



INSTYTUCJA KULTURY WOJEWÓDZTWA PODLASKIEGO

Książnica Podlaska im. Łukasza Górnickiego

ul. Kilińskiego 16

15-089 Białystok

Centrala:(85)67-67-221 ;

Sekretariat:(85)67-67-224 Fax:(85)67-67-220

www.ksiaznicapodlaska.pl

mail: ksiaznica@ksiaznicapodlaska.pl

Białystok, dnia 27.04.2016 r.

Nasz znak: **K.331-2/2016**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: zakup sprzętu będącego realizacją zadania „Biblioteki dla każdego” w ramach Budżetu Obywatelskiego 2016.

Działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), Książnica Podlaska im. Łukasza Górnickiego w Białymstoku informuje o:

1. Wyborze oferty **w części 1**: oferta oznaczona nr 2 złożona przez Harpo Sp. z o.o. (siedziba: ul. 27 Grudnia 7, 61-737 Poznań).
2. Wyborze oferty **w części 2**: oferta oznaczona nr 2 złożona przez Harpo Sp. z o.o. (siedziba: ul. 27 Grudnia 7, 61-737 Poznań).
3. Wykluczeniu wykonawcy Altix Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą **w części 1 i 2**.
4. Wykluczeniu wykonawcy Fundacja Szansa dla Niewidomych z udziału w postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą **w części 1 i 2**.
5. Odrzuceniu oferty wykonawcy Infomex Sp. z o.o **w części 1 i 2**.

Uzasadnienie:

Ad.1-2

Wykaz złożonych ofert i uzasadnienie wyboru ofert:

Nr części zamówienia	Wykonawca	Punktacja oferty
Cz. 1	Altix Sp. z o.o. (siedziba: ul. Chlubna 88, 03-051 Warszawa)	Wykonawca wykluczony z udziału w postępowaniu
	Harpo Sp. z o.o. (siedziba: ul. ul. 27 Grudnia 7, 61-737 Poznań)	Cena = 90 pkt Gwarancja = 10 pkt Łączna punktacja: 100 pkt
	Fundacja Szansa dla Niewidomych (siedziba: ul. Kameralna 1/30, 03-406 Warszawa)	Wykonawca wykluczony z udziału w postępowaniu
	Infomex Sp. z o.o. (siedziba: ul. Wesota 19b, 34-300 Żywiec)	Oferta odrzucona
Cz. 2		

	Altix Sp. z o.o. (siedziba: ul. Chlubna 88, 03-051 Warszawa)	Wykonawca wykluczony z udziału w postępowaniu
	Harpo Sp. z o.o. (siedziba: ul. ul. 27 Grudnia 7, 61-737 Poznań)	Cena = 90 pkt Gwarancja = 10 pkt łączna punktacja: 100 pkt
	Fundacja Szansa dla Niewidomych (siedziba: ul. Kameralna 1/30, 03-406 Warszawa)	Wykonawca wykluczony z udziału w postępowaniu
	Infomex Sp. z o.o. (siedziba: ul. Wesola 19b, 34-300 Żywiec)	Oferta odrzucona

Cz. 1: Harpo Sp. z o.o. złożył najkorzystniejszą ofertę w prowadzonym postępowaniu. Oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów w przyjętych kryteriach oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Cz. 2: Harpo Sp. z o.o. złożył najkorzystniejszą ofertę w prowadzonym postępowaniu. Oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów w przyjętych kryteriach oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ad. 3

Uzasadnienie:

- A - wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- B - odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ad.A

Wykonawca złożył informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634). Jednocześnie w prowadzonym postępowaniu ofertę złożyła Fundacja Szansa dla Niewidomych. Z informacji wynikających z załączonego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że p. Marek Kalbarczyk jest większościowym udziałowcem spółki Altix sp. z o.o. oraz jednym z dwóch członków zarządu tej spółki upoważnionym do jej reprezentowania. Z informacji zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika, że jednoosobowy zarząd fundacji Szansa dla Niewidomych KRS 0000260011 tworzy właśnie p. Marek Kalbarczyk a fundacja jest wpisana do rejestru przedsiębiorców¹. Ze statutu Fundacji widniejącego na jej stronie internetowej wynika, że najwyższy organ fundacji tj. Radę Fundatorów oraz przewodniczącego powołuje Alitix sp. z o.o. To Rada Fundacji wyznaczana przez Altix sp. z o.o. powołuje i odwołuje członków zarządu. Z informacji ze strony internetowej Altix sp. z o.o. wynika, że to ta spółka była fundatorem fundacji. Zgodnie z przepisami art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Kontrola, o której mówi ww. definicja to **wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają**

¹ Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców, jako przykładowe formy w ustawie podano (art. 4 pkt 4 tej ustawy):

- a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Z dokumentów przedłożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz dostępnych na stronach internetowych Altix i Fundacji wynika, że Altix sp. z o.o. oraz Fundacja Szansa dla Niewidomych uczestniczą w grupie kapitałowej, o czym świadczy między innymi to, że:

