

WYROK
z dnia 13 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Członkowie:Magdalena Grabarczyk
Anna Osiecka

Protokolant:Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2020 r. przez wykonawcę: Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie;
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie;

przy udziale wykonawcy: **DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie**;
przy udziale wykonawcy: **Teltronik Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu**;
przy udziale wykonawcy: **K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą:
Profesjonalna Aparatura Radiokomunikacyjna „Profkom” T. K. ;**
zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

- 1.uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2.w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
- 3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego w częściach po 1/2, i:
 - 3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy), stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:
UZASADNIENIE

Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Dostawa w ramach umowy ramowej radiotelefonów standardu TETRA z szyfrowaniem TEA2 wraz z uzupełniającym sprzętem i oprogramowaniem niezbędnym dla programowania” (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”); znak sprawy zamawiającego 323/BŁiL/19/RG.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. W dniu 15 stycznia 2020 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/ S 010-018867.

W dniu 28 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów ustawy Pzp:

- 1.art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
- 2.art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia niezgodności oferty odwołującego z SIWZ pomimo, że niezgodność ta jest wynikiem omyłki oraz nie powoduje istotnej zmiany treści oferty (zarzut ewentualny sformułowany na wypadek uznania przez Izbę, że w treści oferty odwołującego wystąpiła niezgodność jej treści z treścią SIWZ);
- 3.art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert niżej wymienionych wykonawców:
 - a)DGT Sp. z o.o., ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn;
 - b)IT Partners Telco sp. z o.o., Żupnicza 17, 03-821 Warszawa;
 - c)Profesjonalna Aparatura Radiokomunikacyjna PROFKOM T. K., ul. Ratuszowa 7, 10116 Olsztyn;
 - d)YAGI-F. S. F., Gnieźnieńska 124, 62-006 Kobylnica;
 - e)TELTRONIK Sp. z o.o., ul. Ustronie 18, 47-220 Kędzierzyn-Koźle;

pomimo, że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów

Ozwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1.powtórzenie czynności oceny ofert;
- 2.unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3.poprawienie oferty odwołującego w zakresie formularza „Informacje dodatkowe” poprzez nadanie w pkt 1.3 następującego brzmienia:

„Sonic Communications; Pętla indukcyjna z mikrofonem i przyciskiem PTT; Neckloop Microphone & Remote PTT CA20170; Sonic Communications; Odbiórniki indukcyjne douszne (słuchawka); Micro Digital earpiece KIT CA11451; Sepura; antena 80 mm; STP/SC20 Series Extended Helical Antenna 380-400 MHz kpl. - 2.121,00 zł netto 2.608,83 zł brutto” - żądanie ewentualne na wypadek uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
4. odrzucenie ofert wykonawców: DGT Sp. z o.o., ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn; IT Partners Telco sp. z o.o., Żupnicza 17, 03-821 Warszawa; Profesjonalna Aparatura Radiokomunikacyjna PROFKOM T. K., ul. Ratuszowa 7, 10-116 Olsztyn; YAGI-F. S. F., Gnieźnieńska 124, 62-006 Kobylnica; TELTRONIK Sp. z o.o., ul. Ustronie 18, 47-220 Kędzierzyn-Koźle.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych

1.prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

W zakresie, w jakim podnosił, że niezasadne było odrzucenie jego oferty złożonej w postępowaniu wskazał, że zamawiający w sposób dowolny, wbrew treści złożonej oferty ustalił, że zaoferował on zestaw kamuflowany, stanowiący akcesorium Typ N3 do radiotelefonu nasobnego Typ N, bez wymaganej anteny dwupasmowej UHF/GPS.

Odwołujący przytaczał zapisy SIWZ, w których zamawiający określił wymagania dotyczące akcesorium Typ N3 (zestaw kamuflowany) tj. pkt V OPZ (załącznik nr 2 do SIWZ) oraz pkt XI.I SIWZ (opis sposobu przygotowania oferty). Zgodnie z tym ostatnim zamawiający wymagał złożenia oferty, poprzez wypełnienie na Platformie, Formularza Oferty oraz załączenia wymaganych dokumentów, w tym dokumentu oznaczonego jako: „Informacje dodatkowe” (dane oferowanych radiotelefonów oraz ceny jednostkowe oferowanych radiotelefonów i akcesoriów”, wypełnionego na wzorze przygotowanym przez zamawiającego. Stosownie do wzoru Informacji dodatkowych, w pkt 1) ppkt 1.3 tego dokumentu, w odniesieniu do akcesorium Typ N3 (zestaw kamuflowany) do radiotelefonu nasobnego Typ N, zamawiający wymagał podania informacji takich jak: producent; typ; model dla asortymentu wchodzącego w skład zestawu oraz ceny za 1 szt./ 1 kpl.

Odwołujący podał wymagane przez zamawiającego informacje dotyczące zestawu kamuflowanego w pkt 1) ppkt 1.3) Informacji dodatkowych w następujący sposób: akcesoria do radiotelefonu typu N Typ N3 (zestaw kamuflowany) (producent; typ; model dla asortymentu wchodzącego w skład zestawu): Sonic Communications; Pętla indukcyjna z mikrofonem i przyciskiem PTT; Neckloop Microphone&Remote PTT CA20170; Sonic Communications; Odbiórniki indukcyjne douszne (słuchawka); Micro Digital earpiece KIT CA11451; (Antena znajduje się w ukompletowaniu radiotelefonu nasobnego Typ N: Sepura; antena 80 mm; STP/SC20 Series Extended Helical Antenna 380-400 MHz;) 1 kpl. - 2.121,00 zł netto 2.608,83 zł brutto.

Uwzględniając wskazaną wyżej treść oferty, odwołujący stwierdził, że zamawiający w sposób wadliwy ustalił, że odwołujący zaoferował zestaw kamuflowany, stanowiący akcesorium Typ N3 do radiotelefonu nasobnego Typ N, bez wymaganej anteny dwupasmowej UHF/ GPS. Podkreślił, że w pkt 1.3 oferty, określającym asortyment wchodzący w skład zestawu kamuflowanego, uwzględniona została antena, poprzez podanie, jak wymagał tego zamawiający, jej: producenta, typu i modelu. Gdyby antena nie miała wchodzić w skład zestawu kamuflowanego zaoferowanego przez odwołującego, to nie zostałaby ona wymieniona w pkt 1.3 oferty jako element (asortyment) zestawu kamuflowanego. Wyjaśniał jednocześnie, że użyte w pkt 1.3 oferty odwołującego sformułowanie „Antena znajduje się w uкомплекtowaniu radiotelefonu nasobnego Typ N”, miało na celu zwrócenie zamawiającemu uwagi, że wymieniona w tym punkcie oferty, jako element zestawu kamuflowanego, antena oznaczona jako: „Sepura; antena 80 mm; STP/SC20 Series Extended Helical Antenna 380400 MHz”, znajduje się równocześnie w uкомплекtowaniu radiotelefonu nasobnego Typ N. Zwrócenie uwagi na tę okoliczność miało zasadnicze znaczenie z punktu widzenia specyfiki przedmiotu zamówienia, bowiem oferowane modele zestawów kamuflowanych miały stanowić asortyment oferowanych modeli radiotelefonów nasobnych Typ N, a nie jakichkolwiek innych modeli, w tym modeli oferowanych przez pozostałych wykonawców. Oznacza to, że zaoferowany przez odwołującego zestaw kamuflowany, jest kompatybilny z zaoferowanym przez niego modelem radiotelefonu Typ N. Wymogu takiej kompatybilności nie było w stosunku do innych modeli radiotelefonów nasobnych niż zaoferowany przez odwołującego. Przykładowo trudno oczekiwać, aby zaoferowana w zestawie kamuflowanym antena Sepura do radiotelefonu Sepura SC 2020 była kompatybilna z zaoferowanym przez pozostałych wykonawców modelem Motorola MTP 3550, jak też aby antena z zestawu Motorola pasowała do radiotelefonu SC2020.

