

Nr sprawy: ZDP-DT.3430.7.2022

Dąbrowa, dnia 22 sierpnia 2022 r.

**ZAWIADOMIENIE O ODRZUCENIU OFERT**  
**I UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA**

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Ochrona zasobów przyrodniczych w pasach dróg powiatowych na terenie powiatu bartoszyckiego*  
*Zadanie dofinansowane ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020, Oś priorytetowa 5 Środowisko przyrodnicze i racjonalne wykorzystanie zasobów, Działanie 5.3 Ochrona różnorodności biologicznej*

Działając na podstawie art. 260 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, informuję, odrzuceniu

**oferty nr 1 złożonej przez Wykonawcę**

**Jacek Końka Firma Handlowo-Usługowa**  
**Sarnowo 41, 11-100 Lidzbark Warmiński**

**oferty nr 2 złożonej przez Wykonawcę**

**Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka**  
**Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński**

i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na realizację zadania pn. „*Ochrona zasobów przyrodniczych w pasach dróg powiatowych na terenie powiatu bartoszyckiego*” w zakresie

- części 1 zamówienia pn. „*Wykonanie prac przyrodniczych w pasach dróg powiatowych nr 1577N, 1394N, 1400N, 1422N, 1565N*”,
- części 2 zamówienia pn. „*Wykonanie prac przyrodniczych w pasach dróg powiatowych nr 1386N i 1354N*”,
- części 3 zamówienia pn. „*Wykonanie prac przyrodniczych w pasach dróg powiatowych nr 1320N i 1999N*”.

## Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty:

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wynika z ugruntowanego stanowiska doktryny oraz orzecznictwa, jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikowane jest zawarcie niedozwolonego porozumienia (zmowa przetargowa) i uzgadnianie treści składanych ofert przez wykonawców w celu uzyskania przez jednego z nich zamówienia na korzystniejszych warunkach. Przy ocenie, czy dane działanie lub zaniechanie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, należy bowiem brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale też przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. *Podobny pogląd przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 30 września 2020 r., KIO 1865/20, Legalis nr 2494155 (tak również wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16).* Za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 niewątpliwie może być uznane zawarcie porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zawarcie takiego porozumienia (tzw. zminy przetargowej) nie tylko jest sprzeczne z prawem, ale niewątpliwie także z dobrymi obyczajami. Ponadto prowadzi ono do zniekształcenia konkurencji w danym postępowaniu, naruszając - w zależności od okoliczności stanu faktycznego - interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia bądź samego zamawiającego. Jak wskazał Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18. zminy przetargowe mogą przybierać wiele form, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości. Zminy przetargowe, mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie, niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja przy wyłanianiu zwycięzcy przetargu funkcjonowała prawidłowo. Niedopuszczalne są, jako sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, zarówno wszelkie porozumienia między zamawiającym a uczestnikami, jak też między samymi uczestnikami. Działania takie stanowią oczywiste manipulację przebiegiem postępowania przetargowego. (A. Sołtysińska - Europejskie Prawo Zamówień Publicznych - komentarz/ Zakamycze 2006).

Analiza ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu przez Wykonawcę Jacek Końka Firma Handlowo-Usługowa, Sarnowo 41, 11-100 Lidzbark Warmiński oraz Wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński prowadzi w ocenie Zamawiającego do wniosku, że pomiędzy tymi wykonawcami doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, ograniczającego konkurencję.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że Wykonawcę Wykonawcę Jacek Końka Firma Handlowo-Usługowa, Sarnowo 41, 11-100 Lidzbark Warmiński oraz Wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński łączą bliskie więzi rodzinne (z ustaleń poczynionych przez Zamawiającego strony są małżeństwem). Ponadto siedziby tych wykonawców znajdują się w niedalekiej odległości od siebie miejscowości – Sarnowo do miejscowości Knipy jest 2, 2 km. Obaj Wykonawcy prowadzą tożsamą działalność gospodarczą. Nadto, w formularzach cenowych złożonych przez obu Wykonawców są dokładnie te same błędy dotyczące sposobu obliczenia ceny za wykonanie zamówienia a oferty złożone przez obu Wykonawców zostały wypełnione w podobny sposób. Wspomnieć również należy, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński, w formularzu ofertowym wskazał osobę która będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia (zadeklarowaną w ramach warunku udziału w postępowaniu oraz w ramach kryterium oceny ofert), która w poprzednim postępowaniu została Wykazana w ofercie Wykonawcy Jacek Końka Firma Handlowo-Usługowa, Sarnowo 41, 11-100 Lidzbark Warmiński.