- fundacja została powołana przez Altix sp. z o.o.,
- Altix sp. z o.o. wybiera Radę Fundatorów, która jest najwyższym organem fundacji,
- zarząd Fundacji (wybrany przez Radę Fundatorów, powołaną przez zarząd Altix sp. z o.o.) tworzy jednoosobowo główny udziałowiec i członek zarządu spółki Altix p, Marek Kalbarczyk mający prawo do samodzielnej reprezentacji spółki Altix – w efekcie to ta osoba kieruje działalnością operacyjną fundacji, zarządzając jednocześnie spółką Altix sp. z o.o.

co wskazuje bez żadnych wątpliwości, że oba podmioty tworzą grupę kapitałową w rozumieniu przywołanych przepisów. Fundacja spełnia definicję przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. **W efekcie wykonawca złożył w postępowaniu nieprawdziwą informację o przynależności do grupy kapitałowej mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania.** Oferta wykonawcy jest najkorzystniejsza w 2 części zamówienia. Złożenie prawdziwej informacji o przynależności do grupy kapitałowej zobowiązywałby zamawiającego do wezwania spółki Altix i Fundacji do złożenia wyjaśnień dotyczących istniejących pomiędzy nimi powiązań w trybie art. 24b powołanej ustawy (przy założeniu uzupełnienia pełnomocnictwa przez Fundację), co mogłoby spowodować wykluczenie obu wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 z udziału w postępowaniu i skutkować wyborem w 2 części zamówienia oferty innego wykonawcy.

Ad.B

Wykonawca Altix sp. z o.o. złożył w postępowaniu ofertę z ceną 63.811,80 zł (część 1) i ceną 63.811,80 zł (część 2). Jednocześnie w postępowaniu ofertę złożyła Fundacja Szansa dla Niewidomych z ceną 73.710,00 zł (część 1) i ceną 73.369,00 zł (część 2). Zamawiający stwierdza, że złożenie oferty Altix sp. z o.o. było czynem nieuczciwej konkurencji, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynem takim jest niewątpliwie zmowa przetargowa w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, przez którą rozumie się porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących

do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że krajowe jak i unijne regulacje dotyczące zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wynikające odpowiednio, z art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyznaczają zbliżony zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję, stanowiąc, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie, zapobieżenie, zakłócenie, wyeliminowanie lub naruszenie „w inny sposób” konkurencji na rynku właściwym. Kluczowym, więc elementem oceny danego zachowania przedsiębiorców na rynku jest ustalenie czy dane zachowanie może być uznane za „porozumienie” oraz czy ma antykonkurencyjny „cel lub skutek”. Jeśli chodzi o pierwszy wskazany element tj. „porozumienie”, w doktrynie wskazuje się, iż jest to możliwość przypisania przedsiębiorcą będącymi stronami tego porozumienia minimum wzajemnych kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej. Wskazane w doktrynie szerokie rozumienie „porozumień”, powoduje, iż objęte są jego zakresem również niesformalizowane uzgodnienia przedsiębiorców, a więc również takie których antykonkurencyjny „cel” lub „skutek” nie wynika z umów, uchwał czy też innych pisemnych uzgodnień (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 listopada 2005 r. XVII Ama 26/04). Co do drugiego z elementów tj. „antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia”, to wskazać należy, że wymienione przesłanki mają charakter alternatywny. W piśmiennictwie podkreśla się, że cel danego zachowania należy określić poprzez obiektywnie ustalony cel samego porozumienia, przy czym ustalenie to powinno nastąpić z uwzględnieniem gospodarczego kontekstu, w jakim zawarte zostało (jest wykonywane) dane porozumienie. Cel porozumienia należy więc badać w oparciu o kryteria obiektywne i w okolicznościach konkretnej sprawy (tak m.in. K. Kohutek Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Wydanie II). Podkreślić należy również, że dla objęcia danego porozumienia zakazem z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części). Stosowanie tego przepisu nie jest bowiem zależne od faktu, czy porozumienie zostało tylko zawarte przez przedsiębiorców (ich związki), czy też strony rzeczywiście zrealizowały (lub realizują) je w praktyce. (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 marca 2003 r. XVII Ama 40/02). Dalej wskazać należy, że z art. 6 ust. 1 powołanej ustawy wynika, że zakazem objęte są także porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Bez znaczenia jest brak występowania po stronie przedsiębiorców (subiektywnego) zamiaru ograniczenia konkurencji (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2006 r. XVII Ama 9/05). Oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia. Okoliczność, iż naruszenie przepisów ustawy nastąpiło w sposób niezamierzony przez przedsiębiorców, którzy nie mieli intencji wywoływania skutków antykonkurencyjnych, nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania. Ustawodawca w art. 6 ust. 1 pkt 7 powołanej ustawy wskazał, iż jedną z form niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych jest porozumienie przetargowe, wskazując, iż są to uzgodnienia zawierane przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu co warunków składanych ofert. W końcu wskazać należy na istotną kwestię związaną z niedozwolonymi porozumieniami pomiędzy przedsiębiorcami, a mianowicie sposób wykazania niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Temat ten jest przedmiotem obszernej analizy zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w piśmiennictwie. Wskazać w tym zakresie należy przede wszystkim na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06), w którym sąd wskazał, m.in., iż w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia możliwe - a niekiedy nawet konieczne - **jest zastosowanie domniemań faktycznych**, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów

bezpośrednich lub pośrednich. (...) Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczone w orzecznictwie (...). Jak wiadomo, w sądowym postępowaniu cywilnym ustalenie faktu, czy zespołu poszczególnych faktów, następuje w zasadzie przez udowodnienie każdego z nich. Może być jednak oparte na notoryjności (art. 228 KPC), przyznaniu (art. 229 i 230 KPC) lub domniemaniu faktycznym (art. 231 KPC). (...) Wobec braku bezpośrednich środków dowodowych co do zawarcia porozumienia cenowego, konieczne stało się w postępowaniu sądowym konstruowanie domniemań faktycznych. Domniemanie takie pozwala na oparcie ustaleń faktycznych na uznaniu za ustalone faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów, czyli jest w istocie wnioskowaniem, rozumowaniem sądu orzekającego, którego konstrukcja, w odniesieniu do poszczególnych powiązanych ze sobą faktów, na zasadach opisanych w art. 231 KPC, powinna być przedstawiona w uzasadnieniu wyroku w sposób pozwalający skontrolować prawidłowość ustalenia faktów i wynikających z nich wniosków. Z uwagi na to, że wykazanie istnienia zмовы przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo, w sądownictwie powszechnym za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zмовы przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Jak podkreśla się w orzecznictwie „Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie, zdaniem Sądu, jednoznacznie dowodzą wystąpienia zмовы przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję”. (Tak wyr. SOKiK z 17.4.2008 r., XVII Ama 117/05). Istnienie więc zмовы przetargowej musi być wywnioskowane ze zbioru wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Dalej wskazać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2009-06-09, II CSK 44/09, 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. Ustawodawca wskazał również w art. 15 ust. 1 pkt 5, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie 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. Ustawodawca objął więc ochroną przedsiębiorców w sytuacji wymuszania na nich wyboru określonego przedsiębiorcy jako kontrahenta, czego skutkiem jest ograniczenie swobody w zakresie dokonywania wyboru partnerów rynkowych lub wyeliminowanie takiej możliwości. Podkreślić należy, że ustalenie, iż pomiędzy przedsiębiorcami doszło do niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w rozumieniu art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może również stanowić podstawę do uznania danego czynu wykonawców jako czynu nieuczciwej konkurencji. Jak podkreśla się w piśmiennictwie ustawy te są bowiem

względem siebie komplementarne, zaś stan faktyczny danej sprawy może podlegać ocenie na gruncie obu ustaw (tak m.in. Prawo konkurencji, System Prawa Prywatnego tom 15 pod redakcją prof. dr hab. Mariana Kępińskiego).

Mając na uwadze powyższe rozważania prawne i przenosząc je na grunt analizowanej sprawy wskazać należy w pierwszej kolejności, iż dla zakwalifikowania działania wykonawcy Altix sp. z o.o. jako praktyki ograniczającej konkurencję przybierającej postać niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w postaci zмовы przetargowej zasadnicze znaczenie ma rozstrzygnięcie czy podmiot ten i Fundacja Szansa dla Niewidomych ustaliły pomiędzy sobą sposób złożenia ofert w celu osiągnięcia celu gospodarczego w sposób sprzeczny z przepisami i niezgodnie z interesem zamawiającego. Zdaniem zamawiającego porozumienie takie było faktem, świadczą o tym następujące fakty:

a. powiązania kapitałowe i osobowe pomiędzy wykonawcami:

Z informacji wynikających z załączonego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że p. Marek Kalbarczyk jest większościowym udziałowcem spółki Altix sp. z o.o. oraz jednym z dwóch członków zarządu tej spółki upoważnionym do jej reprezentowania. Z informacji zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika, że jednoosobowy zarząd fundacji Szansa dla Niewidomych KRS 0000260011 tworzy właśnie p. Marek Kalbarczyk a fundacja jest wpisana do rejestru przedsiębiorców². Ze statutu Fundacji widniejącego na jej stronie internetowej wynika, że najwyższy organ fundacji tj. Radę Fundatorów oraz przewodniczącego powołuje Alitix sp. z o.o. To Rada Fundacji wyznaczana przez Altix sp. z o.o. powołuje i odwołuje członków zarządu. Z informacji ze strony internetowej Altix sp. z o.o. wynika, że to ta spółka była fundatorem fundacji. Zgodnie z przepisami art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Kontrola, o której mówi ww. definicja to **wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców**, jako przykładowe formy w ustawie podano (art. 4 pkt 4 tej ustawy):

- a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

² Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Z dokumentów przedłożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz dostępnych na stronach internetowych Altix i Fundacji wynika, że Altix sp. z o.o. oraz Fundacja Szansa dla Niewidomych uczestniczą w grupie kapitałowej, o czym świadczy między innymi to, że:

- fundacja została powołana przez Atix sp. z o.o.,
 - Altix sp. z o.o. wybiera Radę Fundatorów, która jest najwyższym organem fundacji,
 - zarząd Fundacji (wybrany przez Radę Fundatorów, powołaną przez zarząd Altix sp. z o.o.) tworzy jednoosobowo główny udziałowiec i członek zarządu spółki Altix p, Marek Kalbarczyk mający prawo do samodzielnej reprezentacji spółki Altix – w efekcie to ta osoba kieruje działalnością operacyjną fundacji, zarządzając jednocześnie spółką Altix sp. z o.o.,
- co wskazuje bez żadnych wątpliwości, że oba podmioty tworzą grupę kapitałową w rozumieniu przywołanych przepisów. Fundacja spełnia definicję przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

b. Nietożłączenie do ofert pełnomocnictw dla osób podpisujących obie oferty - co przy braku wadium nie rodziło ryzyka jego zatrzymania w przypadku ich nieuzupełnienia. Wykonawcy po analizie informacji o złożonych ofertach mogli uzupełnić pełnomocnictwo dla oferty korzystniejszej z ich punktu widzenia (z droższą ceną). W efekcie pełnomocnictwo uzupełniono jedynie dla osoby podpisującej ofertę spółki Altix (już po otwarciu ofert), zaś pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę Fundacji nie uzupełniono na wezwanie zamawiającego. Nie bez znaczenia jest fakt, że inny wykonawca zaproponował warunki realizacji zamówienia korzystniejsze niż Fundacja, ale mniej korzystne niż w ofercie spółki Altix (w części 2). W przypadku gdyby pomiędzy ofertą Altix sp. z o.o., a ofertą Fundacji nie pojawiła się oferta innego wykonawcy, przedsiębiorcy mogli uzupełnić pełnomocnictwo do oferty Fundacji, co skutkowałoby odrzuceniem oferty Altix i osiągnięciem celu antykonkurencyjnego przez obu wykonawców;

c. Użyczenie zasobów w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia na rzecz Fundacji przez spółkę Altix sp. z o.o. Fundacja nie posiadała wymaganego doświadczenia, w efekcie Altix sp. z o.o. udostępnił jej swoje doświadczenie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie zamawiającego nieuzasadnionym ekonomicznie zachowaniem wykonawcy chcącego uzyskać zamówienie publiczne jest udostępnianie swoich zasobów w zakresie doświadczenia innym wykonawcom startującym w tym postępowaniu, umożliwiając im tym samym start w tym postępowaniu i dopuszczając ich do złożenia konkurencyjnych ofert. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów dla Fundacji podpisali obaj członkowie zarządu Altix sp. z o.o. a więc także p. Marek Kalbarczyk będący Prezesem Fundacji Szansa dla Niewidomych - a w treści obu wyraźnie wskazano, że dotyczy to zamówienia prowadzonego przez Książnicę Podlaską, na które ofertę złożył także Altix sp. z o.o.

d. Zaoferowanie dokładnie tych samych produktów. W obu ofertach oferowane są dokładnie te same produkty. Są to produkty których dystrybucją zajmuje się wąska grupa wyspecjalizowanych firm. Przy czym nie bez znaczenia jest fakt, że w statucie fundacji nie ma wzmianki o tym, że fundacja może prowadzić działalność gospodarczą polegającą na handlu urządzeniami dla niepełnosprawnych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Zgodnie z § 18 statutu fundacji działalność gospodarcza Fundacji służy pozyskiwaniu środków na realizację celów statutowych Fundacji i jest dodatkową w stosunku do działalności pożytku publicznego. Fundacja prowadzi działalność gospodarczą w zakresie (katalog zamknięty):

- a) przemysłu lekkiego i spożywczego,
- b) świadczy usługi hotelarskie,
- c) handel detaliczny i hurtowy artykułami spożywczymi i przemysłowymi zarówno w kraju jak i za granicą,
- d) budownictwa ogólnego i specjalistycznego,
- e) usług projektowych oraz zastępstwo inwestycyjne.

Powyższe świadczy o tym, że oferta w przedmiotowym postępowaniu została złożona incydentalnie, nie w ramach prawa do prowadzenia działalności fundacji.

e. Podobieństwo fizyczne złożonych ofert.

- e1.** W obu ofertach w formularzu ofertowym przy zapisach o gwarancji pojawiło się identyczne wcięcie (akapit) przy drugim tirecie (nie było go w formularzu ofertowym i w ofertach innych wykonawców);
- e2.** Identyczny opis oferowanego produktu z tymi samymi specyficznymi elementami np. ten sam podział wyrazów i identyczny układ treści;
- e3.** Te same błędy stylistyczne w opisie przedmiotu zamówienia:
 - „większość powiększenia” zamiast „wielkość powiększenia”;
 - „możliwość eliminacji obić refleksów” zamiast „możliwość eliminacji odbić refleksów”.

Co świadczy o sporządzaniu obu ofert wg tego samego wzoru dokumentu lub przez tą samą osobę.

Przypadkowe wystąpienie wszystkich ww. elementów (lit. a-f) jest w ocenie zamawiającego tak dalece nieprawdopodobne w przypadku konkurencyjnego postępowania, że w jego ocenie opisane dowody wskazują jednoznacznie na istnienie zakazanego porozumienia pomiędzy Altix sp. z o.o. a Fundacją oraz uzgodnienie treści obu ofert, co uzasadnia odrzucenie oferty Altix sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad.4

Uzasadnienie:

- A- wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- B- wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;
- C- odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;
- D- odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 104 kodeksu cywilnego.