Powyższa okoliczność oznacza, że oczywistym jest, wbrew twierdzeniom zamawiającego zawartym w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, iż przedmiotem zamówień wykonawczych będzie dostawa zestawów kamuflowanych jedynie do konkretnych radiotelefonów nasobnych, spośród zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym przedmiotem umowy ramowej, a w konsekwencji zamówień wykonawczych, nie jest dostawa zestawów kamuflowanych do dowolnego radiotelefonu, ale do konkretnego modelu radiotelefonu oferowanego przez danego wykonawcę. Jeżeli przedmiotem danego zamówienia wykonawczego będzie dostawa zestawów kamuflowanych do radiotelefonów Motorola MTP 3550 to oczywistym jest, że odwołujący nawet nie będzie miał możliwości złożenia oferty, z tej prostej przyczyny, że nie oferował w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej zestawów kamuflowanych do radiotelefonów Motorola MTP 3550. Skoro zatem przedmiotem zamówienia wykonawczego na dostawę zestawu kamuflowanego, w którym odwołujący będzie mógł złożyć ofertę, będzie wyłącznie dostawa tego zestawu do radiotelefonu nasobnego zaoferowanego przez odwołującego tj. Sepura SC2020, to oczywistą potrzebą było zwrócenie zamawiającemu uwagi, iż elementem zaoferowanego przez odwołującego zestawu kamuflowanego jest dokładnie ta sama, wymienna antena, która jest w uкомплекtowaniu radiotelefonu SC2020. Nie można zatem wykluczyć, że racjonalny zamawiający, zapraszając odwołującego do zaoferowania w ramach zamówienia wykonawczego zestawu kamuflowanego do radiotelefonu SC2020, uwzględni ww. okoliczność i ostatecznie zrezygnuje z zakupu w ramach zestawu, całkowicie zbędnej anteny, która będzie bezużyteczna.

Odwołujący podkreślił jednak, że w razie zamówienia zestawu kamuflowanego zgodnego z SIWZ tj. łącznie z anteną, odwołujący, jak wynika z jego oferty, dostarczy kompletny zestaw za kwotę nie wyższą od wskazanej w ofercie na zawarcie umowy ramowej. Zwrócenie uwagi na powyższą okoliczność, poprzez użycie w ofercie sformułowania: „Antena znajduje się w uкомплекtowaniu radiotelefonu nasobnego Typ N: Sepura; antena 80 mm; STP/SC20 Series Extended Helical Antenna 380-400 MHz”, nie może być odczytane jako brak zaoferowania anteny w zestawie kamuflowanym. Wymaga podkreślenia, że również dla zamawiającego, treść oferty odwołującego w zakresie pkt 1.3 nie była traktowana jako jednoznaczny brak zaoferowania anteny w zestawie kamuflowanym. Świadczy o tym choćby okoliczność, że zamawiający pismem z 16 kwietnia 2020 r. zwrócił się do odwołującego

Oudzielenie wyjaśnień, w tym potwierdzenie, że: oferowany zestaw akcesoriów do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) spełnia wszystkie wymagania i zawiera wszystkie elementy określone przez zamawiającego w Rozdziale V - Typ N3 - akcesoria do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) Załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia),

1zamawiający ma możliwość zamawiania akcesoriów Typ N3 do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) w pełnym zakresie, przewidzianym w OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ), w tym z anteną dwupasmową o parametrach zgodnych z OPZ; oraz, że: cena ofertowa akcesoriów Typ N3 do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany), skalkulowana przez wykonawcę, uwzględnia wartość anteny dwupasmowej o parametrach zgodnych z OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ). Zauważyć należy, że na wszystkie wyżej wymienione pytania odwołujący udzielił twierdzącej odpowiedzi. Gdyby oczywistym było dla zamawiającego, że odwołujący nie zaoferował anteny w ramach zestawu kamuflowanego, to nie kierowałby on zapytania w powyższym zakresie. Ponadto, zdziwienie budzi sytuacja, w której mimo, że odpowiedzi odwołującego na ww. pytania były jednoznaczne, to jednak zamawiający ofertę odwołującego odrzucił.

W dalszej części odwołujący zwracał uwagę, że niezrozumiałe i zarazem niesłuszne jest również stwierdzenie zamawiającego, zawarte w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, iż udzielone przez niego wyjaśnienia treści oferty „utwierdziły go w przekonaniu, że miał rację odnośnie oceny oferty SPRINT SA”. Nie sposób ponadto zgodzić się z zamawiającym, że z wyjaśnień RNC udzielonych przez odwołującego „jasno wynika, że wykonawca Sprint

S.A. nie uwzględnił w swojej ofercie (akcesoria Typ N3) anteny". Istotnie w treści tych wyjaśnień, w tabeli nr 1 określającej koszty zakupu radiotelefonów i asortymentu, omyłkowo nie została ujęta antena jako element zestawu kamuflowanego. Wymaga podkreślenia, że przy uwzględnieniu opisanej powyżej okoliczności, w której według wszelkiego prawdopodobieństwa, zamawiający odwołującego zestaw kamuflowany do radiotelefonu SC2020, zamawiający zrezygnuje z bezużytecznej dodatkowej anteny w ramach zestawu kamuflowanego, pracownik odwołującego omyłkowo pominął ten element w prezentacji kosztów wykonania tego zakresu zamówienia. Równocześnie jednak, co zamawiający zresztą potwierdza, odwołujący w innym punkcie wyjaśnień RNC określił i udowodnił realny koszt zakupu anteny wchodzącej w skład zestawu kamuflowanego. Wyjaśnienia te potwierdziły, że zaoferowana za zestaw kamuflowany cena pokrywa wszelkie koszty niezbędne do wykonania tego zakresu, w tym zakup anteny. Wyjaśnienia RNC zrealizowały zatem cel wezwania, co dodatkowo pogłębia brak zrozumienia dla ostatecznej decyzji zamawiającego, odrzucającej ofertę odwołującego. Należy zadać pytanie, jeżeli zamawiający twierdzi, że wyjaśnienia RNC wykazały, że składając ofertę odwołujący nie kalkulował w ramach zestawu kamuflowanego anteny, to dlaczego nie odrzucił on oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Z ostrożności, odwołujący podniósł także, że nawet gdyby przyjąć, z czym odwołujący się nie zgadza, że w treści jego oferty wystąpiła niezgodność polegająca na braku zaoferowania anteny w ramach zestawu kamuflowanego, to niezgodność ta podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należałoby bowiem przyjąć, że niezgodność ta powstała na skutek omyłki odwołującego, polegającej na nieprecyzyjnym określeniu w pkt 1.3 oferty elementów zestawu kamuflowanego i niejednoznacznym sposobie zwrócenia zamawiającemu uwagi, że antena z zestawu kamuflowanego jest tym samym modelem anteny, co znajdująca się w ukończeniu radiotelefonu nasobnego.

