Sygn. akt: KIO 1368/22

WYROK

z dnia 13 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Anna Chudzik

Członkowie:

Przemysław Dzierzędzki

Danuta Dziubińska

Protokolant:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez wykonawcę Xentia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aksel Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, Teltronik Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Xentia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. 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;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Tramwaje Warszawskie - prowadzi w trybie przetargu

nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Dostawa, uruchomienie oraz bieżąca obsługę Systemu Radiołączności Cyfrowej. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2021 r. pod nr 2021/S 248-658001.

W dniu 23 maja 2022 r. wykonawca Xentia Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty Konsorcjum Aksel Sp. z o.o., Teltronik Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Aksel) jako najkorzystniejszej, zaniechania wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania i zaniechania odrzucenia jego oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz wobec czynności wezwania ww. Konsorcjum do doprecyzowania wyjaśnień z dnia 24 marca 2022 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7

   ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Aksel z postępowania oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego Konsorcjum, w sytuacji gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że Konsorcjum zawarło z innymi wykonawcami (IP Connect Sp. z o.o., Page Communication Sp. z o.o.) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji i złożyło ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

2) art. 128 ust. 4, art. 223 ust. 1 oraz art. 16 ustawy Pzp, poprzez wezwanie Konsorcjum

   Aksel do doprecyzowania wyjaśnień z 24 marca 2022 r., mimo że Konsorcjum nie udzieliło wyjaśnień w zakresie powziętych działań mających na celu zapobieżenie powstaniu sytuacji złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie przygotowania ofert niezależnie od siebie przez wskazanych wykonawców,;

3) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

   w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 226 ust. 1

   pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 16 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Aksel jako

   najkorzystniejszej, mimo że Konsorcjum podlegało wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Aksel jako najkorzystniejszej, wykluczenia ww. Konsorcjum z postępowania i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że oprócz niego oferty w postępowaniu złożyły następujące podmioty: Konsorcjum Aksel, Page Communication Sp. z o.o. (dalej: PC) oraz IP Connect Sp. z o.o. (dalej: IPC). Każdy z ww. wykonawców zaznaczył w oświadczeniu JEDZ, w odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, odpowiedź „NIE".

Zdaniem Odwołującego, między Konsorcjum Aksel a wykonawcami PC oraz IPC

występują powiązania, które stanowią wiarygodne przesłanki dla tezy o zawarciu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Powiązania te uzasadniają także tezę, że oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

- Adres siedziby Aksel oraz IPC jest tożsamy; siedziba obu spółek mieści się w Rybniku przy ul. Lipowej 1 7; pod tym adresem znajduje się jednopiętrowy budynek, nie zaś wielopiętrowy i wielolokalowy biurowiec; w ofertach tych podmiotów brak jest informacji o odrębnych lokalach funkcjonujących pod tym adresem, przypisanych odrębnie do AKSEL i odrębnie do IPC;

- AKSEL (w ramach Konsorcjum), IPC, jak i PC w ofercie wskazali ten sam adres, pod który należy kierować wnioski, oświadczenia i zawiadomienia;

- Numery telefonów osób uprawnionych do kontaktu z ramienia każdego z ww. podmiotów pochodzą z tej samej puli (nr osoby kontaktowej w odniesieniu do AKSEL: 691457060, IPC: 691457045, PC: 691457065);

- PC podało w swojej ofercie jako korespondencyjny adres e-mail w domenie ipconnect.pl;

- Prokurent Aksel - pani K. G., uprawniony w ramach prokury łącznej do reprezentowana AKSEL łącznie z drugim prokurentem - panią A. B. (która złożyła ofertę w imieniu Konsorcjum), jest jednocześnie wspólnikiem IPC i najprawdopodobniej wspólnikiem Teltronik sp. z o.o.;

- Pani A. B., umocowana do złożenia oferty w imieniu Konsorcjum, jest jednocześnie wspólnikiem Teltronik Sp. z o.o. i najprawdopodobniej wspólnikiem IPC (nieuwidocznionym w KRS z uwagi na liczbę udziałów poniżej 10 % kapitału zakładowego);

- Pan D. E. A. jest wspólnikiem i prezesem zarządu IPC;

- Wspólnikami PC są członkowie rodziny D. A. — C. C. A., P. A.;

- D. E. A. był wspólnikiem i wiceprezesem zarządu Aksel; 23 grudnia 2013 r. miał miejsce wpis zmiany danych w KRS - osoba ta przestała być wspólnikiem Aksel, zaś nowym wspólnikiem została pani H. S.;

- D. E. A. był wspólnikiem i prokurentem w spółce PC;

- S. S. - wspólnik i prezes zarządu w spółce Aksel był wcześniej wspólnikiem razem z D. E. A. w IPC; 3 grudnia 2013 r. miał miejsce wpis zmiany danych w KRS, S. S. przestał być wspólnikiem IPC, zaś wspólnikiem zostaje jego córka - K. G.;

- Osoby związane z ww. spółkami uczestniczą w zgromadzeniach wspólników pozostałych spółek;

Podczas zwyczajnego zgromadzenia wspólników IPC w dniu 27 czerwca 2019 r. pełnomocnikiem wspólnika IPC - K. G. (będącego jednocześnie prokurentem AKSEL) był S. D. (który przygotowywał ofertę w imieniu Konsorcjum), a protokolantem był P. K. - prezes zarządu PC;

Podczas zgromadzenia wspólników Aksel, które odbyło się tego samego dnia, co ww. zgromadzanie wspólników IPC, pani H. S. była reprezentowana na podstawie pełnomocnictwa udzielonego D. A. (prezesowi zarządu IPC od początku istnienia spółki), który jednocześnie udzielił pełnomocnictwa do jej reprezentacji P. K. (od dnia 26 lutego 2018 r. prezes zarządu PC);

Podczas zgromadzenia wspólników Aksel w dniu 11 stycznia 2021 r. (podejmowania uchwały o podziale zysku) D. A. (prezes zarządu IPC od początku istnienia spółki), był pełnomocnikiem H. S. (wspólnika Aksel); uprawnione jest przyjęcie, że pan D. A. otrzymał nieograniczone w czasie, stałe pełnomocnictwo do reprezentowania pani H. S. na zgromadzeniach wspólników Aksel;

Podczas zgromadzenia wspólników Aksel z 5 lipca 2021 r. D. A. (prezes zarządu IPC) był ponownie pełnomocnikiem Pani H. S. .

Odwołujący wskazał, że pismem z 25 lutego 2022 r., wniósł o odrzucenie przez Zamawiającego ofert Konsorcjum Aksel, IPC oraz PC z powodu prawdopodobnej zmowy cenowej, wskazując na istnienie powiązań pomiędzy tymi podmiotami. W wyniku powyższego, Zamawiający wezwał Konsorcjum Aksel, pismem z dnia 18 marca 2022 r., do złożenia wyjaśnień w szczególności w zakresie powiązania między Wykonawcą Aksel Sp. z o.o. a innym uczestnikiem przedmiotowego postępowania, tj. IP Connect sp. z o. o., w osobie Pani K. G., która według KRS-ów jednocześnie jest wspólnikiem w firmie IP Connect sp. z o.o. oraz prokurentem w firmie Aksel sp. z o.o., co budzi wątpliwości Zamawiającego co do czynności podejmowanych na etapie przygotowania oferty, tj. czy nie doszło do zakłócenia konkurencji w niniejszym postępowaniu; w złożonych wyjaśnieniach powinno znaleźć się w szczególności wyjaśnienie udziału, ewentualnie wpływu, jaki miała Pani K. G. na przygotowanie Państwa oferty, a także powziętych działań mających na celu zapobieżenie powstaniu sytuacji złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie przygotowania ofert niezależnie od siebie przez wskazanych Wykonawców.