Ad.A

Wykonawca złożył informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634). Jednocześnie w prowadzonym postępowaniu ofertę złożyła spółka Altix sp. z o.o. Z informacji wynikających z załączonego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że p. Marek Kalbarczyk jest większościowym udziałowcem spółki Altix sp. z o.o. oraz jednym z dwóch członków zarządu tej spółki upoważnionym do jej reprezentowania. Z informacji zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika, że jednoosobowy zarząd fundacji Szansa dla Niewidomych KRS 0000260011 tworzy właśnie p. Marek Kalbarczyk a fundacja jest wpisana do rejestru przedsiębiorców³. Ze statutu Fundacji widniejącego na jej stronie internetowej wynika, że najwyższy organ fundacji tj. Radę Fundatorów oraz przewodniczącego powołuje Alitix sp. z o.o. To Rada Fundacji wyznaczana przez Altix sp. z o.o. powołuje i odwołuje członków zarządu. Z informacji ze strony internetowej Altix sp. z o.o. wynika, że to ta spółka była fundatorem fundacji. Zgodnie z przepisami art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również

³ Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

tego przedsiębiorcę. Kontrola, o której mówi ww. definicja to **wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców**, jako przykładowe formy w ustawie podano (art. 4 pkt 4 tej ustawy):

- a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Z dokumentów przedłożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz dostępnych na stronach internetowych Altix i Fundacji wynika, że Altix sp. z o.o. oraz Fundacja Szansa dla Niewidomych uczestniczą w grupie kapitałowej, o czym świadczy między innymi to, że:

- fundacja została powołana przez Altix sp. z o.o.,
- Altix sp. z o.o. wybiera Radę Fundatorów, która jest najwyższym organem fundacji,
- zarząd Fundacji (wybrany przez Radę Fundatorów, powołaną przez zarząd Altix sp. z o.o.) tworzy jednoosobowo główny udziałowiec i członek zarządu spółki Altix p, Marek Kalbarczyk mający prawo do samodzielnej reprezentacji spółki Altix – w efekcie to ta osoba kieruje działalnością operacyjną fundacji, zarządzając jednocześnie spółką Altix sp. z o.o.,

co wskazuje bez żadnych wątpliwości, że oba podmioty tworzą grupę kapitałową w rozumieniu przywołanych przepisów. Fundacja spełnia definicję przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W efekcie wykonawca złożył w postępowaniu nieprawdziwą informację o przynależności do grupy kapitałowej mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania. Oferta wykonawcy Altix sp. z o.o. jest najkorzystniejsza w 2 części zamówienia. Złożenie prawdziwej informacji o przynależności do grupy kapitałowej zobowiązywałby zamawiającego do wezwania spółki Altix i Fundacji do złożenia wyjaśnień dotyczących istniejących pomiędzy nimi powiązań w trybie art. 24b powołanej ustawy (przy założeniu uzupełnienia pełnomocnictwa przez Fundację), co mogłoby spowodować wykluczenie obu wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 z udziału w postępowaniu i skutkować wyborem w 2 części zamówienia oferty innego wykonawcy.

Ad.B

Zgodnie z zapisami sekcji 6.1.2 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca do oferty zobowiązany był dołączyć wykaz wykonanych dostaw potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu wraz z poświadczeniami należytego ich wykonania (wykonywania). Jednocześnie zamawiający – zgodnie z przepisami art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych dopuścił korzystanie z zasobów podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca wraz z ofertą złożył wykaz robót wykonanych przez inny podmiot tj. Altix Sp. z o.o. Warunkiem powołania się na zasoby podmiotów trzecich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest udowodnienie

zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jednym z dowodów może być, pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (art. 26 ust. 2b p.z.p.). Korzystając z tego rodzaju dowodu, wykonawca jest zobowiązany – zgodnie z zapisem pkt V.1.4 SIWZ mającym swoje źródło w przepisach § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – wskazać szczegółowe informacje dotyczące: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Należy przy tym pamiętać, że celem przeprowadzenia dowodu określonego w art. 26 ust. 2b p.z.p. jest możliwość oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz ocena tego, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Przedstawione zobowiązanie podmiotu trzeciego nie wykazuje, że wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym dla prawidłowego wykonania zamówienia oraz, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów. W szczególności nie sprecyzowano zakresu zasobu udostępnianego wykonawcy, nie sprecyzowano sposobu wykorzystania zasobu, nie określono szczegółowo charakteru stosunku, jaki będzie łączył obie strony (wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby), nie określono zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a wykonawca w wyznaczonym terminie nie uzupełnił wymaganych dokumentów, co uzasadnia wykluczenie go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad.C

