

WYROK

Warszawa, dnia 21 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2025 r. przez wykonawcę **Immitis sp. z o.o., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Komendę Główną Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa**, przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

- wykonawcy **Aksiom sp. z o.o., ul. Obrońców Tobruku 29/77, 01-494 Warszawa**,
- wykonawcy **Intaris P.K. P.K. sp. k., ul. Adama Mickiewicza 57, 01-625 Warszawa**,

orzeka:

- uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 2** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert, odrzucenie ofert wykonawców Aksiom sp. z o.o. i Intaris P.K. P.K. sp. k. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
- kosztami postępowania obciąża odwołującego w wysokości 1/2 oraz obu uczestników wnoszących sprzeciw łącznie w wysokości 1/2, i:
 - 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika Aksiom sp. z o.o. oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika Intaris P.K. P.K. sp.k.,
 - zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw Aksiom sp. z o.o. na rzecz odwołującego kwotę 2 850 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą połowę należnej części kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego,
 - zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw Intaris P.K. P.K. sp.k. na rzecz odwołującego kwotę 2 850 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą połowę należnej części kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Komenda Główna Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja i utrzymanie platformy teleinformatycznej Straży Granicznej. Zakup stanowisk końcowych”, numer referencyjny: 40/BF/Błil/24. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.08.2024 r., nr 167/2024 515120-2024.

W dniu 03.03.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Immitis sp. z o.o., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oraz dokonanie wyboru ofert wykonawców Aksiom i Intaris z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, pomimo że podlegały one

odrzuconiu z uwagi na okoliczność, iż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego to domniemania ww. wykonawcy nie obalili i nie uzasadnili zaoferowanej ceny,
2)art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Aksiom i Intaris, a tym samym zaniechanie odrzucenia złożonych przez nich ofert i ich wybór jako najkorzystniejszych z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, pomimo iż można było stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że ww. wykonawcy zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru ofert najkorzystniejszych,
- 2)powtórzenia czynności badania ofert,
- 3)wykluczenia wykonawców Aksiom i Intaris,
- 4)odrzuconia ofert złożonych przez Aksiom i Intaris.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

- wykonawca Aksiom sp. z o.o., ul. Obrońców Tobruku 29/77, 01-494 Warszawa,
 - wykonawca Intaris P.K. P.K. sp. k., ul. Adama Mickiewicza 57, 01-625 Warszawa.
- Izba stwierdziła, że przystąpienia obu wykonawców zostały dokonane skutecznie.

W dniu 14.03.2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w całości.

Pismami z dnia 17.03.2025 r. obaj Przystępujący zgłosili sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego i przedstawili swoją argumentację.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na zakup sprzętu teleinformatycznego. Zamawiający zawrze umowy ramowe z maksymalnie pięcioma wykonawcami, których oferty spełniają wszystkie wymagania specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz zajmą w rankingu ofert pozycje od 1 do 5. Jeżeli więcej niż jedna oferta otrzyma tę samą liczbę punktów co piąta oferta wówczas wszystkie te oferty zostaną uznane za najkorzystniejsze i wybrane. W przypadku, gdy zostanie złożonych mniej niż pięć ofert Zamawiający zawrze umowy ramowe ze wszystkimi wykonawcami, którzy spełnią wszystkie wymagania SWZ.

W postępowaniu złożono 10 ofert, w tym 1 ofertę z ceną ponad 40 mln zł brutto, 7 ofert z cenami ponad 50 mln zł brutto oraz 2 oferty Przystępujących z cenami:

- 34 733 355,00 zł brutto (Przystępujący Intaris),
- 34 835 445,00 zł brutto (Przystępujący Aksiom).

W dniu 09.10.2024 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwał obu Przystępujących do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cen ich ofert. W uzasadnieniu Zamawiający przytoczył art. 224 ust. 3 ustawy Pzp oraz poprosił „o wyjaśnienie w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny ofertowej oraz o wskazanie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Państwa ceny. Wyjaśnienia powinny uwzględniać koszty wszystkich elementów cenotwórczych wchodzących w zakres przedmiotowego zamówienia (w tym w szczególności: ceny nabycia poszczególnych oferowanych urządzeń, koszty gwarancji, wsparcia serwisowego oraz serwisu dla tych urządzeń oraz inne ewentualne koszty realizacji zamówienia, a także zysk związany z realizacją zamówienia), a ich łączna wartość powinna być równa cenie ofertowej”.

Przystępujący złożyli wyjaśnienia wraz z dowodami, a ich treść zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 08.11.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszych 5 ofert, w tym oferty Przystępującego Intaris i oferty Przystępującego Aksiom, a także o odrzuceniu 4 ofert. Oferta Odwołującego nie została odrzucona i znalazła się na szóstym miejscu w rankingu ofert.

Na ww. czynność wyboru ofert zostało złożonych 5 odwołań, w tym m.in. odwołanie wniesione przez Odwołującego (KIO 4329/24), które zostało uwzględnione i Izba nakazała m.in. odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez Przystępującego Intaris i Przystępującego Aksiom (wyrok z dnia 13.01.2025 r. w sprawach łączonych: KIO 4278/24, KIO 4329/24, KIO 4332/24, KIO 4333/24 i KIO 4337/24).

Zamawiający w dniu 23.01.2025 r., zgodnie z ww. wyrokiem Izby, odtajnił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożone przez Przystępującego Intaris i Przystępującego Aksiom.