Konsorcjum udzieliło w wyznaczonym terminie wyjaśnień, wskazując, że:

1. oferta konsorcjum została sporządzona całkowicie samodzielnie przez uczestników konsorcjum;

2. K. G. nie brała udziału w przygotowaniu oferty konsorcjum;

3. K. G. nie miała wpływu na przygotowanie oferty konsorcjum;

4. złożenie oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa uczestników konsorcjum, stąd też przedsięwzięto wszelkie możliwe, prawem dopuszczalne kroki zapobiegające ujawnieniu tej tajemnicy osobom trzecim - w tym niezaangażowanym w proces tworzenia oferty - a także podmiotom trzecim;

5. wobec oświadczeń jak wyżej, konsorcjum nieznany był fakt oraz sposób przygotowania ofert przez innych wykonawców, w szczególności przez IP Connect Sp. z o. o.

Zamawiający, w dniu 7 kwietnia 2022 r., wezwał Konsorcjum do doprecyzowania złożonych wyjaśnień, wskazując, że: w wezwaniu skierowanym do Wykonawcy Zamawiający wezwał do wyjaśnień w zakresie udziału, ewentualnie wpływu, jaki miała Pani K. G. na przygotowanie oferty, a także podania powziętych działań mających na celu zapobieżenie powstaniu sytuacji złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie przygotowania ofert niezależnie od siebie przez wskazanych Wykonawców. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca odniósł się jedynie do pierwszej części wezwania, tj. stwierdził iż K. G. nie brała udziału w przygotowaniu oferty ani nie miała wpływu na jej przygotowanie, nie podając informacji o powziętych działaniach mających na celu zapobieżenie powstania sytuacji złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie przygotowania ofert niezależnie od siebie przez wskazanych Wykonawców. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do doprecyzowania złożonych wyjaśnień, tj. wskazania powziętych działań dotyczących powiązania Aksel sp. z o. o. a IP Connect sp. z o. o., w osobie Pani K. G. .

Konsorcjum złożyło dodatkowe wyjaśnienia wraz z załącznikami pismem z 11 kwietnia 2022 r.

IPC oraz PC również zostali wezwani przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in. powiązań pomiędzy sobą oraz członkiem Konsorcjum Aksel Oba podmioty udzieliły wyjaśnień.

W dniu 13 maja 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Konsorcjum Aksel jako najkorzystniejszej.

Oferty IPC oraz PC zostały odrzucone z uwagi na fakt, że podmioty te nie wyraziły zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odwołujący podniósł, że w świetle powyższego Konsorcjum Aksel podlegało wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5, a jego oferta odrzuceniu. Wskazał, że ww. przepis ten nie zawiera zamkniętego katalogu zachowań mogących być uznanymi za zakazane porozumienie, a jedynie wymienia w szczególności okoliczność złożenia odrębnych ofert przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji". Za takie porozumienia należy niewątpliwie uznać przede wszystkim porozumienia określone w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku właściwym). Przepis ten określa przykładowe postaci zakazanych porozumień, do których należy m.in. porozumienie polegające 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, nazywane zmowami przetargowymi. Powyższe opisy zmów przetargowych są jedynie przykładowe, nie wyczerpują wszystkich możliwych modeli niedozwolonej współpracy przyjętych przez wykonawców. Ponadto, zmowa przetargowa nie kończy się na etapie przygotowania i złożenia ofert. Po ich złożeniu uczestnicy porozumienia nadal współpracują, dostosowując swoje dalsze działania do aktualnej sytuacji w danym postępowaniu. Może się zatem zdarzyć również, że już na etapie po otwarciu ofert dojdzie do zmiany preferowanego przez nich pierwotnie wykonawcy, którego oferta ma zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W ten sposób dochodzi do wtórnego naruszenia konkurencji w postępowaniu, ponieważ de facto wykonawcy biorący udział w zmowie składają swego rodzaju ofertę wariantową (złożoną z oficjalnie niezależnych ofert indywidualnych), a następnie, po wyjaśnieniu aktualnej sytuacji w postępowaniu, dostosowują swoje działania w zakresie doprowadzenia przez Zamawiającego do wyboru jednej z nich, do bieżących potrzeb. Takiej możliwości nie mają wykonawcy składający rzeczywiście indywidualne oferty, ich pozycja w postępowaniu po złożeniu ofert pozostaje już bowiem niezmienna i niezależna od woli oferenta.

Odwołujący podkreślił, że art. 108 ust. 5 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiających obowiązku udowodnienia zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, a wymaga jedynie, aby jego zawarcie mogło było stwierdzone przez zamawiającego w oparciu o wiarygodne przesłanki. Takie rozwiązanie wynika z faktu, że często zmowy przetargowe, jako zakazane, nie mają postaci sformalizowanej, co wiąże się z ograniczeniami dowodowymi w ich wykazaniu. Z tego też powodu w orzecznictwie dotyczącym antykonkurencyjnych porozumień dopuszcza się możliwość przyjmowania domniemań faktycznych. Wobec trudności dowodowych istnienie antykonkurencyjnego porozumienia może zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów. Jak wskazał TSUE choćby w wyroku z dnia 21 września 2006 r. (Sprawa C-113/04 P Technische Unie BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich) „w większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego musi być wyprowadzone ze zbiegu szeregu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji."

Odwołujący zaznaczył, że do stwierdzenia zawarcia porozumienia nie jest istotne, czy porozumienie zostało zrealizowane, a także z jakich powodów nie zostało wykonane. Ostatecznie antykonkurencyjny skutek może nie ziścić się z przyczyn nawet niezależnych od stron porozumienia, ale zakazana już jest intencja zaburzenia konkurencji.

W ocenie Odwołującego, okoliczności zaistniałe w niniejszej sprawie stanowią wiarygodne przesłanki świadczące o tym, że Konsorcjum Aksel oraz pozostali wykonawcy współpracowali ze sobą przy przygotowywaniu ofert w postępowaniu oraz w toku postępowania, a także na etapie ich badania i oceny przez Zamawiającego. Jeżeli uwzględni się brzmienie udzielonych przez Konsorcjum wyjaśnień nie powinno ulegać wątpliwości, że Konsorcjum nie przedstawiło właściwie jakichkolwiek argumentów i dowodów na to, że Konsorcjum oraz IPC nie współpracowały ze sobą przy przygotowywaniu oferty. Konsorcjum oświadczyło jedynie, że oferta została sporządzona samodzielnie, zaś pani K. G. ani nie brała udziału ani też nie miała wpływu na przygotowanie oferty Konsorcjum. Wyjaśnienia te należy uznać za gołosłowne i niewykazane w żadnej mierze. Lakoniczność wyjaśnień winna budzić zdziwienie, jeżeli uwzględni się fakt, że Konsorcjum oświadczyło również, że nie był mu znany fakt oraz sposób przygotowania ofert przez innych wykonawców. Oświadczenia tego nie można było uznać za wiarygodne jeżeli uwzględni się fakt, że zarówno przedstawiciele Aksel, jak i IPC uczestniczyli w poprzedzającym Postępowanie dialogu technicznym w 2019 r., dotyczącym dostawy systemu radiołączności cyfrowej dla Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, że jest mało prawdopodobne, aby prokurent w spółce, czyli osoba mająca prawo do zajmowania się wszelkimi sprawami spółki zgodnie z zakresem prokury, nie miała wiedzy o fakcie czy treści oferty składanej w postępowaniu o wartości ponad 11 mln złotych. Nawet gdyby przyjąć, że fakt istnienia powiązań osobowych czy rodzinnych sam w sobie nie uprawnia wniosku o braku samodzielności w prowadzeniu działalności gospodarczej, w tym