Wykonawca Fundacja Szansa dla Niewidomych złożył w postępowaniu ofertę z ceną 73.710,00 zł (część 1) i ceną 73.369,00 zł (część 2). Jednocześnie w postępowaniu ofertę złożył wykonawca Altix sp. z o.o. z ceną 63.811,80 zł (część 1) i ceną 63.811,80 zł (część 2). Zamawiający stwierdza, że złożenie oferty Fundacji było czynem nieuczciwej konkurencji, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynem takim jest niewątpliwie zmowa przetargowa w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, przez którą rozumie się porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że krajowe jak i unijne regulacje dotyczące zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wynikające odpowiednio, z art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyznaczają zbliżony zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję, stanowiąc, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie, zapobieżenie, zakłócenie, wyeliminowanie lub naruszenie „w inny sposób” konkurencji na rynku właściwym. Kluczowym, więc elementem oceny danego zachowania przedsiębiorców na rynku

którego konstrukcja, w odniesieniu do poszczególnych powiązanych ze sobą faktów, na zasadach opisanych w art. 231 KPC, powinna być przedstawiona w uzasadnieniu wyroku w sposób pozwalający skontrolować prawidłowość ustalenia faktów i wynikających z nich wniosków. Z uwagi na to, że wykazanie istnienia zмовы przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo, w sądownictwie powszechnym za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zмовы przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Jak podkreśla się w orzecznictwie „Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie, zdaniem Sądu, jednoznacznie dowodzą wystąpienia zмовы przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję”. (Tak wyr. SOKiK z 17.4.2008 r., XVII Ama 117/05). Istnienie więc zмовы przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Dalej wskazać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obliгуje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2009-06-09, II CSK 44/09, 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. Ustawodawca wskazał również w art. 15 ust. 1 pkt 5, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie 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. Ustawodawca objął więc ochroną przedsiębiorców w sytuacji wymuszania na nich wyboru określonego przedsiębiorcy jako kontrahenta, czego skutkiem jest ograniczenie swobody w zakresie dokonywania wyboru partnerów rynkowych lub wyeliminowanie takiej możliwości. Podkreślić należy, że ustalenie, iż pomiędzy przedsiębiorcami doszło do niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w rozumieniu art. 6 ustawy p ochronie konkurencji i konsumentów może również stanowić podstawę do uznania danego czynu wykonawców jako czynu nieuczciwej konkurencji. Jak podkreśla się w piśmiennictwie ustawy te są bowiem względem siebie komplementarne, zaś stan faktyczny danej sprawy może podlegać ocenie na gruncie obu ustaw (tak m.in. Prawo konkurencji, System Prawa Prywatnego tom 15 pod redakcją prof. dr hab. Mariana Kępińskiego).

Mając na uwadze powyższe rozważania prawne i przenosząc je na grunt analizowanej sprawy wskazać należy w pierwszej kolejności, iż dla zakwalifikowania działania wykonawcy Fundacja Szansa dla Niewidomych jako praktyki ograniczającej konkurencję przybierającej postać niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego ze spółką Altix w postaci zмовы przetargowej zasadnicze znaczenie ma rozstrzygnięcie czy podmioty te ustaliły pomiędzy sobą sposób złożenia ofert w celu osiągnięcia celu gospodarczego w sposób sprzeczny z przepisami i

jest ustalenie czy dane zachowanie może być uznane za „porozumienie” oraz czy ma antykonkurencyjny „cel lub skutek”. Jeśli chodzi o pierwszy wskazany element tj. „porozumienie”, w doktrynie wskazuje się, iż jest to możliwość przypisania przedsiębiorcą będącymi stronami tego porozumienia minimum wzajemnych kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej. Wskazane w doktrynie szerokie rozumienie „porozumień”, powoduje, iż objęte są jego zakresem również niesformalizowane uzgodnienia przedsiębiorców, a więc również takie których antykonkurencyjny „cel” lub „skutek” nie wynika z umów, uchwał czy też innych pisemnych uzgodnień (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 listopada 2005 r. XVII Ama 26/04). Co do drugiego z elementów tj. „antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia”, to wskazać należy, że wymienione przesłanki mają charakter alternatywny. W piśmiennictwie podkreśla się, że cel danego zachowania należy określić poprzez obiektywnie ustalony cel samego porozumienia, przy czym ustalenie to powinno nastąpić z uwzględnieniem gospodarczego kontekstu, w jakim zawarte zostało (jest wykonywane) dane porozumienie. Cel porozumienia należy więc badać w oparciu o kryteria obiektywne i w okolicznościach konkretnej sprawy (tak m.in. K. Kohutek Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Wydanie II). Podkreślić należy również, że dla objęcia danego porozumienia zakazem z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części). Stosowanie tego przepisu nie jest bowiem zależne od faktu, czy porozumienie zostało tylko zawarte przez przedsiębiorców (ich związki), czy też strony rzeczywiście zrealizowały (lub realizują) je w praktyce. (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 marca 2003 r. XVII Ama 40/02). Dalej wskazać należy, że z art. 6 ust. 1 powołanej ustawy wynika, że zakazem objęte są także porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Bez znaczenia jest brak występowania po stronie przedsiębiorców (subiektywnego) zamiaru ograniczenia konkurencji (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2006 r. XVII Ama 9/05). Oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia. Okoliczność, iż naruszenie przepisów ustawy nastąpiło w sposób niezamierzony przez przedsiębiorców, którzy nie mieli intencji wywoływania skutków antykonkurencyjnych, nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania. Ustawodawca w art. 6 ust. 1 pkt 7 powołanej ustawy wskazał, iż jedną z form niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych jest porozumienie przetargowe, wskazując, iż są to uzgodnienia zawierane przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu co warunków składanych ofert. W końcu wskazać należy na istotną kwestię związaną z niedozwolonymi porozumieniami pomiędzy przedsiębiorcami, a mianowicie sposób wykazania niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Temat ten jest przedmiotem obszernej analizy zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w piśmiennictwie. Wskazać w tym zakresie należy przede wszystkim na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06), w którym sąd wskazał, m.in., iż w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia możliwe - a niekiedy nawet konieczne - **jest zastosowanie domniemań faktycznych**, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. (...) Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczone w orzecznictwie (...). Jak wiadomo, w sądowym postępowaniu cywilnym ustalenie faktu, czy zespołu poszczególnych faktów, następuje w zasadzie przez udowodnienie każdego z nich. Może być jednak oparte na notoryjności (art. 228 KPC), przyznaniu (art. 229 i 230 KPC) lub domniemaniu faktycznym (art. 231 KPC). (...) Wobec braku bezpośrednich środków dowodowych co do zawarcia porozumienia cenowego, konieczne stało się w postępowaniu sądowym konstruowanie domniemań faktycznych. Domniemanie takie pozwala na oparcie ustaleń faktycznych na uznaniu za ustalone faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów, czyli jest w istocie wnioskowaniem, rozumowaniem sądu orzekającego,