Powyższe okoliczności, uprawdopodobniają, że wykonawcy mogli porozumieć się w zakresie warunków cenowych w składanych ofertach. Wniosek ten potwierdza również zachowanie tych Wykonawców podjęte w toku postępowania, a w szczególności zaniechanie Wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński, którego oferta została najwyżej oceniona, polegające na nie złożeniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych co spowodowało, konieczność odrzucenia jego oferty (w dniu 17 czerwca 2022 r. Wykonawca tj. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński, którego oferta została oceniona najwyżej, został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych w terminie do dnia 28 czerwca 2022 r. do godziny 8:00. Wykonawca do końca wyznaczonego terminu nie złożył podmiotowych środków dowodowych. W związku z powyższym w dniu 4 lipca 2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) Wezwał ponownie wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyznaczając termin na ich złożenie do dnia 15 lipca 2022 r. do godziny 8:00. W wyznaczonym terminie Wykonawca nie złożył dokumentów. W związku z powyższym Zamawiający działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp odrzucił ofertę Wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński). Z powodu braku innych ofert w niniejszym postępowaniu, oferta złożona przez Wykonawcę Jacek Końka Firma Handlowo-Usługowa, Sarnowo 41, 11-100 Lidzbark Warmiński stała się ofertą najwyżej ocenioną w zakresie każdej części zamówienia. Zaznaczyć należy, że oferta ta jest wyższa o 495 407,45 zł (część 1 o 215 750,63 zł; część 2 o 231 240,42 zł; część 3 o 48416,40 zł).

W związku z tym, jak wskazuje logika, niezasadnym było ubieganie się o realizację zamówienia za kwotę zaoferowaną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński, skoro to samo zamówienie mogło zostać przez wykonawcę Jacek Końka Firma Handlowo-Usługowa, Sarnowo 41, 11-100 Lidzbark Warmiński zrealizowane za kwotę o 495 407,45 zł wyższą. Stąd też, zdaniem Zamawiającego Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński zaniechał złożenia podmiotowych środków dowodowych na wezwanie Zamawiającego, dążąc do tego aby jego oferta została odrzucona.

W ocenie Zamawiającego mało prawdopodobnym jest, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński zrezygnowałby z udziału w postępowaniu, gdyby brał w nim udział jako podmiot niezależny prowadzący wobec Jacek Końka Firma Handlowo-Usługowa, Sarnowo 41, 11-100 Lidzbark Warmiński działalność konkurencyjną. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie *„w normalnych warunkach rynkowych wątpliwe jest, że przedsiębiorca mający wiedzę, że jego oferta została oceniona najlepiej (...) zdecydowałby się na rezygnację z realizacji zamówienia”* (Decyzja Prezesa UOKiK z 27 czerwca 2014 r. Nr DOK-1/2014). Ocena umowy przetargowej nie musi opierać się na bezpośrednich dowodach, gdyż bez posiadania uprawnień właściwych organom ścigania, częstokroć nie ma możliwości ich uzyskania. W związku z tym, przy ocenie czy w danej sprawie doszło do porozumienia noszącego znamiona umowy przetargowej wystarczy uprawdopodobnić, że takie porozumienie miało miejsce. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem poszlaki mogą być wystarczające do uznania złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, o ile wystąpią one *„w odpowiednich wadze i ilości”* - powstaje wówczas domniemanie faktyczne wystąpienia umowy stanowiące podstawę do odrzucenia oferty (tak m.in. wyrok KIO z 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 517/13 w ślad za wyrokiem Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt 111 SK 6/06). *„W sprawach z zakresu ochrony konkurencji dopuszcza się stosowanie domniemań faktycznych, z których można wyprowadzić wniosek o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję. (...) Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony przez Prezesa UOKiK w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku”* (tak Wyrok SA w Warszawie z 24.01.2019 r., VII AGa1846/18, LEX nr 2673423). *„W ocenie zamówień przetargowych - jako zakazanych z mocy ustawy - obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. Dlatego też wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do*