Poprawienie ww. omyłki nie stanowiłoby z kolei istotnej zmiany treści złożonej oferty. Po pierwsze należy wskazać, że poprawienie pkt 1.3 oferty nie prowadziłoby do zmiany ceny oferty. Jak wynika z treści wyjaśnień RNC koszt anteny w zestawie kamuflowanym, stanowi jedynie 0,2% „ceny oferty” odwołującego (14.501,00 zł. netto), zastosowanej do wyboru oferty najkorzystniejszej. W tym miejscu należy jednak podkreślić, że mało prawdopodobnym jest, aby do każdego radiotelefonu zamawiany był zestaw kamuflowany. Oznacza to, że faktyczny udział anteny w przedmiocie zamówienia będzie jeszcze mniejszy.

W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że odrzucanie oferty odwołującego, która jest w zasadzie jedyną ofertą konkurencyjną w stosunku do produktów Motorola, jest działaniem nieracjonalnym, wprost sprzecznym z nakazem prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Właśnie w celu zapobiegania odrzucaniu ofert z powodu tak błahych „niezgodności”, ustawodawca nakazał zamawiającemu poprawianie ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający tymczasem, z przyczyn niezrozumiałych dla odwołującego, zaniechał skorzystania z dyspozycji tego przepisu.

W konkluzji, odwołujący stwierdził, że działanie zamawiającego świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Analiza oferty złożonej przez DGT Sp. z o.o. wskazuje, że wykonawca ten, w treści oferty w żadnym z punktów nie określił typu oferowanego asortymentu. Tymczasem, zamawiający w każdym przypadku wymagał podania w ofercie takich informacji jak: producent; typ; model. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w sytuacji, w której oferta innego wykonawcy, zawiera braki, które z tego punktu widzenia również mogłyby uzasadniać jej odrzucenie. Działanie to świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców. Wymaga podkreślenia, iż szczególne zdziwienie budzi sytuacja, w której pomimo, że celem postępowania jest zawarcie umowy z wykonawcami zapewniającymi konkurencję, zamawiający dąży do odrzucenia jedynej oferty zapewniającej konkurencję. Jak bowiem wynika z uzasadnienia drugiej grupy zarzutów odwołania odrzucenie oferty odwołującego oznacza, że w umowie ramowej, „konkurencja” będzie ograniczona wyłącznie do produktów Motorola oraz wykonawców w stosunku do których trudno oczekiwać, że realnie będą ze sobą konkurować.

W zakresie, w jakim odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazywał, że zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów

Ozwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 1010) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W myśl art. 3 ust. 2 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie dostępu do rynku. Z kolei, stosownie do art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. (tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 369) o ochronie konkurencji

1konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów; podziale rynków zbytu lub zakupu; ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem; uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zakaz porozumień tego rodzaju uzasadniony jest ich zasadniczym, niezwykle szkodliwym oddziaływaniem na funkcjonowanie konkurencji

rynkowej. Odwołujący ocenia, że zasadnie, wymienieni wyżej wykonawcy wspólnie z „Aksel” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (dalej „Aksel”) oraz Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. (dalej „Motorola Polska”) lub Motorola Solutions Germany GmbH (dalej „Motorola Germany”), przy przedmiotowym przetargu publicznym działają w ramach porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 369), mając na celu zakłócenie konkurencji w toku postępowania przetargowego. W konsekwencji wystąpienia tego porozumienia, złożone przez ww. wykonawców oferty, podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że wykładnia prounijna art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, dokonana w świetle art. 2 pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE, nakazuje traktować jako wykonawcę nie tylko przedsiębiorców, którzy ubiegają się o zamówienie, ale również tych, którzy oferują na rynku dostawę produktów, nawet gdy sami formalnie oferty nie złożyli. Status wykonawcy posiadają zatem: Aksel oraz Motorola Polska lub Motorola Germany. Odwołujący wskazuje, że o zawarciu, pomiędzy wskazanymi wyżej wykonawcami lub choćby częścią z nich, zakazanego porozumienia świadczą m.in. następujące okoliczności: (i) każda ze złożonych ofert zawiera te same referencje pochodzące od wykonawcy Aksel, który udostępnia swoje zasoby na podstawie art. 22a ustawy Pzp; (ii) każda ze złożonych ofert przewiduje tożsamy udział w realizacji zamówienia tego samego wykonawcy tj. Aksel (jednakowa treść pisemnego zobowiązania); (iii) każda ze złożonych ofert oparta jest na ofercie produktowej pochodzącej od tego samego podmiotu - przedmiotem każdej ze złożonych ofert jest dostawa tych samych modeli radiotelefonów; (iv) warunki każdej ze złożonych ofert, w tym warunki cenowe są w zasadzie tożsame, a różnice pomiędzy nimi mają charakter formalny, wynikający co najwyżej z różnic w marży; (v) brak złożenia samodzielnej oferty przez Aksel oraz Motorola Polska; (vi) złożenie samodzielnych ofert przez ww. wykonawców w sytuacji, gdy przynajmniej część z nich nie ma realnych możliwości ubiegania się o tego rodzaju zamówienie i w podobnych projektach nigdy wcześniej nie uczestniczyła; (vii) wykonawcy: Profesjonalna Aparatura Radiokomunikacyjna PROFKOM T. K., YAGI-F. S. F. oraz TELTRONIK są sprzedawcami/ partnerami Aksel, którzy nie mają żadnych możliwości samodzielnego ubiegania się o zamówienie, nigdy wcześniej nie składali ofert w choćby zbliżonych projektach, co sugeruje, że ich udział w postępowaniu jest sztuczny i w rzeczywistości służy ukryciu innej oferty tj. Aksel.

Dla oceny sprawy, zdaniem odwołującego, miarodajne jest w szczególności, że Aksel jest dystrybutorem produktów Motorola na rynku polskim. Co za tym idzie, w swoich działaniach inkorporuje on nie tylko własny interes ekonomiczny (zwiększenie szans na sprzedaż poprzez multiplikację fikcyjnych uczestników przetargu), lecz także interes ekonomiczny producenta, z którym jest związany. Wskazane powyżej okoliczności dobitnie świadczą o tym, że ww. wykonawcy, a spośród nich - w szczególności i pierwszoplanowo: Aksel jako organizator i zasadniczy beneficjent, działali w celu ograniczenia konkurencji w postępowaniu tj. doprowadzenia do sytuacji, w której wyłącznie z partnerami jednego i tego samego w każdym przypadku producenta i dostawcy telefonów - Motorola Germany tj. DGT Sp. z o.o., IT Partners, Telco Sp. z o.o., Profesjonalna Aparatura Radiokomunikacyjna PROFKOM T. K., YAGI-F. S. F. oraz TELTRONIK Sp. z o.o. zostanie zawarta umowa ramowa, a w konsekwencji możliwość uzyskania zamówienia (zamówienia wykonawcze) ograniczona będzie wyłącznie do produktów jednego producenta.

W oczywistym stopniu uzależnia to realizację całego zamówienia od tylko jednego podmiotu, który przecież nie jest ograniczony w modyfikacji własnej oferty produktowej w każdym czasie, a do tego podlega obiektywnym kryteriom rynkowym i może być eksponowany na ryzyko zawieszenia lub nawet zaprzestania działalności. Cel powyższy został zrealizowany, o czym świadczy okoliczność, w której według kryteriów oceny ofert, wszystkie pięć miejsc kwalifikujących do zawarcia umowy ramowej, zajęli ww. wykonawcy, oferujący minimalnie różniące się edycje tego samego produktu jednego producenta.