w podejmowaniu decyzji o uczestnictwie w przetargu i warunkach ofert, a lokalizacja siedziby Aksel oraz IPC pod tym samym adresem nie oznacza automatycznie, że przedsiębiorcy współpracowali ze sobą podczas przygotowania ofert, to jednak łączne występowanie tych wszystkich okoliczności powinno prowadzić do wniosku, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego doszło do zakłócenia konkurencji. Można zaryzykować tezę, że jest wysoce nieprawdopodobne, aby wykonawcy powiązani w sposób opisany powyżej byli samodzielni w działaniach i że w istocie zachowana byka przez nich blokada przepływu informacji, jaka powinna funkcjonować w przypadku podmiotów samodzielnie podejmujących decyzje gospodarcze i konkurujących ze sobą. Niewątpliwie powiązania, jakie występują między nimi, stanowiły bazę dla swobodnej wymiany informacji.

Odwołujący podniósł, że o współpracy na etapie poprzedzającej przygotowanie ofert i zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia świadczą również pewne fakty dotyczące ofert złożonych przez IPC oraz PC. Choćby to, że IPC oraz PC uzyskiwali gwarancję zapłaty wadium u tego samego podmiotu, a co więcej, gwarancje wystawione były tego samego dnia przez tę samą osobę niemalże w czasie rzeczywistym. Co więcej, znakiem zawarcia porozumienia może świadczyć również to, że IPC oraz PC złożyły certyfikaty nieprzetłumaczone na język polski wraz z ofertami, zaś w wyniku wezwania Zamawiającego złożyły niemalże tożsame w treści tłumaczenia (co oznacza, że podmioty te korzystały z tłumaczeń przygotowanych przez tę samą osobę). Okolicznością uprawdopodabniającą zawarcie zmowy jest również fakt, że IPC oraz PC wskazało tych samych podwykonawców w swoich ofertach (przy czym PC dla stworzenia w ocenie Odwołującego pozoru wskazania różnych podwykonawców użyło błędnych nazw - Telekom Poznań zamiast TELE.COM Sp. z o.o. i PHU „KA-IG" J. M.-M. zamiast PHU „KAIG" J. M.-M. . Nadto, zakres zamówienia objęty potencjalnym podwykonawstwem również jest tożsamy.

Zdaniem Odwołującego, o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia świadczy również sposób postępowania Konsorcjum oraz pozostałych wykonawców w dalszym toku postępowania (już po złożeniu ofert). Po pierwsze, wyjaśnienia Konsorcjum Aksel, stanowiące wykonanie wezwania Zamawiającego z 18 marca 2022 r., nie zawierają właściwie żadnej argumentacji, która byłaby obiektywnie wystarczająca dla wykazania, że Konsorcjum działało samodzielnie. Co więcej, Konsorcjum nie wykonało w części wezwania Zamawiającego. Wyjaśnienia, zgodnie z wezwaniem, miały bowiem obejmować w szczególności przedstawienie działań, jakie zostały podjęte celem wyeliminowania możliwości zakłócenia konkurencji. Wezwanie miało jasną treść i nie wywoływało wątpliwości interpretacyjnych. Czynność wezwania nie została również zaskarżona. Mimo to, wyjaśnienia obejmują 5 zdań, które obiektywnie nie mogły rozwiać wątpliwości Zamawiającego.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że wątpliwości Zamawiającego w żaden sposób nie mogły rozwiać wyjaśnienia złożone w wykonaniu wezwania do „doprecyzowania" wyjaśnień (niezależenie od tego, że w ocenie Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wzywania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień). Po pierwsze, Konsorcjum oświadczyło w tych wyjaśnieniach, że „do dnia składania ofert nie miało wiedzy, iż IP Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i opracowuje ofertę". Deklaracja ta nie może być uznana za wiarygodną, skoro oba podmioty brały udział w dialogu technicznym dotyczącym właśnie dostawy systemu radiołączności cyfrowej dla Zamawiającego. Po drugie, Konsorcjum wskazało, że w Aksel obowiązuje „procedura dotycząca realizacji zamówień publicznych przewidująca zaangażowanie wyłącznie osób niezbędnych z punktu widzenia posiadanych kompetencji i rozdziału obowiązków w spółce". Konsorcjum nie złożyło jednak żadnych dowodów, które tę okoliczność mogłoby wykazać. Wraz z wyjaśnieniami zostały złożone karta przeglądowa konsorcjum zawierająca podpisy wszystkich osób, które brały udział w opracowaniu oferty. Konsorcjum oświadczyło przy tym, że „na dokumencie widnieją podpisy następujących osób: [l] S. S., [2] A. B., [3] D. S., [4] S. D., [5] B. S., [6] J. H., [7] G. N. . Wyłącznie powyższe osoby miały wiedzę o zamiarze złożenia oferty przez konsorcjum i brały udział w jej opracowaniu." W ocenie Odwołującego wiarygodność tego dokumentu podważa chociażby okoliczność, że nie ma w nim wskazanych osób ze strony Teltronik Sp. z o.o., w tym zarządu tej spółki. Jest w ocenie Odwołującego mało prawdopodobne, aby członek zarządu drugiego konsorcjanta (pan J. S.) nie brał udziału choćby w ustalaniu ceny oferty. Niezależnie od tego, nie sposób pomijać faktu, że wskazany dokument mógł zostać opracowany na potrzeby złożenia wyjaśnień i mógł powstać w dowolnym czasie. Co istotne, w tym oświadczeniu brakuje również podpisu pani J. M. . Jak wynika z profilu zawodowego Linkedin osoba ta zatrudniona jest w Aksel i zajmuje się opracowywaniem dokumentów przetargowych. W ocenie Odwołującego osoba ta niewątpliwie uczestniczyła w procesie przygotowywania oferty, jest bowiem oznaczona jako autor następujących dokumentów złożonych przez Konsorcjum w formacie PDF (formularz ofertowy, pełnomocnictwo udzielone przez AKSEL Pani A. B., pełnomocnictwo udzielone Aksel przez Teltronik sp. z o.o., oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, wykaz dostaw/usług). Do odwołania załączono print screen przedstawiający autorstwo ww. plików. W konsekwencji, za

niewiarygodną należy uznać deklarację Aksel, jakoby jedynie wskazane tam osoby uczestniczyły w procesie przygotowywania oferty.

Odwołujący podniósł, że powołana przez Konsorcjum Aksel okoliczność, że Zamawiający w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie powziął wątpliwości co do możliwości zakłócenia konkurencji na skutek ubiegania się o to zamówienie Aksel i IPC, w żadnej mierze nie jest dowodem na brak zakłócenia konkurencji. Dodatkowo, faktu prowadzenia w 2016 r. sporu dotyczącego żądania udostępnienia dokumentów przez panią K. G. w spółce IPC w żaden sposób nie dowodzi, że spór ten rzutuje na sytuację Aksel oraz IPC w 2022 r.