W dniu 21.02.2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszych 5 ofert, w tym ponownie oferty Przystępującego Intaris i oferty Przystępującego Aksiom, a także o odrzuceniu 4 ofert (częściowo innych niż 08.11.2024 r.). Oferta Odwołującego ponownie nie została odrzucona i znalazła się na szóstym miejscu w rankingu ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących

złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego Intaris o zasadności odrzucenia odwołania w całości i stanowiska Przystępującego Aksiom o odrzuceniu odwołania w zakresie zarzutu nr 2, na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Aby zatem odwołujący mógł skutecznie sformułować w odwołaniu zarzuty i ich uzasadnienie, musi znać w pełni (a przynajmniej jak najszerzej) okoliczności faktyczne będące podstawą tych zarzutów. W przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny zastrzeżonych pierwotnie jako tajemnica przedsiębiorstwa oznacza to, że dopiero po ich odtajnieniu odwołujący może je w pełni poznać i zdecydować, czy zasadne jest w związku z tym wniesienie odwołania. W niniejszej sprawie dopiero na skutek uwzględnienia przez Izbę odwołania m.in. w sprawie o sygn. akt KIO 4329/24 Zamawiający dokonał odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez obu Przystępujących i co za tym idzie – dopiero po udostępnieniu Odwołującemu tychże wyjaśnień powziął on pełną wiedzę o ich treści i mógł sformułować w tym zakresie zarzuty. Tym samym nie zasadne jest stanowisko Przystępującego Intaris jakoby już po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 08.11.2024 r., czyli przed odtajnieniem pełnej treści ww. wyjaśnień, Odwołujący mógł wnieść odwołanie podnosząc zarzut oparty na art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Raz jeszcze należy wskazać, że dopiero znajomość pełnej treści tych wyjaśnień pozwoliła Odwołującemu na sformułowanie zarzutów zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Dlatego Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 nie może być uznane za spóźnione.

Podobna sytuacja występuje w przypadku zarzutu nr 2, który wprawdzie został przez Odwołującego częściowo oparty na dokumentach znanych mu już po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 08.11.2024 r., niemniej jednak nie można nie dostrzec, że zarzut ten dotyczy zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, którego stwierdzenie może być z kolei oparte na szeregu poszlak występujących na różnych etapach postępowania i dopiero analiza ich wszystkich może dać pełny obraz sytuacji pozwalający na sformułowanie zarzutu w tym zakresie. Innymi słowy: nie zawsze jeden dokument, czy jedna okoliczność zaistniała w postępowaniu pozwala na stwierdzenie istnienia między wykonawcami niedozwolonego porozumienia. Czasami dopiero kolejny dokument czy zachowanie wykonawców w połączeniu z wcześniejszymi dają obraz sytuacji, który wskazuje na zawarcie takiego porozumienia. Dlatego nie można w każdym przypadku postawienia zarzutu z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp liczyć terminu na wniesienie odwołania od daty złożenia pierwszego dokumentu lub zaistnienia pierwszej innej okoliczności, która na takie porozumienie mogła wskazywać. Niekiedy bowiem, jak już wyżej wskazano, dopiero szereg następujących w różnym czasie czynników pozwala na stwierdzenie wiarygodnych przesłanek zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Powyższego nie zmienia fakt, że w niniejszej sprawie zarzut zawarcia niedozwolonego porozumienia przez obu Przystępujących był już podnoszony przez innych odwołujących po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 08.11.2024 r. Należy bowiem zauważyć, że zarzuty te zostały ostatecznie wycofane, co może świadczyć o tym, że na tamtym etapie postępowania o udzielenie zamówienia odwołujący nie byli pewni ich podstaw faktycznych. Sytuacja zmieniła się jednak po odtajnieniu przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez obu Przystępujących, które stanowiły nowy czynnik pozwalający na ponowną ocenę, czy Przystępujący zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Dopiero mając dostęp do pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący zdecydował się na podniesienie zarzutu także z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Biorąc zatem pod uwagę brak pełnego obrazu sytuacji po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 08.11.2024 r. i dopełnieniu go dopiero po odtajnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, należy zdaniem Izby uznać, że wniesienie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 w terminie liczonym od drugiego wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. od 21.02.2025 r., nie było spóźnione.

W konsekwencji Izba postanowiła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie żadnego z podniesionych w nim zarzutów.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny

Zgodnie z art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich

istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym obaj Przystępujący zaoferowali rażąco niskie ceny i nie wykazali w złożonych wyjaśnieniach, że ceny te nie są realne. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że treść składanych przez wykonawców wyjaśnień jest zdeterminowana treścią wezwania do ich złożenia. Jak wielokrotnie podnoszono w orzeczeniach Izby: „ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień, to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez Zamawiającego” (wyrok z dnia 18.01.2022 r. o sygn. akt KIO 3750/21). W niniejszym postępowaniu wezwanie skierowane do Przystępujących było dość ogólne, gdyż poza przytoczeniem art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wymagał w nim jedynie wskazania: cen nabycia poszczególnych oferowanych urządzeń, kosztów gwarancji, wsparcia serwisowego i serwisu dla tych urządzeń oraz innych ewentualnych kosztów realizacji zamówienia, a także zysku związanego z realizacją zamówienia. Wszystkie te elementy zostały przez obu Przystępujących wskazane w złożonych przez nich wyjaśnieniach. Tym samym nie można stwierdzić, aby treść udzielonych wyjaśnień w niewystarczającym stopniu odpowiadała na wątpliwości Zamawiającego.