Nawet jednak, gdyby powyższe działanie, rażąco sprzeczne z interesem publicznym chronionym przepisami ustawy Pzp, następujące nadto wbrew powszechnie przyjętym standardom etycznym profesjonalnego biznesu, nie było celem ww. wykonawców, a oni sami nie mieli świadomości działania ze strony Aksel lub Motorola Polska lub Motorola Germany (co odwołujący wyklucza), to okoliczność, w której faktycznie zrealizowany został skutek w postaci ograniczenia konkurencji, przesądza o faktycznym wystąpieniu zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, a w tych okolicznościach, z uwagi na naruszenie przepisów zapobiegających nieuczciwej konkurencji przedmiotowe oferty muszą zostać wykluczone z postępowania. Konkurencja została bowiem, co bezspornie wykazano, istotnie zaburzona. W zaistniałych okolicznościach odwołujący nie miał możliwości prowadzenia uczciwej konkurencji z wykonawcami. Oferując jako jedyny, produkt uczciwie konkurencyjny, pochodzący od innego wytwórcy, o niewątpliwie sprawdzonych walorach technicznych, działał on - w przeciwieństwie do pozostałych pięciu uczestników - z poszanowaniem realnej i uczciwej konkurencji. Należy wobec tego wykluczyć możliwość przyjęcia, że bez zawarcia nielegalnego porozumienia, zaistniałaby sytuacja do jakiej doszło w toku postępowania.

Odwołujący wywodził, że firma Aksel, udostępniając swoje referencje pięciu wykonawcom, miała pełną świadomość, którego postępowania to udostępnienie dotyczy, w tym, że umowa ramowa zawarta zostanie z maksymalnie pięcioma wykonawcami. Racjonalnym działaniem ze strony Aksel, jako jedynego podmiotu posiadającego referencje, w warunkach kierowania się wyłącznie uczciwością i interesem ekonomicznym, nadto z poszanowaniem interesu publicznego chronionego przepisami Pzp byłoby złożenie

samodzielnej oferty. Równocześnie firma ta miała pełną świadomość, że w postępowaniu możliwe jest złożenie tylko jednej oferty przez jeden podmiot, a wymaganych uczestników było pięciu.

W celu zagwarantowania sobie udziału w umowie ramowej i realizacji zamówienia, można zasadnie przyjmować, że firma Aksel zrezygnowała z samodzielnego złożenia oferty, a w zamian, zrealizuje swój interes ekonomiczny w równym stopniu bez uchybienia wymogom formalnym - poprzez udostępnienie swoich zasobów pięciu innym wykonawcom. Firma ta miała świadomość, że udostępniając swoje zasoby pięciu wykonawcom na tych samych warunkach, w tym cenowych, w sposób zdecydowany zwiększa swoje szanse w realizacji zamówienia. Takie działanie jest jednak czynem nieuczciwej konkurencji, do tego zrealizowanym ze szkodą dla interesu publicznego oraz pozostałego jedyne uczestnika przetargu, który złożył w pełni konkurencyjną ofertę w sposób uczciwy, oferując zasadniczo inny produkt, niż pozostali.

Odwolujący, z uwagi na okoliczności sprawy przyjął, że pięciu wspomnianych wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, zasadniczo otrzymali oferty na sprzedaż produktów zaoferowanych zamawiającemu, od tego samego podmiotu tj. Aksel, Motorola Polska lub Motorola Germany. Podmiot, który zaoferował sprzedaż tożsamyh produktów wykonawcom składającym ofertę, również miał świadomość jakiego postępowania ta oferta dotyczy i że brak zróżnicowania cenowego tych ofert doprowadzi do sytuacji, w której podmioty te w rzeczywistości nie będą ze sobą konkurowały i w zasadzie uzyskają tożsamą ilość punktów w kryteriach, co jednak gwarantowało zajęcie wszystkich „miejsc” w umowie ramowej, a tym samym wykluczenie konkurencji. Tym samym ich działanie nie zasługuje na ochronę prawną, gdyż realizowane było w celu jednoznacznie sprzecznym z wymogiem zapewnienia uczciwej konkurencji, realizowanym przepisami Pzp.

W konsekwencji, w ocenie odwołującego, wskutek zмовы przetargowej wykonawców, doszło do wyłączenia, zarówno konkurencji podmiotowej jak i produktowej. Nie sposób bowiem zakładać zaistnienia realnej konkurencji w toku postępowań wykonawczych pomiędzy partnerami producenta Motorola oferujących analogiczny produkt, którzy dodatkowo, w przypadku każdego z zamówień wykonawczych uzależnieni będą od udziału w realizacji zamówienia „innego podmiotu” tj. firmy Aksel. W oczywisty sposób, wskutek zawarcia nielegalnego porozumienia, wyłączona została również konkurencja produktowa, skoro każdy z ww. wykonawców zaoferował te same modele radiotelefonów. Dzięki zorganizowaniu pięciu, formalnie różniących się od siebie ofert, ww. wykonawcy mieli pewność, że partnerzy Motorola zajmą wszystkie miejsca kwalifikujące do zawarcia umowy ramowej, a w konsekwencji jedynymi produktami, które będzie kupował zamawiający będą produkty Motorola, dostarczane za pośrednictwem dystrybutora Aksel.

Odwolujący podnosił ponadto, że działaniem utrudniającym dostęp do rynku innym przedsiębiorcom, w tym odwołującemu, a zatem czynem nieuczciwej konkurencji, była już sama decyzja pozostałych wykonawców o złożeniu ofert w sytuacji, w której zasadne jest przyjęcie, że mieli oni świadomość opisanej powyżej sytuacji.

Równocześnie odwołujący poinformował, że wiążące się ze wskazanymi wyżej okolicznościami zarzuty dotyczące oceny ww. ofert z punktu widzenia przesłanek wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 20 i 23 ustawy Pzp) oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu (realność udostępnienia zasobów doświadczenia), w razie konieczności będzie formułował po zakończeniu tego etapu postępowania.

Zamawiający, w dniu 1 czerwca 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpili, z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust 2 ustawy Pzp wykonawcy: DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie (dalej „DGT”); Teltronik Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie- Koźlu (dalej „Teltronik”; K. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Profesjonalna Aparatura Radiokomunikacyjna „Profkom” T. K. (dalej „Profkom”), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Odwolujący w dniu 7 lipca 2020 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, wnioskując o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: A. B. - prokurenta Aksel, podpisującej w imieniu tego podmiotu zobowiązanie do udostępnienia zasobów; S. S. - prezesa zarządu Aksel, na okoliczność wystąpienia przesłanek przemawiających za istnieniem bezpośredniego lub pośredniego porozumienia ograniczającego konkurencję w przetargu, w szczególności: (i) dotychczasowej współpracy Aksel z następującymi uczestnikami postępowania: DGT Sp. z o.o., IT Partners, Telco Sp. z o.o., Profesjonalna Aparatura Radiokomunikacyjna PROFKOM T. Kr., YAGI-F. S. F. oraz TELTRONIK Sp. z o.o., a w szczególności skali tej współpracy, czasu trwania współpracy, jej charakteru, istniejących powiązań o charakterze korporacyjnym, kapitałowym i osobowym; (ii) okoliczności oraz przesłanek udzielenia przez Aksel zobowiązania do udostępnienia zasobów; (iii) przesłanek udzielenie pozytywnych rekomendacji poszczególnym uczestnikom przetargu; (iv) zakresu merytorycznego oraz czasu trwania i intensywności dotychczasowej współpracy Aksel z poszczególnymi uczestnikami przetargu; (v) przyczyn niewzięcia przez Aksel bezpośredniego udziału w przetargu; (vi) przygotowania i warunków ofert produktowych dla ww. wykonawców, w tym zasadności zróżnicowania cenowego; (vii) zasad i praktyki Aksel w zakresie polityki cenowej, realizowania dostaw, rozkładu odpowiedzialności za wywiązanie się z dostaw, priorytetyzacji poszczególnych partnerów tej spółki - uczestników przetargu; (viii) zasad wynagradzania Aksel z tytułu sprzedaży i promocji produktów Motorola; (ix) znajomości warunków przetargu ze strony Aksel;