Odnosząc się do stwierdzenia Konsorcjum Aksel, że „spółki Aksel Sp. z o.o. i IP Connect Sp. z o. o. funkcjonują w sposób całkowicie niezależny, pozbawiony jakichkolwiek powiazań gospodarczych - mając rozbieżne interesy ekonomiczne" Odwołujący podniósł, że wiarygodność tego oświadczenia jest niewielka, jeżeli uwzględni się wszystkie okoliczności wskazane w opisie stanu faktycznego w niniejszym odwołaniu, w tym fakt, że członkowie zarządu lub wspólnicy wszystkich spółek uczestniczą w zgromadzeniach wspólników pozostałych podmiotów, opisywanych w niniejszym odwołaniu i biorących udział postępowaniu. Jednocześnie, jest wysoce nieprawdopodobne, aby pani K. G., będąca prokurentem uprawnionym do reprezentacji Aksel w ramach prokury łącznej, była osobą zaangażowaną jedynie w dział produkcji na rynek stricte kolejowy.

Zdaniem Odwołującego, również wyjaśnienia złożone przez IPC i PC świadczą o podawaniu informacji niezgodnych z rzeczywistością i uprawdopodabniają zakłócenie konkurencji. IPC w wyjaśnieniach z 28 marca 2022 r. wskazało, że „Kontakt spółek ogranicza się do kwestii wynikających z faktu posiadania udziałów i niejednokrotnie dokonywany był poprzez sąd powszechny", jak i że spółki (AKSEL oraz IPC) pozostają w stosunku konkurencji. Nie sposób dać tym oświadczeniom wiarę, jeżeli uwzględni się, że na zgromadzeniu wspólników Aksel z 27 czerwca 2019 r. obecny był członek zarządu i wspólnik Aksel - pan S. S., pan P. K. — prezes PC, który występował jako pełnomocnik substytucyjny pani H. S. w oparciu o pełnomocnictwo udzielone przez pana D. A. — członka zarządu i wspólnika IPC.

Dodatkowo, jako niewiarygodne winny być również uznane wyjaśnienia w zakresie podania w ofercie PC danych kontaktowych do pani E. S., pracownika IPC. W ocenie Odwołującego sytuacji tej nie sposób jest uzasadnić omyłką i nie da się jej wytłumaczyć w inny sposób niż zakładający współpracę przy przygotowaniu oferty, zwłaszcza jeżeli uwzględni się podobieństwo ofert IPC oraz PC, np. dotyczące sposobu wypełniania cen cząstkowych, czcionki, pogrubień użytych w formularzu ofertowym.

Odwołujący stwierdził, że już samo pozyskanie wiedzy o warunkach ofert innych wykonawców na etapie przedofertowym z pewnością zakłóca konkurencję, gdyż wyłącza autonomię działania przedsiębiorców, niezbędną do prawidłowego funkcjonowania konkurencji. Okoliczności sprawy wskazują na wysokie prawdopodobieństwo posiadania przez Konsorcjum Aksel, IPC oraz PC wiedzy o warunkach ofert przed ich złożeniem. Zatem już ta okoliczność stanowiłaby zakłócenie konkurencji i uzasadniała odrzucenie oferty Konsorcjum przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego mechanizm stojący u podstaw porozumienia mógł polegać na stworzeniu wrażenia konkurencyjnego charakteru oferty Konsorcjum Aksel, urynkowienia cen zaproponowanych za poszczególne elementy zamówienia czy też mógł wyrażać się w tym, że oferta Konsorcjum przedstawiająca sumarycznie najniższą cenę oferowała najwyższą cenę za realizację zamówienia podstawowego (Zamawiający nie musi skorzystać z prawa opcji).

Odwołujący stwierdził, Aksel powinno było wyjaśnieniach wykazać brak wpływu opisanych powiązań na proces przygotowywania oferty. W konsekwencji, wobec nieuczynienia zadość temu obowiązkowi, wyjaśnienia Konsorcjum winny były być uznane za niewiarygodne, zwłaszcza że zawierają informacje nieodpowiadające rzeczywistości (choćby w zakresie osób biorących udział w przygotowaniu oferty, braku wiedzy o udziale innych podmiotów w postępowaniu, ograniczonego wzajemnego kontaktu reprezentantów ww. spółek). Z drugiej strony Zamawiający winien był dokonać krytycznej oceny tych wyjaśnień i zweryfikować ich treść pod kątem dostępnych publicznie dokumentów, ale również dokumentów złożonych w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający miał podstawy do uznania, że zachowanie Konsorcjum oraz pozostałych wykonawców z nim powiązanych nosiło znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, co obligowało do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7

ustawy Pzp, ziściły się bowiem przesłanki z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oczywiste jest, że Konsorcjum złożyło ofertę w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Odnosząc się do drugiej przesłanki (sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami), ogół okoliczności faktycznych uprawnia tezę, że jest wysoce prawdopodobne, że Konsorcjum współpracowało z IPC oraz PC zarówno na etapie przygotowania ofert, jak i po ich złożeniu, co należy uznać z jednej strony za działalnie sprzeczne z prawem, a jednocześnie za naruszenie dobrych obyczajów. Niewątpliwie doszło również do zagrożenia naruszenia interesu samego Zamawiającego. Należy uznać, że naruszony został interes innego wykonawcy - Odwołującego, który nie miał tych samych szans w co pozostali wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że zaniechanie Zamawiającego stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 16 ustawy Pzp, tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł, że ponowne wezwanie do wyjaśnień mogło być dopuszczalne jedynie wówczas, gdy pierwotne wyjaśnienia stanowią co do zasady należyte wykonanie wezwania, a powstaje jedynie potrzeba rozwiązania ewentualnych nowych wątpliwości, nieobjętych pierwotnym wezwaniem. Konsorcjum nie wykonało części wezwania Zamawiającego, na część pytań Zamawiającego nie odpowiedziało w ogóle, co zostało przyznane przez samego Zamawiającego. Pomimo tego, Zamawiający wezwał Konsorcjum do „doprecyzowania" złożonych wyjaśnień w sytuacji, gdy wyjaśnienia w części nie zostały w ogóle złożone. Tymczasem doprecyzować można jedynie oświadczenie, które zostało złożone. Nie jest możliwe doprecyzowanie wyjaśnień w zakresie oświadczeń, które nie pojawiły się w pierwotnych wyjaśnieniach. Oznacza to, że wezwanie do doprecyzowania wyjaśnień stanowiło, przynajmniej w zakresie niewykonanej części wezwania, ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień, a taka czynność nie jest dopuszczalna w świetle Pzp. Zamawiający nie był uprawniony do przyznania Konsorcjum kolejnej szansy na wyjaśnienie tych samych, co wskazane pierwotnie, zagadnień związanych z potencjalnym zakłóceniem konkurencji, lecz powinien był ocenić swoje wątpliwości jedynie w oparciu o treść pierwotnych wyjaśnień Konsorcjum.