niezgodnie z interesem zamawiającego. Zdaniem zamawiającego porozumienie takie było faktem, świadczą o tym następujące fakty:

a. powiązania kapitałowe i osobowe pomiędzy wykonawcami:

Z informacji wynikających z załączonego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że p. Marek Kalbarczyk jest większościowym udziałowcem spółki Altix sp. z o.o. oraz jednym z dwóch członków zarządu tej spółki upoważnionym do jej reprezentowania. Z informacji zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika, że jednoosobowy zarząd fundacji Szansa dla Niewidomych KRS 0000260011 tworzy właśnie p. Marek Kalbarczyk a fundacja jest wpisana do rejestru przedsiębiorców⁴. Ze statutu Fundacji widniejącego na jej stronie internetowej wynika, że najwyższy organ fundacji tj. Radę Fundatorów oraz przewodniczącego powołuje Altix sp. z o.o. To Rada Fundacji wyznaczana przez Altix sp. z o.o. powołuje i odwołuje członków zarządu. Z informacji ze strony internetowej Altix sp. z o.o. wynika, że to ta spółka była fundatorem fundacji. Zgodnie z przepisami art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Kontrola, o której mówi ww. definicja to **wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców**, jako przykładowe formy w ustawie podano (art. 4 pkt 4 tej ustawy):

- a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Z dokumentów przedłożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz dostępnych na stronach internetowych Altix i Fundacji wynika, że Altix sp. z o.o. oraz Fundacja Szansa dla Niewidomych uczestniczą w grupie kapitałowej, o czym świadczy między innymi to, że:

- fundacja została powołana przez Atix sp. z o.o.,
- Altix sp. z o.o. wybiera Radę Fundatorów, która jest najwyższym organem fundacji,
- zarząd Fundacji (wybrany przez Radę Fundatorów, powołaną przez zarząd Altix sp. z o.o.) tworzy jednoosobowo główny udziałowiec i członek zarządu spółki Altix p, Marek Kalbarczyk mający prawo do samodzielnej reprezentacji spółki Altix – w efekcie to ta osoba kieruje działalnością operacyjną fundacji, zarządzając jednocześnie spółką Altix sp. z o.o.,

⁴ Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

co wskazuje bez żadnych wątpliwości, że oba podmioty tworzą grupę kapitałową w rozumieniu przywołanych przepisów. Fundacja spełnia definicję przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

b. Niedołączenie do ofert pełnomocnictw dla osób podpisujących obie oferty - co przy braku wadium nie rodziło ryzyka jego zatrzymania w przypadku ich nieuzupełnienia. Wykonawcy po analizie informacji o złożonych ofertach mogli uzupełnić pełnomocnictwo dla oferty korzystniejszej z ich punktu widzenia (z droższą ceną). W efekcie pełnomocnictwo uzupełniono jedynie dla osoby podpisującej ofertę spółki Altix (już po otwarciu ofert), zaś pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę Fundacji nie uzupełniono na wezwanie zamawiającego. Nie bez znaczenia jest fakt, że inny wykonawca zaproponował warunki realizacji zamówienia korzystniejsze niż Fundacja, ale mniej korzystne niż w ofercie spółki Altix (w części 2). W przypadku gdyby pomiędzy ofertą Altix sp. z o.o., a ofertą Fundacji nie pojawiła się oferta innego wykonawcy, przedsiębiorcy mogli uzupełnić pełnomocnictwo do oferty Fundacji, co skutkowałoby odrzuceniem oferty Altix i osiągnięciem celu antykonkurencyjnego przez obu wykonawców;