(x) podejmowania ustaleń bądź uzgodnień z Motorola Polska lub Motorola Germany, bądź jakimkolwiek innym podmiotem grupy Motorola w kontekście sprawdzenia i zapewnienia dostępności wymaganych produktów, sprawdzenia i przygotowania możliwości dostaw na rzecz wykonawców w ramach przedmiotowego przetargu; (xi) zakresu udziału Aksel w realizacji zamówienia po stronie każdego z pięciu wykonawców.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawcy: Teltronik oraz Profkom złożyli do akt sprawy pisma procesowe, zawierające ich stanowisko w sprawie.

Odwolujący, na potwierdzenie okoliczności wskazanych w treści złożonego odwołania, złożył na posiedzeniu dowód i wniósł o jego przeprowadzenie w postaci tabelarycznego zestawienia cen oferowanych przez pięciu innych wykonawców, ubiegających się o zamówienie, celem wykazania, że pomiędzy zaoferowanymi przez te podmioty cenami występują niewielkie różnice.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a odwołującym, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, treścią pism procesowych, złożonych przez odwołującego oraz przystępujących Teltronik i Profkom, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Oferta odwołującego została odrzucona, jako niezgodna z treścią SIWZ. Ponadto, zamawiający zaniechał czynności, do której był zobowiązany, polegającej na nieodrzuceniu ofert pozostałych wykonawców. Stosownie do warunków przetargu, umowa ramowa może być zawarta z maksymalnie pięcioma wykonawcami, stąd zaniechanie odrzucenia pozostałych ofert, w sytuacji, w której łącznie złożono sześć ofert, może prowadzić do pozbawienia odwołującego szans na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania
O zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, treści korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującym.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: A. B. - prokurenta Aksel, podpisującej w imieniu tego podmiotu zobowiązanie do udostępnienia zasobów; S. S. - prezesa zarządu Aksel, na okoliczność wystąpienia przesłane przemawiających za

istnieniem bezpośredniego lub pośredniego porozumienia

ograniczającego konkurencję w przetargu. Skład orzekający, oddalając przedmiotowy wniosek uznał, że wskazane okoliczności, które mają świadczyć o istnieniu porozumienia pomiędzy pięcioma wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu oraz Aksel, wynikają z dokumentów, które zostały złożone w postępowaniu. Fakt współpracy pięciu wykonawców, wskazanych przez odwołującego z Aksel, nie ulega wątpliwości, nie budzi również wątpliwości, że wykonawca ten będzie brał udział w realizacji zamówienia w sposób, wynikający ze złożonego oświadczenia o udostępnieniu zasobów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego postępowania, zgodnie z Rozdziałem IV pkt 1 jest wyłonienie wykonawców do zawarcia umowy ramowej na dostawę radiotelefonów TETRA z szyfrowaniem TEA2 wraz z uzupełniającym sprzętem i oprogramowaniem niezbędnym dla programowania dostarczanych telefonów. W pkt 3 zamawiający wskazał, że celem przeprowadzenia niniejszego postępowania jest wyłonienie maksimum pięciu wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złoży mniej wykonawców.

Izba ustaliła ponadto, że w postępowaniu, do upływu termin składania ofert, złożono sześć ofert, w tym odwołujący. W formularzu „Informacje dodatkowe”, pkt 1.3. akcesoria do radiotelefonu typu N Typ N3 (zestaw kamuflowany) odwołujący podał następujące informacje: (Antena znajduje się w ukończeniu radiotelefonu nasobnego Typ N: Sepura; antena 80mm; STP/SC20 Series Extended Helical Antenna 380-400 MHz).

Izba ustaliła następnie, że w związku z tym oświadczeniem w treści formularza zamawiający, w toku badania ofert, powziął wątpliwość odnośnie zgodności oferty odwołującego z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu

zamówienia). Z uwagi na powyższe zwrócił się do odwołującego pismem z 16 kwietnia 2020 r. informując, że ma uzasadnioną wątpliwość czy, w przypadku wyboru jego oferty, będzie miał możliwość zamawiania akcesoriów Typ N3 do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) w pełnym zakresie, przewidzianym przez Zamawiającego w OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ), tj. obejmującym: (1) Antena dwupasmowa UHF/GPS do radiotelefonu nasobnego w wykonaniu kamuflowanym („sznurkowa”, przystosowana do ułożenia na ciele użytkownika) lub standardowa, skrócona antena UHF nie dłuższa niż 100 mm. Żadna z wymienionych powyżej anten nie może stanowić integralnej części radiotelefonu (możliwość wymiany anteny). Zamawiający dopuszcza zastosowanie zintegrowanej z radiotelefonem (wewnętrznej) anteny GPS. W tym przypadku nie będzie wymagał od anten kamuflowanych pracy w paśmie GPS (antena jednopasmowa). (2) Pętla indukcyjna z mikrofonem i przyciskiem PTT, wyposażona w złącze kompatybilne z radiotelefonem, kabel wzmacniony. (3) Odbiornik indukcyjny - douszny (słuchawka). Dostarczona słuchawka musi spełniać następujące wymagania: prawidłowa współpraca z oferowaną pętlą indukcyjną; kolor cielisty (beżowy); minimalne pasmo przenoszenia 300Hz-5000Hz; zasilanie z jednej baterii - min. 80 godzin; sygnalizacja niskiego poziomu zasilania; funkcja squelch oraz filtrowanie zakłóceń; filtr przeciw woskowinie (dodatkowe 10 szt. w zestawie - wraz z akcesoriami do wymiany); konstrukcja obudowy umożliwiająca samodzielną wymianę baterii przez użytkownika; załączone dodatkowe baterie do dostarczonej słuchawki - 2 szt.; uniwersalny kształt (jeden rodzaj do lewego i prawego ucha). W związku z powyższym prosił o potwierdzenie, że: (1) oferowany radiotelefon nasobny (typ N), tj. Sepura SC2020, spełnia wszystkie wymagania, określone przez Zamawiającego w Rozdziale II - Typ N - radiotelefony nasobne Załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia); (2) oferowany zestaw akcesoriów do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) spełnia wszystkie wymagania i zawiera wszystkie elementy określone przez Zamawiającego w Rozdziale V - Typ N3 - akcesoria do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) Załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), i zamawiający ma możliwość zamawiania akcesoriów Typ N3 do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) w pełnym zakresie, przewidzianym przez zamawiającego w OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ), w tym z anteną dwupasmową o parametrach zgodnych z OPZ; (3) cena ofertowa akcesoriów Typ N3 do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany), skalkulowana przez wykonawcę, uwzględnia wartość anteny dwupasmowej o parametrach zgodnych z OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ).