Zamawiający i Przystępujący w stanowiskach pisemnych wnieśli o oddalenie odwołania w całości, wskazując na brak podstaw do tezy o zawarciu przez Przystępującego porozumienia z innymi wykonawcami.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: Aksel Sp. z o.o., Teltronik Sp. z o.o.. Izba stwierdziła, że ww. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

1) Konsorcjum: Aksel Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, Teltronik Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu (11.527.494,81 zł, w tym cena za zamówienie podstawowe:

10.973.072,31 zł)

2) Xentia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (12 542 580,60 zł, w tym cena za zamówienie

podstawowe: 11.882.654,85 zł),

3) IP Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (11.571.106,92 zł, w tym cena za zamówienie podstawowe: 10.559.850,12 zł),

4) Page Communication Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (12.109 810,02 zł, w tym cena za zamówienie podstawowe: 10.964.483,22 zł).

Wskazane w ofertach adresy spółek: Aksel Sp. z o.o. oraz IP Connect Sp. z o.o. są takie same: ul. Lipowa 17, Rybnik.

Konsorcjum Aksel oraz wykonawcy IPC i PC podali w ofertach następujące dane do kontaktu:

- IPC: J. K., adres: Lipowa 17, 44-207 Rybnik, telefon: 691 457 045, e-mail:

,

- PC: E. S., adres: Lipowa 17, 44-207 Rybnik, 691 457 065, e-mail:

,

- Konsorcjum Aksel: A. B., adres: ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik, telefon: 691457060, e-mail: a.b.@aksel.com.pl.

Oferty podpisały następujące osoby:

- oferta Konsorcjum Aksel - Anna B., prokurent spółki Aksel,

- oferta IPC - D. A.,

- oferta PC - P. K. .

Pismem z 18 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Aksel do złożenia wyjaśnień w zakresie powiązania między Wykonawcą Aksel sp. z o.o. a innym uczestnikiem przedmiotowego postępowania, tj. IP Connect sp. z o.o., w osobie Pani K. G., która według KRS-ów jednocześnie jest wspólnikiem w firmie IP Connect sp. z o.o. oraz prokurentem w firmie Aksel sp. z o.o., co budzi wątpliwości Zamawiającego co do czynności podejmowanych na etapie przygotowania oferty, tj. czy nie doszło do zakłócenia konkurencji w niniejszym postępowaniu; w złożonych wyjaśnieniach powinno znaleźć się w szczególności wyjaśnienie udziału, ewentualnie wpływu, jaki miała Pani K. G. na przygotowanie Państwa oferty, a także powziętych działań mających na celu zapobieżenie powstaniu sytuacji złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie przygotowania ofert niezależnie od siebie przez wskazanych Wykonawców.

Pismem z 24 marca 2022 r. Konsorcjum Aksel złożyło następujące wyjaśnienia:

(...) jednoznacznie oświadczam, że:

1. oferta konsorcjum została sporządzona całkowicie samodzielnie przez uczestników konsorcjum;

2. K. G. nie brała udziału w przygotowaniu oferty konsorcjum;

3. K. G. nie miała wpływu na przygotowanie oferty konsorcjum;

4. złożenie oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa uczestników konsorcjum, stąd też przedsięwzięto wszelkie możliwe, prawem dopuszczalne kroki zapobiegające ujawnieniu tej tajemnicy osobom trzecim - w tym niezaangażowanym w proces tworzenia oferty - a także podmiotom trzecim;

5. wobec oświadczeń jak wyżej, konsorcjum nieznany był fakt oraz sposób przygotowania ofert przez innych wykonawców, w szczególności przez IP Connect Sp. z o.o.

Pismem z 7 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Aksel do doprecyzowania złożonych wyjaśnień, wskazując:

W wezwaniu skierowanym do Wykonawcy Zamawiający wezwał do wyjaśnień w zakresie

udziału, ewentualnie wpływu, jaki miała Pani K. G. na przygotowanie oferty, a także podania powziętych działań mających na celu zapobieżenie powstaniu sytuacji złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie przygotowania ofert niezależnie od siebie przez wskazanych Wykonawców.

W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca odniósł się jedynie do pierwszej części wezwania, tj. stwierdził iż K. G. nie brała udziału w przygotowaniu oferty ani nie miała wpływu na jej przygotowanie, nie podając informacji o powziętych działaniach mających na celu zapobieżenie powstania sytuacji złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie przygotowania ofert niezależnie od siebie przez wskazanych Wykonawców. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do doprecyzowania złożonych wyjaśnień, tj. wskazania powziętych działań dotyczących powiązania Aksel sp. z o.o. a IP Connect sp. z o.o., w osobie Pani K. G. .

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum Aksel złożyło następujące wyjaśnienia:

W pierwszej kolejności konsorcjum podnosi, że podtrzymuje dotychczasowe wyjaśnienia przedstawione w piśmie z dnia 24 marca 2022 r. akcentując, że oferta została sporządzona samodzielnie przez uczestników konsorcjum, zaś K. G. nie brała jakiegokolwiek udziału w przygotowaniu oferty. Co ponadto jawi się jako kluczowe -konsorcjum do dnia składania ofert nie miało wiedzy, iż IP Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i opracowuje ofertę, którą jak się okazało, po zapoznaniu się z ofertami wszystkich wykonawców, złożyła na rozwiązaniu producenta (Hytera) niebędącego w portfolio Aksel Sp. z o.o. (dystrybutor wyłącznie sprzętu łączności Motorola Solutions).

Niemniej, w odpowiedzi na Państwa wezwanie o przedstawienie informacji „(...) o powziętych działaniach, mających na celu zapobieżenie powstania sytuacji złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie przygotowania ofert niezależnie od siebie przez wskazanych wykonawców (.)" podajemy istotne okoliczności związane z Panią

K. G.:

1. Pani K. G. nie brała udziału w przygotowaniu oferty (kieruje działem produkcji na rynek

stricte kolejowy gdzie nie znajduje zastosowania procedura PZP). W Aksel Sp. z o.o.

obowiązuje zaś procedura dotycząca realizacji zamówień publicznych przewidująca zaangażowanie wyłącznie osób niezbędnych z punktu widzenia posiadanych kompetencji i rozdziału obowiązków w spółce. Czynności zmierzające do złożenia oferty w toku postepowania o udzielenie zamówienia publicznego realizowane są w oparciu o wyodrębnioną komórkę handlową, pracami której kieruje Dyrektor A. B. . Wiedzę na temat zamiaru złożenia oferty, a tym bardziej na temat jej treści posiada jedynie bardzo nieliczne grono osób bezpośrednio zaangażowanych w jej opracowanie. Powyższe ma na celu zachowanie tajemnicy przedsiębiorca w zakresie środków (sposobu) w jaki wykonawca zamierza zrealizować zamówienia jak i ceny, która ma zostać zaoferowana. Zważywszy na zakres kompetencji i obowiązków - Pani K. G. pozostawała wyłączona od udziału w przygotowaniu oferty.

Dowód: 1) dokument pod nazwą „Informacja o przetargu" - karta przeglądowa konsorcjum zawierająca podpisy wszystkich osób, które brały udział w opracowaniu oferty.

Na dokumencie widnieją podpisy następujących osób: [1] S. S., [2] A. B., [3] D. S., [4] S. D.,

[5] B. S., [6] J. H., [7] G. N. .

Wyłącznie powyższe osoby miały wiedzę o zamiarze złożenia oferty przez konsorcjum i brały udział w jej opracowaniu.

2. Ponadto podkreślam, że brak udziału Pani K. G. w przygotowaniu oferty znajduje potwierdzenie również w fakcie, iż mimo obowiązującej w Spółce Aksel Sp. z o.o., będącej liderem konsorcjum, prokury łącznej udzielonej A. B. i K. G. - oferta została podpisana i złożona wyłącznie przez A. B. działającą przy dokonywaniu tej czynności jako pełnomocnik Spółki, ażeby - zgodnie z powyższymi wytycznymi - treść oferty była znana wyłącznie osobom zaangażowanym w jej utworzenie - Pani K. G. fakt sporządzenia i treść oferty nie był znany.

