomość treści ofert, a do takiego wniosku nie jest wystarczające wskazanie na podobieństwo charakteru pisma. W protokole kontroli znajduje się wskazanie na okoliczność korzystania przez Y. z potencjału kadrowego osoby, która podpisała ofertę X. Adwokaci Spółka Partnerska. Poza takim wskazaniem brak jest stanowczego wniosku, o tym iż miało to znaczenie dla ustalenia treści obu ofert, czy też możliwość późniejszego wpływania na przebieg postępowania. Ponadto brak jest jakichkolwiek ustaleń, które pozwalałyby na przeprowadzenie oceny wpływu tych ewentualnych powiązań na zachwianie uczciwej konkurencji. Bez wątplenia nie miały one żadnego znaczenia na etapie badania i oceny ofert, a ten etap postępowania często uwidacznia skutek niedozwolonych porozumień dla postępowania, w kontekście podejmowanych działań ukierunkowanych na wybór ofert droższej pomiędzy wykonawcami pozostającymi w zмовie. Takie stanowisko potwierdzają wyroki Izby, w których stwierdzono zмовę przetargową, tj. KIO z dnia 31.05.2010 r. (KIO/UZP867/10), stanowiący, że przykładem „zмовy przetargowej” może być celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów tak, aby doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy proponującemu wyższą cenę i pozostającym z wykonawcą w zмовie. Celem zмовy jest wykonanie zamówienia przez konkretnego wykonawcę - podobnie wyrok KIO z dnia 14.09.2010 r. (KIO/UZP/1874/10), wyrok KIO z dnia 20.06.2013r. (KIO/UZP/1353/13). W przypadku stwierdzenia pewnych zdarzeń, sytuacji faktycznych zamawiający winien odrzucić ofertę lub wykluczyć oferenta z postępowania - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18.08.2011 r. (Sygn. Akt XXIII Ga380/11).

W niniejszym postępowaniu brak jest takich działań, które wskazywałyby na dążenie wykonawców do tego aby wpływać na konkurencyjność składanych ofert i wybór przez Zamawiającego oferty dla niego mniej korzystnej. W postępowaniu wybrana została oferta najkorzystniejsza cenowo i brak jest jakichkolwiek przesłanek do stwierdzenia, aby na wynik postępowania wpłynęli wykonawcy powiązani osobowo. Przeciwnie, dla wyboru oferty Y.

konieczne był złożenie przez niego wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wystarczające (co nie zostało zakwestionowane w toku kontroli Prezesa UZP). Dopiero nie złożenie wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień niedostatecznych otwierałoby drogę do odrzucenia tej oferty i wyboru droższej.

W toku kontroli Prezes UZP odniósł się negatywnie do podstawy zarzutu wskazanej w zawiadomieniu wszczynającym przedmiotową kontrolę, tj. wystąpienia przesłanki do wykluczenia obu wykonawców, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp dotyczącej wykonawców pozostających w grupie kapitałowej, co zostało poprzedzone wyjaśnieniami Zamawiającego. Zarzuty postawione w wyniku kontroli wykraczały poza zakres objęty wnioskiem o jej wszczęcie, co oczywiście nie stanowiło przeszkody w tym, aby sformułować inne zarzuty naruszenia przepisów ustawy stwierdzone w toku przeprowadzonej kontroli. Wymagało to jednak wskazania w sposób wyraźny i nie budzący zasadniczych wątpliwości, iż w postępowaniu doszło do zmywy przetargowej, której celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegającym m.in. na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert.

Brak jest w wyniku kontroli takiej analiz, która w zasadzie zawierała się w stwierdzeniu, iż złożone oferty stwarzały jedynie pozór działania konkurencyjnego, a okoliczności ustalone w toku kontroli łącznie przesądzają o sprzecznym z dobrymi obyczajami oraz przepisami prawa działaniem wykonawców, polegającym na tworzeniu barier, ograniczeniu konkurencji co pozwala na przypisanie im charakteru niedozwolonych praktyk uzgodnieniowych.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....