Przystępujący jasno też opisali, w jaki sposób będą realizować zamówienie, tj. że za pośrednictwem dystrybutora AB S.A. będą nabywać sprzęt od producenta Acer Poland sp. z o.o., przy czym dystrybutor będzie się też zajmował magazynowaniem tego sprzętu i jego transportem bezpośrednio do Zamawiającego. Tym samym rola każdego z Przystępujących ogranicza się do podejmowania czynności organizacyjnych (on-line) związanych z odebraniem zgłoszenia od Zamawiającego oraz przekazaniem go do producenta. Potwierdza to także złożony przez Przystępującego Intaris dowód w postaci informacji od dystrybutora NTT System S.A., w którym stwierdzono: „Przyjmowanie zamówień odbywać się będzie elektronicznie, na podstawie parametrów zdefiniowanych po podpisaniu przez Intaris (...) umowy z Zamawiającym. Cały proces złożenia zamówienia ogranicza się do potwierdzenia ilości zamawianego sprzętu oraz wyboru wcześniej zdefiniowanego adresu dostawy”. Dystrybutor NTT system S.A. nie był przy tym wymieniony w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przez żadnego z Przystępujących, ale nie zmienia to faktu, że jest to również jeden z oficjalnych dystrybutorów Acer Poland sp. z o.o., który świadczy usługi podobnie jak AB S.A. (co sam Acer Poland sp. z o.o. potwierdza w innych złożonych przez Przystępujących dowodach, tj. w oświadczeniach, w których w ostatnim zdaniu wymienione są „legalne i autoryzowane kanały sprzedaży”, w tym m.in. NTT System S.A.).

W konsekwencji - skoro realizacja zamówienia jest stosunkowo prosta - nie są zasadne argumenty Odwołującego dotyczące niedoszacowania przez Przystępujących kosztów pracy. Przystępujący Intaris wskazał w tym zakresie koszt 800 zł na łącznie 10 godzin pracy, z kolei Przystępujący Aksiom co do zasady w ogóle nie zamierza zatrudniać do wykonywania ww. czynności pracowników, gdyż obsługę zgłoszeń od Zamawiającego będzie wykonywał sam prezes zarządu (potwierdzone złożonym na posiedzeniu dowodem z opłacania składek w ZUS), ale na wszelki wypadek przewidział możliwość zatrudnienia jednej osoby za stawkę 150 zł za roboczogodzinę. Biorąc pod uwagę niewielki zakres czynności potrzebnych do obsługi zgłoszeń od Zamawiającego i ich mało skomplikowany charakter, trudno uznać ww. koszty za niedoszacowane. Z wyliczeń Przystępującego Intaris złożonego jako dowód na posiedzeniu wynika, że w okresie realizacji zamówienia czas potrzebny na pozyskanie zamówień i obsługę zgłoszeń serwisowych (z podziałem na poszczególne czynności od złożenia oferty wykonawczej do przekazania zgłoszenia serwisowego producentowi) wyniesie łącznie 9 godzin 32 minuty. Izba dostrzegła przy tym podniesiony przez Zamawiającego aspekt obsługi dostarczonego sprzętu już na miejscu (wypakowanie, wniesienie, podpisanie protokołu) i to w różnych miastach w Polsce, ale w dalszym ciągu dotyczy to czynności prostych, nie zabierających wiele czasu, które nie wiążą się z powstaniem dużych kosztów.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że obaj Przystępujący dołączyli do wyjaśnień jako dowody korespondencję z dystrybutorem AB S.A., z której wynika, że bez względu na ilość sprzętu i miejsce docelowe każdorazowo transport

będzie kosztować 12 zł. Przystępujący uwzględnili przy tym w kalkulacjach 12 zł za transport do każdego pojedynczego urządzenia, podczas gdy mało prawdopodobne jest, aby Zamawiający zamawiał urządzenia pojedynczo. Najprawdopodobniej zamówienia będą obejmować całe partie sprzętu, co oznacza, że jednorazowo poniesiony przy każdym zamówieniu koszt 12 zł rozłoży się na wiele sztuk tego sprzętu. W istocie więc koszt przedstawiony w kalkulacji będzie w tym zakresie dużo niższy i każdy z Przystępujących, biorąc pod uwagę ilość sprzętu objętego przedmiotem zamówienia, uzyska istotne oszczędności. Powyższego nie zmienia przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci korespondencji z AB S.A., z którego wynika, że cena 12 zł nie obejmuje wniesienia czy innych usług związanych z transportem. Pomijając to, że kwestia wniesienia sprzętu nie była podniesiona w odwołaniu (art. 555 ustawy Pzp), przede wszystkim po raz kolejny należy wskazać, że nie jest to problem, który mógłby generować wysokie koszty, zwłaszcza biorąc pod uwagę przewidywane oszczędności w kosztach samego transportu, które mogłyby zrekompensować koszty wniesienia.

Niezależnie od tych oszczędności każdy z Przystępujących wskazał też przewidywany zysk. Nawet jeśli nie jest on wysoki (a nie uwzględnia ww. spodziewanych oszczędności), to jednak jest możliwy do osiągnięcia, więc nie można zarzucać Przystępującym, że ich ceny są rażąco niskie. Ponadto obaj Przystępujący zastosowali niższą marżę na monitorach, których ceny producent przedstawił w złotych, a wyższą marżę na komputerach, których ceny są podane w euro, więc Przystępujący uwzględnili ryzyko kursowe. Izba uznała takie wyjaśnienie (w odniesieniu do zarzutów Odwołującego) za wiarygodne.

Nie można też twierdzić, że Przystępujący zaniżyli koszty oferowanego sprzętu, skoro ceny tego sprzętu zostały poparte dowodami w postaci korespondencji z producentem i w postaci oferty na kabel VGA. Ww. dowody dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie mogą zostać podważone dowodami złożonymi na posiedzeniu przez Odwołującego w postaci ofert cenowych od Loco sp.j. czy Impakt S.A., w których ceny kabla VGA są wyższe niż oferowane przez Przystępujących. Różni dostawcy na rynku mogą mieć bowiem różne ceny, w tym również dla różnych odbiorców, zatem dowody Odwołującego nie wpływają na fakt, że Przystępujący wykazali realność oferowania kabla VGA za podane w ofertach kwoty. Wiarygodność podanych w ofertach cen potwierdzają także:

- dowody przedłożone przez obu Przystępujących w postaci oświadczeń producenta Acer Poland sp. z o.o.,
- dowód przedłożony przez Przystępującego Intaris w postaci informacji od dystrybutora NTT System S.A.,

które potwierdzają ceny przyjęte w ofercie Przystępującego Aksiom i w ofercie Przystępującego Intaris oraz zawierają nowe ceny częściowo nawet niższe niż w ofertach załączonych jako dowody do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym niższe ceny kabla VGA.

O braku realności ceny ofert obu Przystępujących nie może też świadczyć brak skalkulowania tzw. kosztów ogólnych dotyczących:

- pracy pracowników administracyjnych i biurowych, kosztów rekrutacji i utrzymania kadr oraz zatrudnienia dodatkowej kadry, ponieważ jak wskazano już wyżej, realizacja zamówienia nie jest pracochłonna i koszty pracy nie mają w tym wypadku istotnego wpływu na cenę oferty,
- zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ponieważ Zamawiający w ogóle go nie żądał,
- wadium, które wniesione w formie pieniężnej (Przystępujący Aksiom) nie generuje w ogóle dodatkowych kosztów, a wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej (Przystępujący Intaris) nie generuje kosztów takich, które są istotne w świetle całej ceny oferty,
- ryzyka kursowego, ponieważ ryzyko to zostało uwzględnione w marży w obu ofertach.

Nie można także wykluczyć, że obaj Przystępujący rzeczywiście ustalili koszty sprzętu, gwarancji i serwisu ustnie przed złożeniem ofert, zwłaszcza że dowody dołączone do ich wyjaśnień rażąco niskiej ceny w postaci korespondencji z producentem z dnia 16.10.2024 r. (czyli po wezwaniu do złożenia wyjaśnień) zawierają sformułowania świadczące o potwierdzeniu cen w nawiązaniu do wcześniejszych rozmów. Dlatego argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą ww. korespondencja nie może dowodzić rzetelności sporządzonych wcześniej ofert, Izba nie uznała za zasadną.

Reasumując, w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z dowodami złożonych przez obu Przystępujących Izba nie dopatryła się kosztów czy informacji świadczących o tym, że ich ceny są rażąco niskie. Izba stwierdziła także, że wyjaśnienia te są wystarczająco szczegółowe (zwłaszcza w świetle treści wezwania), spójne i poparte dowodami, aby uznać je za uzasadniające podane w ofertach ceny. Dlatego zarzut nr 1 dotyczący przede wszystkim naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Zarzut dotyczący porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji

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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Przytoczony wyżej art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 pkt d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE o treści: Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji. Po pierwsze zatem, należy zwrócić uwagę, że zarówno ustawodawca unijny, jak i polski posługują się niedookreślonym sformułowaniem „zakłócenia konkurencji”, co oznacza, że w grę mogą wchodzić różnego rodzaju niesprecyzowane w ww. przepisach działania bądź zaniechania wykonawców, które w danym stanie faktycznym „zakłócają konkurencję”. Po drugie, niedopuszczalność takiego porozumienia ma wynikać z celu jego zawarcia, a nie ze skutku. Tym samym samo zawarcie porozumienia, którego celem jest zakłócenie konkurencji czyni go niedozwolonym, bez względu na to czy ostatecznie wykonawcom uda się osiągnąć oczekiwany skutek. Po trzecie, zawarcie takiego porozumienia zamawiający może stwierdzić na podstawie „wiarygodnych przesłanek”, co oznacza że zamawiający nie musi dysponować w tym zakresie dowodami, ale może oprzeć swoją ocenę na okolicznościach, które w danym stanie faktycznym wskazują na zawarcie niedozwolonego porozumienia. Również w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 15.06.2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 60/22 stwierdzono: „Sąd Okręgowy przede wszystkim pragnie wskazać, iż art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach”. Powyższe jest szczególnie istotne z uwagi na charakter omawianych porozumień, które z natury rzeczy są utrzymywane w poufności, dlatego wymóg uzyskania „twardych” dowodów na ich zawarcie czyniłby przepisy martwymi i w efekcie ułatwiałby wykonawcom zakłócanie konkurencji zamiast powodować ich wykluczanie z postępowania.

W niniejszej sprawie o zawarciu przez Przystępujących porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji przede wszystkim świadczy podobieństwo przedstawienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Mimo że Zamawiający skierował do obu Przystępujących wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp o takiej samej treści, nie uzasadnia to tak daleko idących podobieństw, jakie wystąpiły w przekazanych przez nich odpowiedziach:

1) wyjaśnienia obu Przystępujących są sporządzone w takim samym układzie, te same kwestie są w nich poruszane w podobnej kolejności, z użyciem niekiedy bardzo podobnych sformułowań, np. „skrócony łańcuch dostaw” (w obu wyjaśnieniach), czy „w sposób zapewniający mu uzyskanie zysku nawet w przypadku zamówień pojedynczych urządzeń” (Przystępujący Intaris) i „pozwala uzyskać zysk przy realizacji umowy wykonawczej dla pojedynczego urządzenia” (Przystępujący Aksiom);

2) kalkulacje obu Przystępujących są sporządzone wg tego samego schematu w formie tabeli, w której do każdego rodzaju komputera czy monitora w tej samej kolejności wymieniono pod spodem elementy cenotwórcze, np.:

a) komputer przenośny:

- Acer TravelMate P214-55-G2-TCO,
- torba dwukomorowa,
- mysz bezprzewodowa,
- Gwarancja i serwis 5 lat, on-site,
- Transport,
- Koszty pracownicze (u Przystępującego Aksiom nazwane: „Koszt pracy pracownika – jednostkowy”),

b) komputer stacjonarny typ 1:

- Acer Veriton Z4714GT,
- klawiatura USB w układzie polski programisty (czytnik kart mikroprocesorowych wbudowany w klawiaturę),
- mysz optyczna USB z rolką do przewijania,
- konwerter światłowodowy,
- Gwarancja i serwis 5 lat, on-site,
- Transport,
- Koszty pracownicze (u Przystępującego Aksiom nazwane: „Koszt pracy pracownika – jednostkowy”),

c) monitor typ 2:

- Acer CB242YBmiprx,
- Kabel VGA (u Przystępującego Aksiom nazwany: „Przewód VGA”),

-Gwarancja i serwis 5 lat, on-site,

-Transport,

-Koszty pracownicze (u Przystępującego Aksiom nazwane: „Koszt pracy pracownika – jednostkowy”).

Poza przedstawieniem kalkulacji w takim samym schemacie, obaj Przystępujący użyli też w tych samych słowach wielkiej litery („Kabel”, „Gwarancja”, „Transport”, „Koszty”/„Koszt”) i obaj używali tego samego zwrotu „on-site”, mimo że sam Zamawiający w pkt 4.2. OPZ użył określenia: „w miejscu zainstalowania sprzętu” (*Zamawiający wymaga by wsparcie techniczne, serwis i gwarancja świadczone były przez producenta lub przez oficjalnego partnera serwisowego producenta urządzeń w miejscu zainstalowania sprzętu*);

3)w zakresie tak standardowego akcesorium jak kabel VGA, występującego w wielu rodzajach na rynku, Przystępujący zaferowali nie tylko ten sam kabel (Lanberg Kabel VGA Ferryt 1.8.M M/M Ekran czarny), ale nawet dołączyli do wyjaśnień ofertę z internetu z tym samym numerem koszyka: #134187;

4)obaj Przystępujący wskazali w wyjaśnieniach tego samego dystrybutora AB S.A., mimo że na rozprawie jeden z nich podnosił, że jest wielu dystrybutorów na rynku i można korzystać z ich usług nie ograniczając się do jednego;

5)do obu wyjaśnień dołączono takiego samego rodzaju dowody w postaci oferty na kabel VGA oraz korespondencji mailowych dotyczących oferty producenta i oferty na transport;

6)korespondencja mailowa z producentem Acer Poland sp. z o. była prowadzona z tym samym przedstawicielem producenta, tj. panem Ł.Ł..w odstępstwie kilku godzin w podobny sposób: „W nawiązaniu rozmowy telefonicznej proszę o potwierdzenie wyceny na potrzeby oferty ...” (Przystępujący Aksiom) i „W nawiązaniu do naszej rozmowy bardzo proszę o potwierdzenie niżej załączonej wyceny ...” (Przystępujący Intaris) i w obu przypadkach pod spodem wymieniono w takim samym układzie i kolejności zamawiany sprzęt wraz z gwarancją i serwisem, np.:

a) komputer przenośny:

-Acer TravelMate P214-55-G2-TCO

-torba dwukomorowa

-mysz bezprzewodowa

-Gwarancja i serwis 5 lat, on-site:

b) komputer stacjonarny typ 1:

-Acer Veriton VZ4714GT

-klawiatura USB w układzie polski programisty (czytnik kart mikroprocesorowych wbudowany w klawiaturę) [w wiadomości Przystępującego Aksiom brak słów: „wbudowany w klawiaturę”]

-mysz optyczna USB z rolką do przewijania

-konwerter światłowodowy

-Gwarancja i serwis 5 lat, on-site:

c) monitor typ 2:

-Acer Inc. CB242YEBmiprx

-Gwarancja i serwis 5 lat, on-site.

Uwagę zwraca nie tylko wspomniany już ten sam układ i kolejność wymienianego sprzętu oraz gwarancji i serwisu, ale także użycie słów „on-site” i wpisywanie za każdym razem tylko „Gwarancja” z wielkiej litery. Dodatkowo na końcu wiadomości obaj Przystępujący wpisali identyczną treść: „*Powyższe ceny są obowiązujące dla zamówień wykonawczych oraz dla Umowy Ramowej zawieranej na 36 miesięcy. Oferowane urządzenia będą fabrycznie nowe i będą pochodzić z legalnego i autoryzowanego kanału sprzedaży (AB S.A.).* Powyższe podobieństwa zwracają uwagę szczególnie w sytuacji, gdy obaj Przystępujący wyjaśniając, dlaczego ww. korespondencja pochodzi z dnia 16.10.2024 r. wskazywali, że warunki oferty Acer Poland sp. z o.o. zostały ustalone przed złożeniem oferty, a w korespondencji z 16.10.2024 r. zostały jedynie potwierdzone. Przystępujący zatem nie tylko w analogiczny sposób otrzymali pierwotną ofertę od producenta (ustnie), ale także w niezwykle podobny sposób zwrócili się następnie do niego w celu potwierdzenia warunków tej oferty.

Oczywiście w złożonych wyjaśnieniach są też różnice, np. Przystępujący Intaris złożył kalkulację w osobnym załączniku, a Przystępujący Aksiom umieścił ją w środku wyjaśnień, tabela z kalkulacją Przystępującego Intaris jest przedstawiona w poziomie, a Przystępującego Aksiom – w pionie, obaj Przystępujący w tabeli z kalkulacją ceny zamieścili m.in. kolumnę zatytułowaną „Marża”, a tylko Przystępujący Intaris dopisał też kolumnę „Narzut”, w inny sposób zostały policzone koszty pracownicze, co jest przede wszystkim wynikiem tego, że Przystępujący Aksiom nie zatrudnia pracowników. Powyższe różnice nie mają jednak znaczenia dla sposobu przedstawienia wyjaśnień, np. wskazany przez Przystępującego Intaris „narzut” nic nie wnosi do treści tych wyjaśnień. Różnice te raczej sprawiają wrażenie dokonanych świadomie po to, aby nie rzuciły się w oczy podobieństwa obu złożonych wyjaśnień.

Mimo ww. różnic nie można jednak nie dostrzec, że przy sporządzaniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny został zastosowany ten sam mechanizm przedstawiania argumentacji, ten sam mechanizm przedstawienia kalkulacji cenowej i ta sama koncepcja przedstawienia dowodów, łącznie ze sposobem ich uzyskania. Powyższego nie można wytłumaczyć treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, bo wezwanie to było dość ogólne i poza przytoczeniem art. 224 ust. 3 ustawy Pzp ograniczało się do wymienienia elementów takich jak: „*ceny nabycia poszczególnych oferowanych urządzeń, koszty gwarancji, wsparcia serwisowego oraz serwisu dla tych urządzeń oraz inne ewentualne koszty realizacji zamówienia, a także zysk związany z realizacją zamówienia*”. O ile jednak wykazanie w wyjaśnieniach ww. czynników cenotwórczych stanowiłoby po prostu odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, o tyle przedstawienie ich w takim samym opisanym wyżej schemacie, nie może być już uznane za zwykłe i przypadkowe. Nie można też zgodzić się z Przystępującymi, że opisane podobieństwa w wyjaśnieniach nie są niczym nadzwyczajnym na rynku zamówień. Należy bowiem wskazać, że nawet w przypadku wykonawców oferujących w danym postępowaniu np. sprzęt pochodzący od tego samego producenta za podobną cenę, nie jest normą na rynku zamówień składanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wg tego samego schematu, w tej samej kolejności przedstawiania elementów cenotwórczych, z użyciem tego samego zwrotu pochodzącego z języka obcego, z oferowaniem tych samych akcesoriów do sprzętu głównego, czy z dołączeniem takich samych dowodów (w tym z bardzo podobnie prowadzoną korespondencją z producentem i tym samym numerem koszyka do zakupu akcesorium). W związku z tym podobieństw w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez obu Przystępujących nie można uznać za powszechne, normalne i wynikające ze zbiegu okoliczności. W ocenie Izby świadczą one natomiast o zawarciu przez Przystępującego Aksiom i Przystępującego Intaris porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Dodatkowym czynnikiem potwierdzającym działanie obu Przystępujących w ramach niedozwolonego porozumienia są podobieństwa złożonych przez nich uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść tych uzasadnień była znana Odwołującemu od pierwszego wyboru najkorzystniejszych ofert i po uzyskaniu dostępu również do odtajnionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozwoliła na ustalenie zawarcia przez Przystępujących porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji oraz na sformułowanie w tym zakresie zarzutu. Podobieństwa w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa polegają w szczególności na przedstawianiu takich samych argumentów w tej samej kolejności i na używaniu analogicznych zwrotów, w tym m.in.:

- 1) „*Wykonawca, ze względu na to, że nawet ujawnienie części informacji może prowadzić do skutecznej dedukcji całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wnosi o nieujawnianie fragmentarycznych danych i informacji zawartych we wskazanych dokumentach*” (Przystępujący Aksiom) oraz „*Wykonawca wnosi o nieujawnianie fragmentarycznych danych i informacji, gdyż nawet częściowe ich ujawnienie może prowadzić do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa*” (Przystępujący Intaris);
- 2) „*Poszczególne oferty cenowe są ekskluzywnie dla Aksiom sp. z o.o., są wynikiem dwustronnych poufnych negocjacji oraz przyjętego modelu sprzedaży kontrahentów*” (Przystępujący Aksiom) oraz „*Wskazane warunki cenowe są ekskluzywnie dla partnera producenta i wynikają z udzielonych rabatów oraz co za tym idzie nie zostały ujawnione podmiotom konkurującym z Intaris P.K. P.K. Sp.k.*” (Przystępujący Intaris);
- 3) „*Oferta cenowa oraz udzielone rabaty pochodzą od prywatnych podmiotów, a te dane mają kluczowe znaczenie handlowe. Odpowiadają one za odzwierciedlenie doświadczenia wykonawcy na rynku oraz jego relacji z partnerami biznesowymi*” (Przystępujący Aksiom) oraz „*Oferty cenowe oraz poziom udzielonego rabatu pochodzą od podmiotów prywatnych i stanowią istotne informacje handlowe. Świadczą bowiem o doświadczeniu zdobytym przez wykonawcę na rynku i jego kontaktach handlowych*” (Przystępujący Intaris);
- 4) „*Poznanie sposobu kalkulacji kosztów, które opierają się na ofertach kontrahentów, mogłoby ujawnić stawki, indywidualne rabaty oraz ceny stosowane przez współpracujące podmioty*” (Przystępujący Aksiom) oraz „*Poznanie przez konkurencję sposobu kalkulacji kosztów, szacowanych w oparciu o oferty kontrahentów, narażałoby wykonawcę na ujawnienie informacji dotyczących stawek, indywidualnych rabatów i cen oferowanych przez współpracujące z nim podmioty*” (Przystępujący Intaris);
- 5) „*W przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji firmom konkurencyjnym, Aksiom sp. z o.o. zostałaby pozbawiona przewagi rynkowej, co mogłoby prowadzić do powstania szkód zarówno dla wykonawcy, jak i jego kontrahentów. Pozyskanie wiedzy dotyczącej relacji handlowych przez konkurencję mogłoby umożliwić im przejęcie partnerów biznesowych wykonawcy, co wpłynęłoby negatywnie na jego pozycję rynkową*” (Przystępujący Aksiom) oraz „*W tych okolicznościach ujawnienie zastrzeżonych informacji konkurencyjnym przedsiębiorcom pozbawiłoby Intaris P.K. P.K. Sp.k. przewagi, a w konsekwencji naraziłoby wykonawcę i kontrahentów na powstanie szkody z tego tytułu. Pozyskanie przez podmioty konkurujące wiedzy w tym zakresie mogłoby umożliwić tym podmiotom przejęcie kontrahentów wykonawcy*” (Przystępujący Intaris);
- 6) „*Informacje o współpracy z podmiotami prywatnymi, a także dane dotyczące warunków współpracy, mają charakter handlowy i organizacyjny, co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z przepisami ustawy o zwalczaniu*

nieuczciwej konkurencji. Ujawnienie tych informacji mogłoby zakłócić konkurencję, szczególnie na rynkach niszowych, gdzie specyficzne relacje biznesowe odgrywają decydującą rolę w zdobywaniu przewagi konkurencyjnej” (Przystępujący Aksiom) oraz „Fakt pozostawiania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych oraz informacje ujawniające elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK. Ujawnienie takich informacji, może potencjalnie wpłynąć na zaburzenie konkurencji, zwłaszcza na rynkach o wąskiej specjalizacji, w których o przewadze konkurencyjnej danego podmiotu mogą decydować konkretne relacje biznesowe” (Przystępujący Intaris);

7) „*Aksiom sp. z o.o. podjęło przy zachowaniu należytej staranności, niezbędne działania w celu utrzymania poufności zastrzeżonych informacji. Zarząd Aksiom sp. z o.o. poinformował wszystkich uczestników procesu zakupowego, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i pochodzą od dostawców, którzy zastrzegli ich poufność” (Przystępujący Aksiom) oraz „Intaris P.K. P.K. Sp.k., podjęło przy zachowaniu należytej staranności, niezbędne działania w celu utrzymania poufności zastrzeżonych informacji. Zarząd Intaris P.K. P.K. Sp.k. przekazał pracownikom, że powyższe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i pochodzą od podmiotów które zastrzegły ich poufność” (Przystępujący Intaris), przy czym w obu przypadkach pierwsze z ww. zdań zostało wyboldowane.*

Powyższe fragmenty uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez obu Przystępujących zostały podane przykładowo. Nie są one oczywiście identyczne, jednak występujące w nich różnice mają charakter kosmetyczny i sprawiają wrażenie dokonanych wyłącznie w celu uniknięcia złożenia uzasadnień o całkowicie takiej samej treści. Przystępujący Aksiom wyjaśniał przy tym na rozprawie, że podobieństwa w składanych dokumentach mogą wynikać z faktu kopiowania przez wykonawców pism zamieszczanych w internecie. Pomijając w tym miejscu wątpliwą skuteczność takiej praktyki (skopiowane pisma siłą rzeczy nie odnoszą się do konkretnych warunków konkretnego zamówienia), przede wszystkim należy podkreślić, że podobieństwa uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są w niniejszej sprawie tylko jedną z poszlak wskazujących na zawarcie przez Przystępujących niedozwolonego porozumienia. Podstawowym zaś czynnikiem wskazującym na zawarcie takiego porozumienia są omówione już wyżej podobieństwa w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z dowodami. Łącznie zaś analiza wszystkich tych dokumentów pozwala na uznanie, że obaj Przystępujący zawarli ze sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

W tym miejscu należy ponownie wskazać, że dla stwierdzenia porozumienia, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie jest konieczne wystąpienie skutku w postaci zakłócenia konkurencji. Ww. przepis wyraźnie bowiem wskazuje na porozumienie „mające na celu” jej zakłócenie, co oznacza, że niedozwolone jest już takie porozumienie, które w zamyśle jego uczestników ma dopiero wywołać określone skutki (zakłócenie konkurencji) w określonej sytuacji. Niniejsze postępowanie ma na celu zawarcie umowy ramowej z maksymalnie pięcioma wykonawcami. Działanie Przystępujących w ramach ww. porozumienia miało zatem na celu ograniczenie konkurencji i w efekcie ułatwienie im uzyskania zamówień wykonawczych. Po pierwsze bowiem, jako uczestnicy takiego porozumienia na etapie składania ofert wykonawczych konkurwaliby już razem tylko z trzema innymi wykonawcami, nie zaś każdy z nich osobno – z czterema. Po drugie, na etapie składania ofert wykonawczych mogliby ze sobą ustalać, na które zamówienie wykonawcze który z nich złoży ofertę i w ten sposób dzielić się możliwością uzyskania jak największej liczby zamówień. Przy czym należy zauważyć, że w ofertach wykonawczych wykonawcy nie mogą oferować cen wyższych niż w ofertach złożonych w postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej, co oznacza, że wykonawcy z cenami pierwotnie wyższymi muszą w ofertach wykonawczych zejść co najmniej do ceny wykonawcy pierwotnie z ofertą najniższą. W niniejszej sprawie zatem to inni wykonawcy z wyższymi pierwotnie cenami, musieliby w ofertach wykonawczych znacznie obniżyć swoje ceny, żeby być konkurencyjni wobec obu Przystępujących. Przystępujący zaś, mający od początku najniższe ceny (niewiele się od siebie różniące) nie musieliby dokonywać tak znacznych obniżek, co dodatkowo przy ustaleniu podziału zamówień wykonawczych między siebie zwiększałoby ich szanse na podzielenie się całym zamówieniem.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że wyżej opisane okoliczności sprawy stanowią wiarygodną przesłankę, że Przystępujący Aksiom i Przystępujący Intaris zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Raz jeszcze bowiem należy podkreślić, że dla wykluczenia wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie jest konieczne przedstawienie jednoznacznych dowodów, ale wystarczające jest stwierdzenie wiarygodnych przesłanek wskazujących na istnienie między nimi porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Wystąpienie takich wiarygodnych przesłanek w niniejszej sprawie oznacza, że Przystępujący Aksiom i Przystępujący Intaris podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a ich oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do kwestii wezwania Przystępujących do złożenia wyjaśnień w celu wykazania, że przygotowali oni oferty niezależnie od siebie, Izba stwierdziła, że obowiązek skierowania do wykonawców takiego wezwania nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Przystępujący nie należą bowiem do grupy kapitałowej w rozumieniu art.

4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 594 ze zm.), tj. nie należą do grupy rozumianej jako grupa wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Tymczasem zawarty w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zwrot: „chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie” odnosi się właśnie do wykonawców należących do grupy kapitałowej. Na taką wykładnię ww. przepisu wskazuje nie tylko jego treść, ale też porównanie do art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy klasycznej, w którym ustawodawca unijny nie przewidział możliwości wykazywania przez wykonawców, że złożyli oferty niezależnie od siebie. Obowiązek dania wykonawcom takiej szansy wynika natomiast z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącego ubiegania się o zamówienie publiczne konkretnie tej grupy wykonawców, między którymi występuje stosunek dominacji lub z których jeden wywiera na drugiego znaczny wpływ. M.in. w wyroku z dnia 19.05.2009 r. w sprawie C-538/07 Trybunał stwierdził: „*prawo wspólnotowe sprzeciwia się ustanowieniu przepisu prawa krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania*” (por. pkt 27 – 33 ww. wyroku). Zatem z porównania treści art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy klasycznej (dotyczącego ogółu wykonawców) i orzecznictwa TSUE dotyczącego grup kapitałowych wynika, że jedynie w przypadku zakłócenia konkurencji polegającego na złożeniu odrębnych ofert (lub wniosków) przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej zamawiający zobowiązany jest umożliwić im złożenie wyjaśnień w celu wykazania, że przygotowali oni oferty (lub wnioski) niezależnie od siebie. Skoro natomiast w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z przynależnością Przystępujących do jednej grupy kapitałowej, to nie można zarzucić Zamawiającemu, że nie wezwał ich do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, jak też nie można mu tego nakazać. Z uwagi na powyższe argumentacja Przystępujących dotycząca braku wezwania ich do złożenia wyjaśnień w zakresie przygotowania ofert niezależnie od siebie, została uznana przez Izbę za niezasadną.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępujących przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Spśród dwóch zarzutów postawionych w odwołaniu Izba uwzględniła jeden zarzut (dotyczący niedozwolonego porozumienia) i oddaliła jeden zarzut (dotyczący rażąco niskiej ceny). Oznacza to, że Przystępujący wnoszący sprzeciw odpowiadają za koszty postępowania odwoławczego w połowie i Odwołujący w połowie.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się: wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego – 3.600 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika Akxiom – 3.600 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika Intaris – 3.600 zł, co razem daje kwotę 25.800 zł. Tym samym Przystępujący wnoszący sprzeciw łącznie odpowiadają za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 12.900 zł i Odwołujący – również w wysokości 12.900 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł (wpis + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 12.900 zł. Przystępujący wnoszący sprzeciw ponieśli dotychczas koszty po 3.600 zł każdy (wynagrodzenia pełnomocników), czyli 7.200 zł łącznie, a powinni ponieść je w wysokości 12.900 zł. Oznacza to, że Odwołującemu należy się od Przystępujących wnoszących sprzeciw 5.700 zł, tak by każdy (Przystępujący łącznie oraz Odwołujący) poniósł koszty adekwatne do wyniku postępowania odwoławczego ($18.600 - 5.700 = 12.900$; $7.200 + 5.700 = 12.900$). Jednocześnie z uwagi na fakt, że należna Odwołującemu kwota ma być zwrócona przez obu Przystępujących, Izba podzieliła ją pomiędzy nich zasądzając od każdego Przystępującego na rzecz Odwołującego połowę ww. kwoty, tj. po 2.850 zł.

ając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca

.....

.....