W odpowiedzi na pismo odwołujący złożył następujące oświadczenia: zaoferowany radiotelefon nasobny (typ N), tj. Sepura SC2020, spełnia wszystkie wymagania, określone przez Zamawiającego w Rozdziale II - Typ N - radiotelefony nasobne - Załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia); oferowany zestaw akcesoriów do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) spełnia wszystkie wymagania i zawiera wszystkie elementy określone przez zamawiającego w Rozdziale V - Typ N3 - akcesoria do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) - Załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), i Zamawiający ma możliwość zamawiania akcesoriów Typ N3 do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) w pełnym zakresie, przewidzianym przez Zamawiającego w OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ), w tym z anteną dwupasmową o parametrach zgodnych z OPZ; cena ofertowa akcesoriów Typ N3 do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany), skalkulowana przez wykonawcę, uwzględnia wartość anteny dwupasmowej o parametrach zgodnych z OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ), a potwierdzeniem tej okoliczności jest załączona do wyjaśnień RNC oferta od dostawcy (załącznik nr 1), gdzie w poz. 2021 wskazana została cena zakupu ww. anteny jako dodatkowego akcesorium. Zaoferowana cena za zestaw kamuflowany tj. 2.121,00 zł netto, przy uwzględnieniu złożonych wraz z wyjaśnieniami RNC ofert od dostawców (załącznik nr 1 - poz. 2021; załącznik nr 2 - poz. N3) pokrywa zatem wszelkie koszty niezbędne dla zrealizowania dostawy zestawu kamuflowanego, łącznie z przedmiotową anteną. Potwierdzamy ponadto, że zaoferowana cena za radiotelefon nasobny typ N (1.950,00 zł netto) obejmuje w sobie koszt znajdującej się w ukompletowaniu radiotelefonu anteny, czego potwierdzeniem jest choćby załączona do złożonych wyjaśnień RNC oferta dostawcy (załącznik nr 1), gdzie w poz. 1011 jako element ukompletowania radiotelefonu wymieniona jest antena. Ponadto wyjaśnił, że w pkt 1) oferty (formularz dodatkowy) nie było miejsca na wskazanie parametrów anteny znajdującej się w ukompletowaniu radiotelefonu nasobnego Typ N. W tych okolicznościach, użycie w pkt 1) ppkt 1.3 oferty (formularz dodatkowy) stwierdzenia: „Antena znajduje się w ukompletowaniu radiotelefonu nasobnego Typ N: Sepura; antena 80mm; STP/SC20 Series Extended Helical Antenna 380-400 MHz”, miało na celu zwrócenie zamawiającemu uwagi, że wymieniona w ww. pkt oferty, jako element zestawu kamuflowanego, antena oznaczona jako: „Sepura; antena 80mm; STP/SC20 Series Extended Helical Antenna 380-400 MHz”, znajduje się równocześnie w ukompletowaniu radiotelefonu nasobnego Typ N.

Następnie Izba ustaliła, że zamawiający pismem z 1 kwietnia 2020 r. wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących wyliczenia ceny oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie wymienionym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący udzielił wyjaśnień w piśmie z 15 kwietnia 2020 r., część z nich zastrzegając jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Następnie, zamawiający pismem z 18 maja 2020 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym stwierdził, że wykonawca Sprint S.A. w formularzu „Informacje dodatkowe”, w ramach akcesoriów N3 nie zaoferował anteny dwupasmowej UHF/GPS, wymaganej przez Zamawiającego, spełniającej parametry określone przez w Załączniku nr 2 do SIWZ. Zapis, który zamieścił odwołujący w formularzu świadczy, w ocenie zamawiającego o tym,

że wykonawca uznał za spełniony wymóg SIWZ, oferując antenę UHF/GPS wyłącznie w ramach ukompletowania radiotelefonu Typ N.

W dalszej części pisma zamawiający stwierdził, że tok myślenia przyjęty przez wykonawcę Sprint S.A. stoi w sprzeczności z zapisami SIWZ, które w sposób wystarczająco precyzyjny opisują wymagania postawione przez zamawiającego, dotyczące możliwości składania zamówień rozdzielnie i według zapotrzebowań na poszczególne asortymenty wymieniony w Załączniku nr 1 do umowy ramowej. Zatem, w sytuacji, kiedy wykonawca nie oferuje możliwości zamawiania w ramach akcesoriów do radiotelefonu typ N wszystkich akcesoriów zestawu kamuflowanego (N3), zamawiający nie ma możliwości korzystania w pełni z możliwości oferowanego radiotelefonu, w tym wypadku z radiotelefonu w zestawieniu kamuflowanym.

Następnie zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia, które złożył odwołujący w dniu 20 kwietnia 2020 r. „tylko utwierdziły go w przekonaniu, że miał rację odnośnie oceny oferty Sprint S.A.” Nie zgodził się z twierdzeniem o braku miejsca w formularzu do podania parametrów anteny w ukompletowaniu radiotelefonu Typ N twierdząc, że zamawiający tego nie żądał, podobnie jak nie żądał podania parametrów akumulatora, wymiennego zaczepu/ klipsa umożliwiającego mocowanie radiotelefonu do pasa czy ładowarki akumulatorów. Zamawiający żądał natomiast zaznaczenia oferowanych funkcjonalności radiotelefonu poprzez wypełnienie tabeli. Dodał ponadto, że zamawiający przeanalizował wyjaśnienia treści oferty, konfrontując je z wyjaśnieniami RNC, złożonymi przez Sprint S.A. w dniu 15 kwietnia

2020r. I tak o ile oferta dostawcy Hytera skonstruowana dla firmy Sprint S.A. zawiera w pozycji

2021 dane anteny dla zestawu kamuflowanego (akcesoria Typ N3), to już z wyjaśnień RNC objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (Tabela I koszty zakupu radiotelefonów i asortymentu) jasno wynika, że wykonawca Sprint S.A. nie uwzględnił w swojej ofercie (akcesoria Typ N3) anteny, która stanowiła jeden z elementów akcesoriów zestawu kamuflowanego (N3) do radiotelefonu nasobnego. Wykonawca wymienił natomiast bezbłędnie pozostałe dwa akcesoria (pętla indukcyjna i odbiornik indukcyjny), analogicznie do tego, jak podał w formularzu „Informacje dodatkowe”.

Z powyższą decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący, składając odwołanie w dniu 28 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie, w jakim odwołujący sformułował zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ.

Na wstępie skład orzekający pragnie wskazać, który to pogląd można uznać za ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest jedynie w przypadkach, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, przy czym dotyczyć musi ona sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczane). Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ (tak np. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 775/19). Badanie przez zamawiającego treści oferty i ocena składanych przez wykonawcę oświadczeń, pod kątem zgodności przedmiotu oferowanego z zamawianymi dostawami, usługami czy robotami budowlanymi, polegać winna zatem zawsze na porównaniu wymagań stawianych w SIWZ z treścią złożonej przez wykonawcę oferty. Jedynie w przypadku jednoznacznego stwierdzenia, że zawarte tam oświadczenie, na przykład co do parametrów oferowanego rozwiązania, nie odpowiada opisanemu przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, istnieje podstawa do odrzucenia oferty.