Dowód: 2) oferta złożona w postępowaniu o nr DWZ/55/2021.

3. W następnej kolejności oświadczam, że dotychczas miały już miejsce przypadki, w których w sposób całkowicie niezależny konsorcjum oraz IP Connect Sp. z o.o. złożyły oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Taka sytuacja miała miejsce chociażby w toku postepowania o udzielenie zamówienia publicznego przed zamawiającym Komendą Stołeczną Policji w Warszawie. Podaję, że wówczas nasza Spółka nie była wzywana do przedstawienia jakichkolwiek wyjaśnień mimo, iż - według naszej wiedzy - skład osobowy wspólników IP Connect Sp. z o.o. był wówczas tożsamy jak obecnie.

Dowód: 3) informacja z otwarcia ofert z dnia 07 grudnia 2018 r. w toku postępowania przez Komendą Stołeczną Policji o nr WZP-5707/18/256/Ł.

4. Końcowo podaję, iż spółki Aksel Sp. z o.o. i IP Connect Sp. z o.o. funkcjonują w sposób całkowicie niezależny, pozbawiony jakichkolwiek powiazań gospodarczych - mając rozbieżne interesy ekonomiczne.

Pismem z 14 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawców biorących udział w postępowaniu do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do 21 czerwca 2022 r. Wykonawcy IPC oraz PC nie wyrazili zgodny na przedłużenie tego terminu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Stosownie do art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 2 lit. a: została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

- pkt 7: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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 przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie Izby brak jest podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący zawarł z innymi

wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, a tym samym - że złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Na wstępie Izba wskazuje, że nietrafne jest stanowisko Zamawiającego o nieprawidłowym sformułowaniu zarzutu dotyczącego tzw. zmowy przetargowej. Zamawiający podniósł, że zarzut został ograniczony wyłącznie do Przystępującego, bez sformułowania analogicznego zarzutu w stosunku do pozostałych wykonawców mających uczestniczyć w zmowie. Odnosząc się do tego stanowiska wskazać należy, że oczywistym jest, iż antykonkurencyjne porozumienie musi obejmować więcej niż jednego wykonawcę, co jednak nie jest tożsame z procesową możliwością czy koniecznością podnoszenia zarzutów w stosunku do wszystkich wykonawców uczestniczących w tym porozumieniu. Odwołujący

próbował wykazać w odwołaniu, że w porozumieniu uczestniczyło trzech wykonawców i przedstawiał okoliczności mające tę tezę potwierdzać, nie miał jednak możliwości skutecznego podniesienia zarzutów wobec wykonawców IPC oraz PC. Zauważyć bowiem należy, że oferty tych wykonawców zostały ostatecznie odrzucone z uwagi na niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Ewentualne zaniechanie wykluczenia tych wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie miało i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę, że Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), zarzuty dotyczące ww. wykonawców nie mogłyby zostać uwzględnione. Nie zmienia tego przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja o konieczności podniesienia takich zarzutów z uwagi na konsekwencje wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dla przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia - ewentualne zaniechania w tym zakresie nie miały żadnych skutków dla wyniku obecnie prowadzonego postępowania, a tylko tego postępowania może dotyczyć rozstrzygnięcie Izby. Wskazać również należy, że w przypadku podniesienia zarzutu zmowy przetargowej również w stosunku do wykonawców PC oraz IPC, nie byliby oni legitymowani do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, jako że ich oferty zostały ostatecznie odrzucone, zatem utracili oni status wykonawców uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Powyższe znajduje potwierdzenie w art. 2a Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którym oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. Ponieważ odrzucenie ofert PC oraz IPC stało się ostateczne wobec niewniesienia odwołań na tę czynność, nie mogliby oni być uznani za zainteresowanych w rozumieniu ww. Dyrektywy i tym samym za uprawnionych do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba nie podziela również stanowiska Zamawiającego o nieprawidłowym, blankietowym sformułowaniu zarzutu dotyczącego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zauważyć należy, że w odwołaniu wskazano zarówno podstawy faktyczne, jak i prawne tego zarzutu oraz przedstawiono twierdzenia o popełnieniu czynu

nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. W ocenie Izby tak sformułowany zarzut nie może być uznany za nieprawidłowy pod względem formalnym, Zamawiający natomiast nie przedstawił szerszej argumentacji na poparcie swojej tezy.

Niezależnie od wskazanych wyżej błędnych twierdzeń Zamawiającego o wadliwości formalnej przedstawionych w odwołaniu zarzutów, zarzuty te nie zasługiwały na uwzględnienie z powodów merytorycznych.

Po pierwsze zaznaczenia wymaga, że ciężar wykazania, że Przystępujący zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji spoczywał na Odwołującym, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 Kc

oraz z 534 ust. 1 ustawy Pzp. To bowiem Odwołujący z twierdzeń o zawarciu przez Przystępującego porozumienia z innymi wykonawcami wywodził skutki prawne w postaci

konieczności wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Następnie wskazać należy, że w świetle art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są takie porozumienia, które mają antykonkurencyjny cel lub skutek. Stwierdzenie, że w danym postępowaniu doszło do zmowy przetargowej, wymaga więc ustalenia, że określone zachowanie wykonawców może być uznane za porozumienie oraz że jego celem lub skutkiem jest naruszenie konkurencji.

Jeśli chodzi o kwestię zaistnienia porozumienia, w orzecznictwie wskazuje się, że jest to możliwość przypisania przedsiębiorcom będącymi stronami tego porozumienia minimum wzajemnych kooperacji, w tym 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 ww. elementów, tj. antykonkurencyjnego celu lub skutku

porozumienia, to wskazać należy, że dla stwierdzenia popełnienia takiego czynu z jednej strony nie jest konieczne, aby w wyniku porozumienia faktycznie doszło do naruszenia konkurencji (aby cel został osiągnięty), z drugiej strony - zakazem objęte są także porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Musi więc zaistnieć co najmniej zamiar doprowadzenia do naruszenia konkurencji albo co najmniej skutek w postaci takiego naruszenia. Bez wystąpienia przynajmniej jednej z tych okoliczności nie można stwierdzić, że do doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia.

Jeśli chodzi o antykonkurencyjne porozumienie w postaci tzw. zmowy przetargowej, polega ono na ustalaniu między samodzielnymi wykonawcami zasad i warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, mające na celu lub skutkujące pozyskaniem zamówienia przez jednego z nich, z naruszeniem zasad konkurencji. W takim przypadku beneficjantami zdobycia zamówienia przez jednego z wykonawców stają się wszyscy wykonawcy uczestniczący w zmowie, ze szkodą dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zmowa taka może polegać na zwiększeniu szans na uzyskanie zamówienia przez któregokolwiek z członków porozumienia i podział zysku pomiędzy uczestnikami zmowy lub na uzyskaniu zamówienia na warunkach bardziej korzystnych niż w przypadku jego uzyskania z poszanowaniem zasad konkurencji.

Izba podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd o trudnościach dowodowych związanych z wykazywaniem zmów przetargowych i związaną z tą możliwością stwierdzenia takiej zmowy nawet przy braku bezpośrednich dowodów na jej zawarcie. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06), 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 jakiejkolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Sąd Najwyższy wskazał, że 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.