zmowy przetargowej (tak wyrok KIO z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18). UOKiK w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zmowy przetargowej, takie jak m.in. ten sam charakter pisma w ofertach, jednakowe błędy obliczeniowe, ten sam adres, więzy rodzinne czy wreszcie nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła korzystniejszą ofertę (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2020 r., KIO 1865/20, Legalis nr 2494155). W złożonych na Wezwanie Zamawiającego Wyjaśnieniach co prawda, Wykonawcy oświadczyli, że faktycznie wiążą ich więzy rodzinne jednakże prowadzą oddzielne działalności i nie ma między nimi żadnych powiązań dotyczących sprzętu, kapitałowych ani co do zatrudnienia osób. Ponadto Pani Iwona Końska wskazała, że nie złożyła podmiotowych środków dowodowych ponieważ oferta została złożona 27 maja 2022r. a wezwanie zostało wysłane 18 lipca 2022 i w między czasie wygrała dwa przetargi po korzystniejszych cenach oraz sytuacja w kraju (inflacja, oraz odpływ pracowników z Ukrainy) uniemożliwiłoby jej utrzymanie zaproponowanych w ofercie cen. Jednakże nie podała jakie uzyskała zamówienia a na żadnej ze stron internetowych ani w Biuletynie Zamówień Publicznych nie ma żadnej informacji o tym aby firma Pani Iwony Końskiej uzyskała jakiegokolwiek inne zamówienie. Wyjaśnienia odnośnie sytuacji w kraju również nie są dla Zamawiającego wiarygodne albowiem biorąc pod uwagę termin złożenia oferty a wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych minęły nie całe 2 miesiące zaś w tym czasie nie wydarzyło się nic co nagle spowodowało by wzrost kosztów w taki sposób aby uniemożliwiał realizację zamówienia. Wręcz przeciwnie cena paliwa nieznacznie ale jednak spadła. Ponadto termin realizacji zamówienia wynosił 11 miesięcy od dnia podpisania umowy więc biorąc pod uwagę, że mamy do czynienia z podmiotem profesjonalnie prowadzącym działalność zawodową znającym realia rynku, na którym działa, wie z jakimi kosztami wiąże się wykonanie przedmiotu zamówienia i jakiego zaangażowania środków wymaga, wyjaśnienia te wydają się być niewiarygodne.

Reasumując, analiza okoliczności przedmiotowej sprawy pozwala na wyciągnięcie wniosku, że wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końska, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński oraz Jacek Końska Firma Handlowo-Usługowa, Sarnowo 41, 11-100 Lidzbark Warmiński zawarli porozumienie dotyczące postępowania przetargowego, a celem tego porozumienia było doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający będzie zmuszony do dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty droższej. O powyższym świadczy fakt, że wykonawców łączą bliskie więzi rodzinne, oba podmioty prowadzą tożsamą działalność gospodarczą, mają siedzibę w niedalekiej odległości, a w toku postępowania doszło do podjęcia czynności bezpośrednio wpływających na ranking ofert.

### **Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty nr 1 złożonej przez Wykonawcę Jacek Końska Firma Handlowo-Usługowa, Sarnowo 41, 11-100 Lidzbark Warmiński**

Zgodnie z art. 226. ust. 1 pkt. 7) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli



*została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.*

**Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty nr 2 złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Hortus Iwona Końka, Knipy 35, 11-100 Lidzbark Warmiński**

Art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”* oraz art. 226. ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp zgodnie z którym *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.*

**Pouczenie**

Zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy Pzp Wykonawca ma prawo wnieść odwołanie.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 514 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zobowiązany przekazać zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu, zgodnie z art. 514 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Jako że pismo zostało przekazane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, to termin wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz przesłania kopii odwołania do zamawiającego upływa po 10 dniach od przekazania żądania wyjaśnień, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.