Przypomnieć należy również, że zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać a jeśli treść oferty budzi wątpliwości, aby w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnić stwierdzone niezgodności czy niejasności i dokonać poprawy omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wprawdzie zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty jest uprawnieniem zamawiającego, to jednak obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością, jest wykorzystanie środków przewidzianych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, przed jej odrzuceniem. Wymaga również przypomnienia, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 87

ust. 1 ustawy Pzp stanowią wykładnię oświadczenia woli i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że oświadczenie złożone przez odwołującego na formularzu „Informacje dodatkowe”, w pkt 1) ppkt 1.3 tego dokumentu, w odniesieniu do akcesorium Typ N3 (zestaw kamuflowany) do radiotelefonu nasobnego Typ N przesądza, że antena, której parametry wymienił w tym miejscu tj. antena 80 mm; STP/SC20 Series Extended Helical Antenna 380-400 MHz oferowana jest przez odwołującego wraz z radiotelefonem, a tym samym nie zostanie dostarczona wraz z zestawem kamuflowanym.

Nie ulega wątpliwości, że odwołujący w tym miejscu miał obowiązek podania informacji takich jak: producent, typ oraz model, dla asortymentu wchodzącego w skład zestawu oraz ceny za 1 szt./ 1 kpl. Odwołujący wskazał wymagane przez zamawiającego informacje dotyczące wszystkich elementów zestawu kamuflowanego, w tym anteny. Kwestia, że zawarł całość informacji w nawiasie oraz, że obok parametrów anteny dodał: „Antena znajduje się w ukompletowaniu radiotelefonu nasobnego Typ N: Sepura; antena 80 mm; STP/SC20 Series Extended Helical Antenna 380-400 MHz” nie przesądza o zamiarze odwołującego, którego upatrywał zamawiający a zatem dostarczenia anteny wyłącznie wraz z radiotelefonem, przy jednoczesnej deklaracji, że w zestawie kamuflowanym takiej anteny brak.

Mając na uwadze wskazaną wyżej treść oferty, w szczególności okoliczność, że antena została wymieniona w punkcie, w którym zadaniem wykonawcy było wskazać i opisać asortyment wchodzący w skład zestawu kamuflowanego (producenta, typ i model), nie sposób zgodzić się z wnioskami zamawiającego co do zaistniałej na tym etapie niezgodności pomiędzy treścią SIWZ, a treścią złożonej przez odwołującego oferty.

Wprawdzie treść oferty mogła budzić wątpliwości zamawiającego, albowiem obok informacji których zamawiający wymagał w tym punkcie, a które były niezbędne do oceny oferty, odwołujący zamieścił informacje dodatkowe, zasadne zatem było zwrócenie się przez zamawiającego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie jej treści. O ile zatem wezwanie do wyjaśnień należy uznać za działanie zgodne z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, to już ich ocena i wnioski zamawiającego w zakresie złożonego przez odwołującego oświadczenia - nie znajdują oparcia w treści złożonych wyjaśnień. Dostrzec należy, że w odpowiedzi na konkretne i szczegółowe pytania zamawiającego, o które zwrócił się pismem z 16 kwietnia 2020 r., w szczególności z prośbą o potwierdzenie, że: oferowany zestaw akcesoriów do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) spełnia wszystkie wymagania i zawiera wszystkie elementy określone przez zamawiającego w Rozdziale V - Typ N3 - akcesoria do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) Załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), i zamawiający ma możliwość zamawiania akcesoriów Typ N3 do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany) w pełnym zakresie, przewidzianym w OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ), w tym z anteną dwupasmową o parametrach zgodnych z OPZ; oraz, że: cena ofertowa akcesoriów Typ N3 do radiotelefonu typu N (zestaw kamuflowany), skalkulowana przez wykonawcę, uwzględnia wartość anteny dwupasmowej o parametrach zgodnych z OPZ (Załącznik nr 2 do SIWZ), odwołujący udzielił odpowiedzi twierdzącej. Potwierdził tym samym, że antena której parametry wymienił, stanowi element zestawu kamuflowanego i zostanie zamawiającemu dostarczona wraz z akcesoriami. Niezależnie od powyższego wyjaśnił, że użyte w pkt 1.3 oferty odwołującego sformułowanie „Antena znajduje się w ukompletowaniu radiotelefonu nasobnego Typ N”, miało na celu zwrócenie zamawiającemu uwagi, że wymieniona w tym punkcie oferty, jako element zestawu kamuflowanego, antena oznaczona jako: „Sepura; antena 80 mm; STP/SC20 Series Extended Helical Antenna 380-400 MHz”, znajduje się równocześnie w ukompletowaniu radiotelefonu nasobnego Typ N. Odwołujący podkreślał ponadto, że wskazywał jedynie zamawiającemu, że w przypadku gdy zamówienie dotyczy tego właśnie radiotelefonu - antena znajduje się w jego ukompletowaniu, co oznacza, że jeśli zamawiający nie będzie zainteresowany zamówieniem anteny po raz drugi, wraz z zestawem kamuflowanym możliwa będzie rezygnacja z tego elementu. Argumentował przy tym na rozprawie, że w jego ocenie możliwa jest modyfikacja zamówienia na etapie zawierania umów wykonawczych, która polegała będzie na rezygnacji z anteny.

Niezależnie od stanowiska odwołującego w zakresie możliwości modyfikacji zamówienia, z którym to stanowiskiem zamawiający polemizował, nie ulega wątpliwości, że sama treść złożonych wyjaśnień nie budzi wątpliwości co do oferowanego zakresu zamówienia. Zamawiający, z niezrozumiałych w ocenie Izby powodów, podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdzając, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ.

W piśmie, informującym odwołującego o odrzuceniu jego oferty, w uzasadnieniu faktycznym odwoływał się do wyjaśnień składanych przez niego na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Co warte dostrzeżenia, odwołujący złożył przedmiotowe wyjaśnienia 15 kwietnia 2020 r., i nie były one kwestionowane przez zamawiającego w tym znaczeniu, że nie budziło wątpliwości zamawiającego, iż wszystkie elementy składające się na zamówienie zostały ujęte w cenie oferty i skalkulowane. W innym przypadku zasadne byłoby bowiem wystosowanie kolejnego wezwania do odwołującego, w którym to zamawiający miał możliwość wyjaśnienia niejasności i rozbieżności. Zamawiający tego nie uczynił, w piśmie informującym o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Sprint S.A. powołał się jednak na pismo, w którym takie wyjaśnienia były udzielone, wskazując, że o ile oferta dostawcy Hytera skonstruowana dla firmy Sprint S.A. zawiera w pozycji 2021 dane anteny dla zestawu kamuflowanego (akcesoria Typ N3), to już z wyjaśnień RNC

objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (Tabela I koszty zakupu radiotelefonów i asortymentu) jasno wynika, że odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie (akcesoria Typ N3) anteny, która stanowiła jeden z elementów akcesoriów zestawu kamuflowanego (N3) do radiotelefonu nasobnego.

Powyższe, w ocenie zamawiającego, wynikało z faktu, że w tabeli odwołujący wymienił bezbłędnie pozostałe dwa akcesoria (pętla indukcyjna i odbiornik indukcyjny), analogicznie do tego, jak podał w formularzu „Informacje dodatkowe”, pomijając jednak antenę.

Zamawiający dokonał interpretacji wyjaśnień, składanych przez odwołującego w toku postępowania, w związku z podejrzeniem wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie i ocenił je w kontekście zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty, pominął jednak całkowicie wyjaśnienia, składane w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przy czym sam zamawiający przyznał, że załączona do wyjaśnień RNC oferta dostawcy Hytera, skonstruowana dla firmy Sprint S.A., zawiera w pozycji 2021 dane anteny dla zestawu kamuflowanego (akcesoria Typ N3), a zatem stanowi element oferty w ramach dostarczanych akcesoriów. Potwierdza to zatem okoliczność, że odwołujący zwracał się do dostawcy akcesoriów z prośbą o wycenę tego elementu. Z kolei dołączona oferta miała stanowić potwierdzenie, że ten element w ofercie odwołującego został skalkulowany na poziomie rynkowym, wynikającym z oferowanych odwołującemu cen.