c. Użyczenie zasobów w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia na rzecz Fundacji przez spółkę Altix sp. z o.o. Fundacja nie posiadała wymaganego doświadczenia, w efekcie Altix sp. z o.o. udostępnił jej swoje doświadczenie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie zamawiającego nieuzasadnionym ekonomicznie zachowaniem wykonawcy chcącego uzyskać zamówienie publiczne jest udostępnianie swoich zasobów w zakresie doświadczenia innym wykonawcom startującym w tym postępowaniu, umożliwiając im tym samym start w tym postępowaniu i dopuszczając ich do złożenia konkurencyjnych ofert. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów dla Fundacji podpisali obaj członkowie zarządu Altix sp. z o.o. a więc także p. Marek Kalbarczyk będący Prezesem Fundacji Szansa dla Niewidomych - a w treści obu wyraźnie wskazano, że dotyczy to zamówienia prowadzonego przez Książnicę Podlaską, na które ofertę złożył także Altix sp. z o.o.

d. Zaoferowanie dokładnie tych samych produktów. W obu ofertach oferowane są dokładnie te same produkty. Są to produkty których dystrybucją zajmuje się wąska grupa wyspecjalizowanych firm. Przy czym nie bez znaczenia jest fakt, że w statucie fundacji nie ma wzmianki o tym, że fundacja może prowadzić działalność gospodarczą polegającą na handlu urządzeniami dla niepełnosprawnych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Zgodnie z § 18 statutu fundacji działalność gospodarcza Fundacji służy pozyskiwaniu środków na realizację celów statutowych Fundacji i jest dodatkową w stosunku do działalności pożytku publicznego. Fundacja prowadzi działalność gospodarczą w zakresie (katalog zamknięty):

- a) przemysłu lekkiego i spożywczego,
- b) świadczy usługi hotelarskie,
- c) handel detaliczny i hurtowy artykułami spożywczymi i przemysłowymi zarówno w kraju jak i za granicą,
- d) budownictwa ogólnego i specjalistycznego,
- e) usług projektowych oraz zastępstwo inwestycyjne.

Powyższe świadczy o tym, że oferta w przedmiotowym postępowaniu została złożona incydentalnie, nie w ramach prawa do prowadzenia działalności fundacji.

e. Podobieństwo fizyczne złożonych ofert.

- e1. W obu ofertach w formularzu ofertowym przy zapisach o gwarancji pojawiło się identyczne wcięcie akapit przy drugim tirecie (nie było go w formularzu ofertowym i w ofertach innych wykonawców);
- e2. Identyfikacyjny opis oferowanego produktu z tymi samymi specyficznymi elementami np. ten sam podział wyrazów i identyczny układ treści;
- e3. Te same błędy stylistyczne w opisie przedmiotu zamówienia:

- „większość powiększenia” zamiast „wielkość powiększenia”;
- „możliwość eliminacji obić refleksów” zamiast „możliwość eliminacji odbić refleksów”.

Co świadczy o sporządzaniu obu ofert wg tego samego wzoru dokumentu lub przez tą samą osobę.

Przypadkowe wystąpienie wszystkich ww. elementów (lit. a-f) jest w ocenie zamawiającego tak dalece nieprawdopodobne w przypadku konkurencyjnego postępowania, że w jego ocenie opisane dowody wskazują jednoznacznie na istnienie zakazanego porozumienia pomiędzy Altix sp. z o.o. a Fundacją oraz uzgodnienie treści obu ofert, co uzasadnia odrzucenie oferty Altix sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad.D

Zgodnie z zapisami sekcji XI.1.d Specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca do oferty zobowiązany był dołączyć dokument potwierdzający umocowanie osoby podpisującej ofertę do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy. Ofertę wykonawcy podpisała p. Anna Wasilczyk, której umocowanie nie wynika z treści oferty. Do oferty nie dołączono dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ofertę do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy, co uzasadniało wezwanie go ich uzupełnienia. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa, czego do wyznaczonego terminu nie uczyniono. W efekcie oferta jest nieważna na podstawie art. 104 kodeksu cywilnego (jednostronna czynność prawna złożona w cudzym imieniu bez umocowania jest nieważna) i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad.5

Uzasadnienie:

- odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp.

Oferta wykonawcy nie została opatrzona własnoręcznym podpisem osoby umocowanej, co powoduje, że nie została złożona w formie pisemnej (art. 78 kodeksu cywilnego). W efekcie oferta jest niegodna z przepisami art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (wymagającym dla oferty formy pisemnej pod rygorem nieważności) i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy.

Zamawiający informuje, że umowa o zamówienie publiczne może zostać zawarta po upływie terminu 5 dni od dnia przekazania wykonawcom informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w formie określonej w art. 27 ustawy Prawo zamówień publicznych (faksem lub pocztą elektroniczną).

KSIĄŻNICA PODLASKA
im. Łukasza Górnickiego
15-089 Białystok, ul. J. Kilińskiego 16
tel. c. 85 67 67 221, sek. 85 67 67 224

DYREKTOR
KSIĄZNICY PODLASKIEJ
Jan Lechożuk
Jan Lechożuk