Uwzględniając trudności dowodowe w zakresie zmów przetargowych wskazać należy, że wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu dopuszczenia się takiej zmowy nie może nastąpić na podstawie przypuszczeń, domysłów czy faktów, z których nie da się wyprowadzić jednoznacznych wniosków. Konieczne w takiej sytuacji jest udowodnienie wystąpienia okoliczności, które ocenione zgodnie z logiką i zasadami doświadczenia życiowego prowadzą do jednoznacznego wniosku o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał okoliczności, które uprawniałyby do takiego wniosku.

Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał faktów, z których wynikałoby domniemanie faktyczne, że Przystępujący działał w porozumieniu z wykonawcami PC oraz IPC.

W tym zakresie wskazać należy, że szereg przedstawionych przez Odwołującego okoliczności dotyczy powiązań i ewentualnego współdziałania między PC oraz IPC, nie odnosi się natomiast Przystępującego. Dotyczy to takich okoliczności, jak adres mailowy w tej samej domenie, wskazanie jako osoby kontaktowej pracownika drugiej spółki, podobieństwo gwarancji wadialnych, złożenie nieprzetłumaczonych na język polski certyfikatów, a następnie uzupełnienie tożsamych tłumaczeń, wskazanie w ofertach tych samych podwykonawców. Twierdzenia te w żadnej mierze nie dotyczą Przystępującego, a tym samym nie mogą świadczyć o tym, że był on uczestnikiem porozumienia.

Z kolei wskazywane przez Odwołującego okoliczności dotyczące Przystępującego nie są, w ocenie Izby, wystarczające do stwierdzenia, że Przystępujący działał w przedmiotowym postępowaniu w porozumieniu z wykonawcami PC oraz IPC.

Zauważenia wymaga, że niektórych ze wskazanych przez Odwołującego okoliczności nie sposób uznać za potwierdzające współdziałanie między Przystępującym a spółkami PC oraz IPC. Dotyczy to m.in. tego, że pani A. B., która była umocowana do złożenia oferty w imieniu Przystępującego, jest wspólnikiem spółki Teltronik, która to spółka razem ze spółką Aksel, w ramach Konsorcjum, ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie może być zatem mowy o bezprawnym porozumieniu między członkami Konsorcjum (z kolei

to, że ww. osoba jest wspólnikiem spółki IPC nie zostało wykazane). Powyższe dotyczy również faktu, że spółki brały udział w prowadzonym przez Zamawiającego dialogu technicznym - przewidzianym ustawowo trybie służącym przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, co w żadnej mierze nie może być uznane za dowód na istnienie między nimi porozumienia.

Odnosząc się do takich okoliczności (które są między stronami bezsporne), jak ten sam adres siedziby czy sposób zbywania i nabywania udziałów poszczególnych spółek, w ocenie Izby są to okoliczności potwierdzające wspólną przeszłość biznesową spółek Aksel oraz IPC, nie uprawniają jednak do wniosku o obecnym współdziałaniu. Zauważenia wymaga, że zdarzenia związane z przechodzeniem wspólników z jednej spółki do drugiej oraz nabywaniem udziałów przez członków ich rodzin, miały miejsce w 2013 r., nie mogą więc jednoznacznie przesądzać ani o jakości obecnych relacji między wspólnikami poszczególnych spółek, ani tym bardziej o współdziałaniu w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Konsekwencją takich zaszłości może być ten sam adres spółek czy numery telefonów pochodzące z tej samej puli. Wskazać również należy, że Przystępujący, przedstawiając odpis aktu notarialnego rep. A nr 7333/2009, wykazał, że od 2009 r. budynek znajdujący się w Rybniku przy ul. Lipowej 17 jest podzielony na dwie odrębne części (odrębne własności lokali), z których jedna jest własnością spółki Aksel. Nawet gdyby fakt zajmowania odrębnych lokali w tym samym budynku uznać za sprzyjający kontaktom pracowników spółek i przepływowi informacji, nie uprawnia on do wniosku o działaniu tych spółek w porozumieniu w ramach przedmiotowego postępowania. Przystępujący wykazał również (składając wydruk ze strony bip.uke.gov.pl), że numery telefonów poszczególnych spółek są obecnie obsługiwane przez różnych operatorów.

Odnosząc się do niespornego faktu, że pani K. G. jest prokurentem spółki Aksel oraz wspólnikiem w spółce IPC, Izba wskazuje, że powiązanie takie może ułatwiać przepływ informacji między spółkami i może być źródłem wątpliwości co do braku współdziałania obu spółek. Nie można bowiem wykluczyć, że funkcja prokurenta pozwala pozyskać wiedzę o określonych decyzjach czy zamierzeniach biznesowych jednej spółki, a w interesie wspólnika jest jak najlepsze funkcjonowanie i wyniki finansowe drugiej spółki. Jest to jednak niewystarczające do wyprowadzenia domniemania faktycznego o działaniu obu spółek w porozumieniu. Nie można bowiem wykluczyć, że prokurent nie posiada wiedzy o wszelkich planach i decyzjach zarządu spółki, tj. organu prowadzącego sprawy spółki (co może wynikać chociażby z organizacji wewnętrznej i podziału zadań w spółce), z kolei jako wspólnik drugiej ze spółek wykonuje wyłącznie uprawnienia przysługujące wspólnikowi zgodnie z KSH (a do takich nie należy prowadzenie bieżących spraw spółki), jako

mniejszościowy udziałowiec nie mając możliwości wpływania na bieżące działania spółki.

Zatem wyprowadzany przez Odwołującego wniosek, że funkcje pełnione przez panią K. G. w obu spółkach świadczą o działaniu tych spółek w porozumieniu, jest obarczony ryzykiem błędu. Trafność takiego twierdzenia dodatkowo osłabia wykazany przez Przystępującego fakt, że ww. osoba napotykała trudności w wykonywaniu w spółce IPC uprawnień przysługujących wspólnikowi (co potwierdzają przedłożone postanowienia sądowe w przedmiocie dostępu do informacji o sprawach finansowych spółki).

Podobnie należy ocenić niesporny między stronami fakt uczestnictwa przedstawicieli jednej ze spółek w zgromadzeniach wspólników drugiej ze spółek, w charakterze pełnomocników. Również ta okoliczność nie pozwala na wyprowadzenie jednoznacznego wniosku, że w dacie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie między spółkami istniało porozumienie dotyczące udziału w postępowaniu. Z jednej strony okoliczność ta świadczy o istnieniu między wspólnikami i ustanowionymi przez nich pełnomocnikami relacji opartej na wzajemnym zaufaniu. Z drugiej strony nie można pomijać, że przedmiotem zgromadzenia wspólników nie jest podejmowanie decyzji biznesowych w zakresie bieżącego działania spółki, a udział w takim zgromadzeniu nie daje ze swej istoty dostępu do poufnych informacji ani wpływu na działania spółki (pełnomocnik działa bowiem wyłącznie w zakresie swojego umocowania).

Nawet jednak, gdyby niektóre ze wskazanych wyżej okoliczności mogły być uznane

za sprzyjające porozumieniu między spółkami czy umożliwiające jego zawarcie, to

rozstrzygające w przedmiotowej sprawie jest to, że Odwołujący nie wykazał istnienia drugiej z przesłanek warunkujących istnienie zmowy przetargowej, tj. antykonkurencyjnego celu lub skutku. Odwołujący nie wykazał, na czym mechanizm takiej zmowy miałby polegać i jaka

była oczekiwana korzyść wykonawców mająca płynąć z zawarcia porozumienia. Zdaniem

Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy trudno się takiego mechanizmu dopatrzeć. Wskazać bowiem należy, że oferta Przystępującego, która została wybrana jako najkorzystniejsza, była ofertą z najniższą cenę, spółki PC oraz IPC zaoferowały wyższe ceny. Wybór oferty Przystępującego nie wywołał więc antykonkurencyjnego skutku. Ponadto, nie było tu dążenia do spowodowania wyboru oferty droższej, w celu zwiększenia zysku, poprzez uniemożliwienie - z powodów formalnych - wyboru oferty tańszej, co jest modelowym przykładem działań wykonawców uczestniczących w zmowie. Co więcej, spółki PC oraz IPC nie wyraziły zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jeszcze zanim Zamawiający zakończył badanie ofert - zgodę na przedłużenie tego terminu należało wyrazić do 22 kwietnia br., wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych do wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu, skierowano 26 kwietnia br., a wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił 13 maja br. Oznacza to, że w dacie podejmowania przez wykonawców decyzji co do przedłużenia terminu związania ofertą Zamawiający był w trakcie badania ofert, a spółki PC oraz IPC nie miały wiedzy, jaki będzie tego rezultat. Zatem brak jest logicznych podstaw do twierdzenia, że odmowa przedłużenia terminu związania ofertą była narzędziem manipulacji wynikiem postępowania.

Zauważenia wymaga, że w treści odwołania jedynie enigmatycznie stwierdzono, że mechanizm stojący u podstaw porozumienia mógł polegać na stworzeniu wrażenia konkurencyjnego charakteru oferty Konsorcjum Aksel, urynkowienia cen zaproponowanych za poszczególne elementy zamówienia czy też mógł wyrażać się w tym, że oferta Konsorcjum przedstawiająca sumarycznie najniższą cenę oferowała najwyższą cenę za realizację zamówienia podstawowego. Nie wiadomo jednak, co Odwołujący miał na myśli przedstawiając tezę o zamiarze stworzenia wrażenia konkurencyjnego charakteru oferty czy urynkowienia cen, Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie szerszego wywodu. Z kolei co do cen oferowanych za zamówienie podstawowe wskazać należy, że ceny te nie różniły się znacznie, a w przypadku oferty Przystępującego oraz wykonawcy PC różnica ta była wręcz znikoma. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że cena całkowita oferty Przystępującego była najniższa, nie ma racjonalnych podstaw do tezy o przedsięwzięciu przez wykonawców tak daleko idących i ryzykownych kroków, jak zmowa przetargowa, z zamierzeniem spowodowania wyboru oferty z wyższą ceną za zamówienie podstawowe. Tezie tej przeczy również wskazana powyżej okoliczność, że odmowa przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawców PC oraz IPC miała miejsce w czasie, kiedy nie mieli oni wiedzy, czy oferta Przystępującego zostanie pozytywnie zweryfikowana.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że mechanizm zmowy polegał na tym, że oferta Przystępującego z powodów technicznych była niemożliwa do wykonania, a oferty PC oraz IPC zostały złożone w celu zabezpieczenia się wykonawców na wypadek odrzucenia oferty Przystępującego, stwierdzić należy, że zostało to podniesione dopiero w toku rozprawy i stanowi niedopuszczalne rozszerzenie podstaw faktycznych zarzutów. Biorąc pod uwagę, że zarzuty odwołania, w tym okoliczności faktyczne będące ich podstawą muszą być sformułowane i sprecyzowane w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania, powyższe twierdzenia Odwołującego należy uznać za spóźnione. W związku z tym na marginesie jedynie Izba zauważa, że wskazana wyżej teza Odwołującego jest pozbawiona logicznych podstaw. Po pierwsze, trudno zakładać, że wykonawca składa ofertę niemożliwą do wykonania, narażając się na odpowiedzialność kontraktową, i w sposób antykonkurencyjny dąży do jej wyboru, jednocześnie oferując niższą cenę niż wykonawcy pozostający z nim w rzekomej zmowie i oferujący rozwiązania prawidłowe pod względem technicznym. Po drugie, niewiadomym pozostaje, dlaczego w takiej sytuacji Odwołujący nie podniósł w odwołaniu zarzutu dotyczącego merytorycznej wadliwości oferty Przystępującego. Po trzecie - gdyby teza Odwołującego polegała na prawdzie, to wykonawcy pozostający w porozumieniu byliby zainteresowani utrzymaniem ważności oferty PC oraz IPC do czasu zakończenia badania ofert przez Zamawiającego, właśnie na wypadek odrzucenia oferty Przystępującego. Skoro tego nie zrobili, to ich ofert nie sposób uznać za mające charakter zabezpieczający.

Podsumowując należy stwierdzić, że w rozpoznawanej sprawie nie zostały wykazane okoliczności uprawniające do domniemania faktycznego, że Przystępujący działał w postępowaniu w porozumieniu z innymi wykonawcami. Odwołujący nie wykazał też, ani nawet nie uprawdopodobnił, antykonkurencyjnego celu lub skutku zarzucanego porozumienia. Nie zostało więc wykazane zaistnienie przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Z powyższych powodów za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten był wywodzony z tych samych okoliczności faktycznych, co zarzut dotyczący zmowy przetargowej, i polegał jedynie na wskazaniu dodatkowej podstawy prawnej wyeliminowania

Przystępującego z postępowania. Skoro Izba ustaliła, że nie wykazano, aby Przystępujący zawarł antykonkurencyjne porozumienie z innymi wykonawcami, to nie doszło do działań sprzecznych z prawem oraz z dobrymi obyczajami, które mogłyby być uznane za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wezwanie Przystępującego do doprecyzowania wyjaśnień z 24 marca 2022 r. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Zauważenia wymaga, że ukształtowany w orzecznictwie pogląd o możliwości jednokrotnego wzywania do wyjaśnień odnosi się do sytuacji, w których ustawa wiąże skutek prawny z nieudzieleniem przez wykonawcę wyczerpujących wyjaśnień (np. obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jeśli wyjaśnienia nie zostały złożone lub są niewystarczające). Zasada ta ma zapobiegać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez udzielanie wykonawcom kolejnych szans na złożenie wyjaśnień w sytuacji, gdy z ich niezłożeniem związany jest określony skutek prawny. Nie dotyczy to wyjaśnień składanych na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby brak jest podstaw do wywodzenia zakazu wezwania do uzupełnienia czy doprecyzowania takich wyjaśnień. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że w wezwaniu z 18 marca 2022 r. Zamawiający oczekiwał wyjaśnień, czy pani K. G. brała udział w przygotowaniu oferty oraz ewentualnie jaki to był udział i jakie działania zostały podjęte w celu zapobieżenia antykonkurencyjnym działaniom. Skoro wykonawca odpowiedział, że ww. osoba nie brała udziału w przygotowaniu oferty, to w konsekwencji nie wskazał, jaki to był udział i jakie środki zapobiegawcze podjęto. Zatem teza Odwołującego, jakoby wyjaśnień nie udzielono, co uniemożliwiało wezwanie do ich doprecyzowania, jest nieuprawniona.

W konsekwencji powyższego niezasadny jest zarzut wynikowy, dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2

2020 r. poz.
2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....