Zamawiający dostrzegł braki w wycenie, zawarte w tabeli nr 1 określającej koszty zakupu radiotelefonów i asortymentu, całkowicie pomijając okoliczność, że w innym punkcie wyjaśnień RNC odwołujący określił i udowodnił realny koszt zakupu anteny wchodzącej w skład zestawu kamuflowanego. Uznać należało, że wyjaśnienia, w całości, potwierdziły, że cena zaoferowana za zestaw kamuflowany tj. 2 121,00 zł. pokrywa wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania tego zakresu, włączając w to koszt anteny. Składają się na nią koszty ujęte w tabeli 1 (załącznik do wyjaśnień odwołującego dotyczące RNC, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) oraz wynikające z oferty firmy Hytera, w której w pozycji 2021 ujęto koszt akcesorium do radiotelefonu tj. anteny o wskazanych przez odwołującego w ofercie, parametrach.

W świetle powyższych okoliczności Izba uznała, że zasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ w zakresie, w jakim zaoferował on wszystkie elementy zestawu kamuflowanego, w związku z czym nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Izba oddaliła zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie; IT Partners Telco sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Profesjonalna Aparatura Radiokomunikacyjna PROFKOM T. K., z siedzibą w Olsztynie; YAGI- F. S. F. z siedzibą w Kobylnicy oraz TELTRONIK Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu uznając, że nie zostały one udowodnione.

Stosownie bowiem do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z przepisem art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r., poz. 1076) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zatem dla stwierdzenia istnienia zmywu przetargowej pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu a firmą Aksel, Motorola Polska czy Motorola Germany, gdyż do tego de facto sprowadza się sformułowany zarzut, konieczne jest stwierdzenie, że między uczestnikami rynku doszło do niedozwolonego porozumienia, którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji na rynku właściwym - w tym przypadku doprowadzenie do sytuacji, w której w ramach zawieranych umów wykonawczych zamawiający będzie miał możliwość zakupu tylko jednego produktu firmy Motorola. Z oczywistych względów, z uwagi na charakter tego rodzaju porozumień, które są niezgodne z prawem, a także konsekwencje, jakie się z nimi wiąże, trudno oczekiwać, że uczestnicy decydujący się na takie działania dadzą temu formalny wyraz, na przykład w postaci zawieranych umów, czy też w inny sposób będą je uzewnętrzniać. Przeciwnie, tego rodzaju współpraca zazwyczaj jest starannie ukrywana.

W efekcie, stwierdzenie zmywu przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności danej sprawy, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Innymi słowy, stwierdzenie zmywu przetargowej, o ile odbywa się nie na podstawie wyraźnego i pozostającego poza jakimikolwiek wątpliwościami porozumienia, wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy.

Co wymaga zaznaczenia nie można jednak, jedynie na podstawie poszlak wskazujących na określonego rodzaju współpracę istniejącą pomiędzy podmiotami przyjmować, że do takiego niedozwolonego porozumienia doszło i w konsekwencji odrzucać oferty wykonawców, w stosunku do których powstały wątpliwości w tym zakresie. Zauważyć należy, że w okolicznościach niniejszej sprawy,

fakt współpracy pomiędzy wykonawcami a Aksel wynikał ze sposobu dystrybucji produktów Motorola na rynku polskim. Aksel, jako dystrybutor tych produktów, każdemu z wykonawców udostępnił zatem swój potencjał w zakresie, jaki wynikał z zasad współpracy pomiędzy podmiotami. Jednocześnie należy zauważyć, że korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, jest dopuszczalną formą potwierdzenia spełnienia wymagań, których żąda zamawiający od wykonawców, a zatem trudno uznać, że istnieje określony przepisami zakaz skorzystania z tej instytucji przez ubiegających się o zamówienie wykonawców.

Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego, który odwoływał się do prounijnej wykładni art. 2 pkt 11 ustawy Pzp twierdząc, że wykonawcami w tym postępowaniu są nie tylko wykonawcy, którzy ubiegają się o zamówienie, ale również ten, który oferuje na rynku dostawę określonych produktów nawet, jeśli sam oferty w postępowaniu nie złożył. Podnosił, że Aksel winien zostać również uznany za wykonawcę w postępowaniu. Tymczasem, w świetle przepisów ustawy Pzp, wykonawcą jest ten podmiot, który o zamówienie ubiega się, złożył ofertę w postępowaniu lub zawarł umowę o zamówienie publiczne. Tym samym nie można uznać, że Aksel posiada taki status w postępowaniu, a tym bardziej wysnuć wniosku, że to on sam miał obowiązek wzięcia udziału w postępowaniu.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że okoliczności przywoływane przez odwołującego w treści odwołania, nie wskazują na fakt istnienia takiego porozumienia, którego celem lub skutkiem miało być wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Przede wszystkim zauważyć należy, że fakt, że warunki przetargu przewidywały, że do zawarcia umowy ramowej zakwalifikowanych zostanie pięciu wykonawców, zaś w przetargu wzięło udział pięciu wykonawców oferujących produkty tego samego producenta, nie przesądza jeszcze o możliwości wyeliminowania konkurencji w postępowaniu. Dostrzec należy, że pomiędzy ofertami złożonymi przez wskazanych przez odwołującego wykonawców, występowały różnice cenowe. Niewykluczone zatem, że inny wykonawca ubiegający się o to zamówienie, zająłby któreś z pięciu pierwszych miejsc, kwalifikujących go do zawarcia umów wykonawczych, czy nawet, że zaoferowana przez niego cena byłaby najniższa, a zatem uplasowałby się na pierwszym miejscu w rankingu. Ubiegając się o dane zamówienie, przed złożeniem ofert żaden z podmiotów nie ma jeszcze wiedzy, jaki poziom cen pozwoli mu na znalezienie się w owej piątce wykonawców, zakwalifikowanych do zawarcia umów wykonawczych.

Dostrzec należy również, że chociaż wskazywane różnice cenowe w ofertach nie są znaczące, świadczą jednak o tym, że każdy ze sprzedających produkty na rynku wykonawców, indywidualnie uzgadnia ceny z dostawcą tj. z Aksel, a także ustala swój poziom marży i zysku, który osiągnie.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisów art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z §5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz.U. z 2018 r., poz. 972). Przepisy te wyrażają zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z której wynika konieczność zbadania przez Izbę stopnia w jakim roszczenia wynikające z odwołania zostały zaspokojone.

W tej sprawie rozpoznaniu podlegały dwa zasadnicze zarzuty: (1) odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ oraz (2) zaniechanie odrzucenia ofert innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Mając na względzie fakt, że odwołanie zostało uwzględnione tylko w zakresie jednego z dwóch wzmiankowanych zarzutów, Izba uznała za zasadne podzielenie kosztów postępowania odwoławczego wynoszących łącznie 18.600,00 zł. po połowie, zatem zasądzeniu od zamawiającego na rzecz odwołującego podlegała kwota 9.300,00 zł. (7.500,00 zł - połowa wpisu i 1.800,00 zł - połowa kosztów wynagrodzenia pełnomocnika).

Przewodniczący:

Członkowie: