Sygn. akt: KIO 2459/23

WYROK
z dnia 7 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę: **P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S., ul. Miła 5, 09-402 Płock** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A., ul. Wolności 90, 42-625 Ożarowice,**
przy udziale wykonawcy: **„GMT" Sp. z o.o., ul. Mikołowska 40, 41-400 Mysłowice**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2459/23 po stronie zamawiającego,
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: DIMARK S.A., ANGLOSEC Sp. o.o., Złotkowo, ul. Zachodnia 3, 62-002 Suchy Las**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2459/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołanie,
2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S., ul. Miła 5, 09-402 Płock**, i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S., ul. Miła 5, 09-402 Płock** tytułem wpisu od odwołania,
2.2zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S., ul. Miła 5, 09-402 Płock**na rzecz zamawiającego: **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A., ul. Wolności 90, 42-625 Ożarowice,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), 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: ……

Sygn. akt: KIO 2459/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego *na wybór Wykonawcy dostawy instalacji elementów systemu BHS oraz robót budowlanych dla zadania pn.: „Rozbudowa bagażowni w Terminalu A – dostosowanie systemu BHS".* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 096-302035 w dniu 19 maja 2023 r.

Zamawiający przekazał informację o badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu oraz o wyborze oferty Konsorcjum: Dimark S.A., Anglosec Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum") jako najkorzystniejszej – w dniu 11 sierpnia 2023 r.
Wykonawca: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S. na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 514 ust. 1 i art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), dalej zwanej „Pzp", wniósł odwołanie wobec:
1) czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
2) czynności wyboru oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej;
3) zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o.;
4**)** zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o., pomimo, że na podstawie wiarygodnych przesłanek można stwierdzić, że wskazani wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o., pomimo, że wskazani wykonawcy podlegali wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2, art. 15 ust. 1 pkt 5 i art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o., pomimo, że oferty tych wykonawców zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 218 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o., pomimo, że złożenie ofert przez tych wykonawców miało na celu obejście ustawy, tj. przepisu art. 218 ust. 1 Pzp stanowiącego, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a co za tym idzie ww. oferty są niezgodne z przepisami ustawy oraz nieważne na podstawie przepisów art. 58 § 1 i 2 k.c.;

5. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z 17 ust. 2 Pzp, poprzez wybranie oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wybór tej oferty został dokonany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, albowiem Konsorcjum podlegało wykluczeniu, zaś jego oferta odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert;
2) unieważnienia dokonanej czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
3) wykluczenia z postępowania Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o.;
4) odrzucenia ofert Wykonawców: Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o.;
5) dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego;
6) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z właściwymi przepisami.

W terminie do dnia 5 lipca 2023 r. godz. 10:00 w postępowaniu zostały złożone 3 oferty: oferta nr 1 GMT Sp. z o.o. z ceną netto 15.820.000,00 zł + VAT, tj. brutto 19.458.600,00 zł; oferta nr 2 Savicon P. S. z ceną netto 14.193.176,56 zł + VAT, tj. brutto 17.457.607,17 zł; oferta nr 3 Konsorcjum Dimark S.A., Anglosec Sp. z o.o. z ceną netto 11.485.485,00 + VAT, tj. brutto 14.127.146,55 zł.

Pismem z dnia 5 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: netto 14.469.836,00 zł + 23% VAT, tj. brutto 17.797.898,28 zł. W ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, opublikowanym w dniu 19 maja 2023 r., numer publikacji: 2023/S 096-302035, Zamawiający podał, że szacunkowa całkowita wartość zamówienia bez VAT wynosi 14.469.836,00 zł.

Pismem z dnia 6 lipca 2023 r., w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 5 lipca 2023 r., Zamawiający udostępnił Odwołującemu oferty pozostałych wykonawców. Z treści ofert wynika, że obydwaj wykonawcy zaoferowali to samo podstawowe urządzenie EDS spełniające normę 3.1 oraz to samo dodatkowe urządzenie RTG konwencjonalne (rentgenowskie), oba produkcji Smiths Detection Germany GmbH, tj. urządzenie EDS HI-SCAN 10080 XCT z wersj oprogramowania 09-47-17 oraz urządzenie RTG HI-SCAN 100100V-2is z wersją oprogramowania HX-03-23-B (pkt 4 i 5 ofert). Odwołujący zauważył, że ten sam podmiot, Anglosec Sp. z o.o., w ofercie złożonej przez Konsorcjum występuje jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Partner Konsorcjum), a w ofercie złożonej przez GMT Sp. z o.o. występuje jako podwykonawca i zarazem podmiot udostępniający wykonawcy zasoby w postaci zdolności technicznych lub zawodowych, celem potwierdzenia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, na zasadzie art. 118 ust. 1 Pzp (Załącznik nr 10 do SWZ załączony do oferty GMT Sp. z o.o.). W obydwu ofertach przewidziano ten sam zakres zadań do realizacji przez Anglosec Sp. z o.o., obejmujący dostawę systemu EDS, montaż, uruchomienie, przeprowadzenie testów oraz szkolenie w zakresie obsługi dla pracowników Zamawiającego (pkt 8 oferty GMT Sp. z o.o. – lista podwykonawców; Załącznik nr 10 do SWZ załączony do oferty GMT Sp. z o.o.; Załącznik nr 7 do SWZ załączony do oferty Konsorcjum). Anglosec Sp. z o.o. jest autoryzowanym i wyłącznym przedstawicielem producenta zaoferowanych urządzeń do kontroli bezpieczeństwa EDS i RTG, firmy Smiths Detection Germany GmbH.

Odwołujący wskazał, że urządzenie do kontroli bezpieczeństwa EDS normy 3.1 stanowi podstawowy element przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Jest to urządzenie bardzo dużej wartości, przekraczającej 10 mln złotych. Wartość urządzenia EDS stanowi około 60% wartości przedmiotu zamówienia. Gdyby wartość urządzenia EDS odnieść do ceny oferty złożonej przez Konsorcjum, to stanowiłaby ona nawet około 70% wartości tej oferty.

W świetle powyższych faktów, wyłania się zagadnienie powodu i celu, dla których w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Konsorcjum w składzie Dimark S.A. i Anglosec Sp. z o.o. oraz GMT Sp. z o.o., przewidujące dostarczenie Zamawiającemu tych samych urządzeń EDS i RTG. Pomimo zasadniczych zbieżności, oferty zostały złożone na radykalnie odbiegające od siebie kwoty wynagrodzenia. Różnica ceny między ofertami wynosi ponad 5 mln zł (prawie 30%), a w ujęciu procentowym jest to różnica na poziomie blisko 30%. W opisanych wyżej okolicznościach, nie

sposób takiej różnicy w wartości złożonych przez GMT Sp. z o.o. i Konsorcjum ofert wyjaśnić jakimikolwiek argumentami natury rynkowej. Obie ww. oferty w sposób wyraźny odbiegają od realiów rynkowych, przy czym pierwsza jest mocno zawyżona, zaś druga zaniżona.

O ile oferta Odwołującego została skalkulowana na zasadach rynkowych, opiewa na kwotę brutto 17.457.607,17 zł i różni się od kwoty przyjętej przez Zamawiającego nieznacznie (jest od niej tańsza o niespełna 2%), to oferty Konsorcjum oraz GMT Sp. z o.o. różnią się od kwoty podanej przez Zamawiającego radykalnie. Oferta Konsorcjum jest tańsza aż o ponad 20%, zaś oferta GMT Sp. z o.o. jest z kolei droższa o blisko 10%. Obie te oferty dzieli różnica ceny na poziomi prawie 30%, pomimo tego że w obydwu ofertach przeważającą pod względem wartości część zadań, w szczególności dostawę urządzenia do kontroli bezpieczeństwa EDS, miał zrealizować ten sam podmiot, tj. Anglosec Sp. z o.o. oraz miało zostać dostarczone to samo urządzenie EDS HI-SCAN 10080 XCT z wersją oprogramowania 09-47-17 produkcji Smiths Detection Germany GmbH. Taka różnica cen w ofertach Konsorcjum oraz GMT Sp. z o.o. nie znajduje uzasadnienia w realiach rynkowych oraz mechanizmach zwykłego, uczciwego konkurowania pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe, w świetle zasad logiki i wskazań doświadczenia życiowego, prowadzi do nieodzownego wniosku, że cena w ofercie złożonej przez Konsorcjum została nierynkowo zniżona, w zamiarze uzyskania zamówienia „za wszelką cenę". Celem złożenia oferty nie było w tym przypadku pozyskanie wynagrodzenia obejmującego stosowną, rynkową marżę, ale było nim przede wszystkim wyeliminowanie ewentualnej konkurencji i wygranie przetargu. Z kolei w ofercie złożonej przez GMT Sp. z o.o., w której Anglosec Sp. z o.o. występuje jako podwykonawca realizujący przeważający pod względem wartości zakres przedmiotu zamówienia i zarazem podmiot udostępniający zasoby celem potwierdzenia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, cena została nierynkowo zawyżona, aby pozyskać wynagrodzenie zapewniające bardzo wysoką marżę.

Nieodparta logika faktów wskazuje, zdaniem Odwołującego, że do złożenia powyższych ofert nie doszło na skutek przypadkowej koincydencji. Zwłaszcza biorąc pod uwagę to, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia wskazał szacunkową wartość zamówienia, można by było się spodziewać, że wykonawcy złożą oferty o wartości nieodbiegającej w sposób radykalny od wartości podanej przez Zamawiającego. W mechanizmie zwykłego, uczciwego konkurowania znaczące różnice można by było wytłumaczyć w takiej sytuacji, gdyby okazało się, że Zamawiający nie doszacował albo przeszacował wartość zamówienia. Jedynym znajdującym oparcie w logice i doświadczeniu życiowym wyjaśnieniem opisanego zjawiska złożenia przez Konsorcjum oraz GMT Sp. z o.o. ofert przewidujących nierynkowo zaniżoną oraz zawyżoną cenę, jest zaistnienie w tym zakresie porozumienia pomiędzy tymi wykonawcami.

W orzecznictwie został już dostrzeżony i szeroko opisany mechanizmu antykonkurencyjnego porozumienia polegającego na tzw. „rozstawianiu ofert". Jest ono realizowane poprzez skoordynowane składanie rozbieżnych cenowo ofert przez wykonawców objętych porozumieniem. Wykonawca oferujący niższą cenę jest gotowy doprowadzić do odrzucenia własnej oferty, gdyby w danej sytuacji pozwoliło to na wygranie przetargu przez innego objętego porozumieniem wykonawcę, który zaoferował cenę wyższą, w celu maksymalizacji zysku. Tego typu porozumienie może w pełni realizować cel w postaci wygrania przetargu „za wszelką cenę", gdzie podstawowym motywem działania jest wyeliminowanie ewentualnej konkurencji, a sposobem zaoferowanie ceny nierynkowo zaniżonej, przy jednoczesnym braku konieczności rezygnacji z szansy na ewentualne uzyskanie zamówienia za znacznie wyższą cenę, zawartą w innej ofercie, w sytuacji gdyby okazało się, że w postępowaniu nie zostały złożone niepodlegające odrzuceniu korzystniejsze oferty przez innych wykonawców, nieobjętych porozumieniem.

Antykonkurencyjne porozumienie w mechanizmie „rozstawiania ofert" było przedmiotem rozpoznania Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 431/21. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła istnienie antykonkurencyjnego porozumienia i dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji w stanie faktycznym, w którym jeden z wykonawców, polegający na zasobach innego wykonawcy, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaoferował dostarczany przez niego asortyment, dodając do ceny ofertowej 30% narzutu. Powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 25 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 56/21, w którego uzasadnieniu czytamy: „UOKIK za zmowę przetargowa uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawienia ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną. Jako przykłady UOKIK wskazuje sytuacje, kiedy ceny wykonawców, którzy zawarli porozumienie, były kolejno niższe, a zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy, aby umożliwić wybór oferty droższej, będącej propozycją przedsiębiorcy, z którym pozostawał w zmowie. Analogicznie, jeśli oferty członków porozumienia zajmują trzy pierwsze miejsca, wycofywane są dwie najkorzystniejsze oferty (por. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów "Zmowy przetargowe", wydanie drugie zaktualizowane, Warszawa 2013)."

Odwołujący przytoczył także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2015 r., sygn. akt KIO 2173/15. I wskazał, że w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów oraz poglądach doktryny przyjmuje się jednolicie, że stwierdzenie zaistnienia porozumienia antykonkurencyjnego pomiędzy wykonawcami nie wymaga jego wykazania za pomocą dowodów bezpośrednich, co zasadniczo byłoby prawie zawsze niemożliwe. Wystarczające jest w tym zakresie oparcie się w szczególności na dowodach pośrednich, poszlakach czy domniemaniach wysnutych z nieodzownej logiki faktów i doświadczenia życiowego (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2019 r., sygn. akt KIO 1830/19, Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624; , dostęp: 18.08.2023 r.).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 108 ust. 1 pkt 5 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.

Okoliczności zaistniałe w niniejszym postępowaniu, szeroko opisane powyżej w odwołaniu, nieodzownie wskazują na istnienie wiarygodnych przesłanek do stwierdzenia, że Konsorcjum oraz wykonawca GMT Sp. z o.o., złożyli swoje oferty w ramach porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji, polegającego na skoordynowanym, znaczącym zaniżeniu oraz zawyżeniu poszczególnych ofert, nieznajdującym uzasadnienia w normalnym mechanizmie rynkowym.

Oferty Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o. zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, wypełniającego znamiona przepisów art. 3 ust. 1 i 2, art. 15 ust. 1 pkt 5 i art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Wskazane przepisy za czyn nieuczciwej konkurencji uznają działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). W szczególności czynem nieuczciwej konkurencji jest: utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom i wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy (art. 3 ust. 2, art. 15 ust. 1 pkt 5 i art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów) oraz uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów). Słusznie stwierdza Włodzimierz Dzierżanowski, że: „Żaden z wykonawców, który kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniesie w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą, który manipuluje cenami. Nawet jeśli zaoferuje stawki wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania.” [W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. J., M. K., M. S., W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz Warszawa 2021, art. 226.]. Podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza wydając uchwałę z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 30/14 oraz w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 maja 2015 r., sygn. akt KIO 825/15.

Podniesione w niniejszym odwołaniu zarzuty nr 1-3, należy więc uznać za zasadne.

Niezależnie od powyższych zarzutów, Odwołujący wskazał również, że złożenie oferty nr 1 i nr 3, w których Anglosec Sp. z o.o. występuje raz jako podwykonawca i podmiot udostępniający zasoby, celem wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a raz jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przy czym w obydwu przypadkach zakres zadań tej firmy jest tożsamy i obejmuje podstawowy zakres przedmiotu zamówienia, stanowi obejście przepisu ustawy, tj. art. 218 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Bezpośrednie – dokonane wprost – naruszenie tego przepisu byłoby dość jednoznaczne i oczywiste, pociągając za sobą niewątpliwie odrzucenie ofert złożonych przez Wykonawcę w liczbie większej niż jedna (art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp). W praktyce należy się więc spodziewać, że naruszenie wskazanego przepisu będzie dokonywane nie wprost, a pośrednio, w sposób „zawoalowany”, a więc przez jego obejście, w szczególności z wykorzystaniem takich rozwiązań jak podwykonawstwo i udostępnienie zasobów innemu wykonawcy, celem wykazania spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w opinii Prezesa UZP z dnia 24 czerwca 2015 r., znak: UZP/DP/026/651(2)/15/MM3.

Wobec powyższego, podniesiony w niniejszym odwołaniu zarzut nr 4, należy uznać za zasadny.

W konsekwencji zasadny jest również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z 17 ust. 2 Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy został dokonany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, albowiem Konsorcjum podlegało wykluczeniu z postępowania, zaś jego oferta odrzuceniu.

Wykonawca „GMT” Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach,zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w

sprawie o sygn. akt KIO 2459/23 po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie z dnia 4 września 2023 r.

Przystępujący oświadczył, że złożył w postępowaniu jedną ofertę - jako wykonawca samodzielnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie, działając w granicach przewidzianych przepisami prawa (art. 118 ust. 2 p.z.p.), Przystępujący w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie dostawy, montażu i uruchomienia urządzeń i systemu EDS, ze wskazaniem, że przedmiotowy zakres zamówienia wykona w imieniu Przystępującego podmiot udostępniający zasoby jako podwykonawca. Podmiotem tym jest Partner Konsorcjum - Anglosec. Przystępujący ujawnił wszystkie przedmiotowe okoliczności w swoich dokumentach ofertowych, a nadto dopełnił wszelkich niezbędnych formalności umożliwiających mu złożenie oferty z udziałem podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający nie zastrzegł w postępowaniu obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę jakiejkolwiek części zamówienia, w tym dostawy, montażu i uruchomienia urządzeń i systemu EDS, a tym samym na gruncie obowiązujących przepisów prawa możliwość złożenia w postępowaniu oferty przy wykorzystaniu zasobów podmiotu trzeciego, który będzie jednocześnie podwykonawcą zamówienia, nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Jednocześnie, w sytuacji o której mowa w art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest nie tyle uprawniony, co wręcz zobowiązany do rzeczywistego powierzenia wykonania części zamówienia podmiotowi udostępniającemu zasoby jako podwykonawcy. Zakres udostępnienia zasobów pozostaje w tej sytuacji bez znaczenia. W orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej zwraca się uwagę na to, iż w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, udostępnienie tych zasobów musi mieć charakter realny, a podmiot trzeci musi brać rzeczywisty udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia. O ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia. (tak m.in. wyrok KIO z 7 kwietnia 2022 r., KIO 782/22, Legalis).

Przystępujący podkreślił, że Anglosec jest autoryzowanym i wyłącznym przedstawicielem na terenie Polski firmy Smiths Detection Germany GmbH, tj. producenta urządzeń do kontroli bezpieczeństwa EDS i RTG zaoferowanych przez Przystępującego, które spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, a nadto są w pełni kompatybilne z urządzeniami posiadanymi już przez Zamawiającego. Z powyższych względów, jak również mając na uwadze, że Przystępujący nie posiada przedmiotowych urządzeń na własność, Przystępujący musiał skorzystać w postępowaniu z zasobów podmiotu trzeciego, tj. Anglosec. Powyższe nie może być natomiast w żaden sposób utożsamiane ze złożeniem przez podmiot udostępniający zasoby oferty w postępowaniu, a wszelkie zarzuty Odwołującego w tym zakresie należy uznać za co najmniej nielogiczne.

Ad. 2.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego dotyczących zmowy cenowej Przystępujący wskazuje, że skalkulował ofertę na zasadach rynkowych, w oparciu o oferty cenowe otrzymane od swoich kontrahentów, uwzględniając pozostałe koszty wykonania zamówienia, ryzyka, a także własną marżę. Dowody: 1. wiadomość e-mail z ofertą Anglosec dnia 3 lipca 2023 r., 2. wiadomość e-mail z ofertą PAR-SYSTEMS Sp. z o.o. z dnia 5 lipca 2023 r.

Samo subiektywne przekonanie jednego wykonawcy o tym, że cena zaoferowana przez innego wykonawcę jest ceną rażąco niską lub zawyżoną nie dowodzi w sposób dostateczny, że taka sytuacja ma miejsce. Każdy z wykonawców kalkuluje cenę swojej oferty oraz jej poszczególnych części składowych w oparciu o własne założenia, posiadane środki, zasoby oraz oferty uzyskane od własnych kontrahentów, a także doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Podobnie jest z ceną urządzenia do kontroli bezpieczeństwa EDS normy 3.1. To, że jednemu z oferentów (tj. Odwołującemu) nie udało się wynegocjować za to urządzenie ceny nieprzekraczającej 10 mln złotych nie powoduje automatycznie, że żaden z pozostałych wykonawców nie mógł zaoferować ceny niższej. Należy przy tym zauważyć, że w niniejszym postępowaniu oferenci nie posiadają wiedzy na temat tego, w jaki sposób zostały skalkulowane oferty pozostałych wykonawców, ponieważ Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie wymagał złożenia formularza kalkulacji ceny.

W przeciwieństwie do Odwołującego oraz Lidera Konsorcjum - Dimark S.A., GMT przystąpił do przetargu, którego przedmiotem jest dostarczenie i montaż systemu transportu oraz kontroli bagażu rejestrowanego, po raz pierwszy. W związku z powyższym ryzyka, które Przystępujący musiał uwzględnić w swojej ofercie są z pewnością wyższe, niż ryzyka podmiotów posiadających duże doświadczenie w realizacji tego typu zamówień.

Ponadto, Przystępujący musiał w swojej ofercie uwzględnić nie tylko cenę urządzeń do kontroli bezpieczeństwa EDS i RTG, ale również inne koszty wynikające z ich nabycia, względnie koszty podwykonawstwa, a także własną marżę. W przeciwnym razie Przystępujący musiałby zakładać, że w wyniku realizacji zamówienia publicznego nie osiągnie zysku. Z kolei Anglosec – jako wyłączny dystrybutor urządzeń do kontroli bezpieczeństwa EDS i RTGz pewnością mógł przyjąć do kalkulacji oferty w Konsorcjum bardziej korzystną cenę dostawy, montażu i uruchomienia

urządzeń i systemu EDS niż ta, którą zaoferował Przystępującemu. Tym samym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, różnice w cenach zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców wynikają wyłącznie z okoliczności natury rynkowej.

Wbrew wrażeniu, jakie stara się wywrzeć Odwołujący, różnice cenowe pomiędzy poszczególnymi ofertami nie są wcale rażące. Przede wszystkim należy zauważyć, że żadna z ofert (w tym oferta Konsorcjum) nie zawiera ceny rażąco niskiej, w tym przede wszystkim nie jest niższa o co najmniej 30% od 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 ustawy Pzp. Cena ta nie jest niższa o 30% nawet od oferty Przystępującego (różnica pomiędzy ceną brutto oferty Przystępującego - 19 458 600,00 zł a Konsorcjum - 14 127 146,55 zł wynosi 5 331 453,45 zł, tj. ok. 27,40%). Bazując na różnicach w cenach ofert, Odwołujący stara się dowieść zastosowania przez Przystępującego oraz Konsorcjum mechanizmu tzw. „rozstawiania ofert". Przekonanie Odwołującego o zastosowaniu przez pozostałych oferentów przedmiotowego mechanizmu nie znajduje jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy, a nadto jest co najmniej nielogiczne.

Na gruncie niniejszej sprawy jakiekolwiek „rozstawienie ofert" musiałoby uwzględniać założenie, że Odwołujący nie weźmie udziału w postępowaniu, co należałoby ocenić jako wysoce nieprawdopodobne, w świetle wcześniejszego złożenia przez Odwołującego do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania od treści dokumentów postępowania. Odwołujący nie przedstawił także żadnych przekonujących argumentów mających budzić uzasadnione podejrzenia, że w pomiędzy Przystępującym a Konsorcjum doszło do zawarcia zmowy cenowej. Pomiędzy GMT, a którymkolwiek z członków Konsorcjum nie istnieją jakiekolwiek powiązania o charakterze osobowym czy też kapitałowym, nie występowała również dotychczas relacja podwykonawstwa lub udostępnienia zasobów. Z kolei skorzystanie przez GMT w niniejszym postępowaniu z zasobów Anglosec jest w pełni zgodne z przepisami prawa. Przystępujący nie posiadał wiedzy na temat tego, że Anglosec wystąpi w postepowaniu w Konsorcjum, a co więcej, nie miał nawet powodów, aby przypuszczać że tak będzie. Jednocześnie, nawet gdyby Przystępujący wiedział o zamiarze złożenia oferty przez Konsorcjum, nadal byłby w pełni uprawniony do skorzystania w postępowaniu z podmiotu udostępniającego zasoby, bowiem jest to w pełni dopuszczalne, a w niniejszej sprawie wręcz wymagane w świetle przepisów ustawy Pzp.

Zauważyć trzeba, że dla wykazania spełnienia przesłanki wykluczenia nie ma znaczenia, w jakiej formie zostało zawarte porozumienie, ale niezbędne jest, aby to sankcjonowane wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu faktycznie było wynikiem takiego porozumienia, a nie było efektem innych zdarzeń, zachowań, czynników, które w istocie nie mają związku z działaniami wykonawców w ramach prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia (zob. wyrok KIO z 10 listopada 2017 r., KIO 2213/17, Legalis).

Ponadto, aby można stwierdzić, że doszło do istnienia zmowy, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć, czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmowy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (wyrok KIO z 29 sierpnia 2022 r., KIO 2051/22, Legalis).

Dla wykazania istnienia zmowy przetargowej nie jest możliwe, a zatem i wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny czyn. Za wystarczające należy uznać, gdy całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy (wyrok KIO z 9 marca 2017 r., KIO 352/17, Legalis).W szczególności, gdy ocena zdarzeń i czynności, pozwoli stwierdzić, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznegoprawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Stwierdzenie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy.

Ustawa wymaga dodatkowo, aby zamawiający w przypadku, gdy będzie stosował ową przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, był w stanie wykazać za pomocą stosowanych środków dowodowych przyczyny, które legły u podstaw wykluczenia wykonawcy (wyrok KIO z 10 listopada 2017 r., KIO 2213/17, Legalis).

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił za pomocą wiarygodnych przesłanek, że opisywane przez niego okoliczności świadczą o zawarciu przez Przystępującego oraz Konsorcjum porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a tym bardziej o złożeniu przez którykolwiek z tych podmiotów więcej niż jednej oferty. Z kolei przytoczone przez Przystępującego argumenty potwierdzają, że żadna z ww. sytuacji nie miała miejsca.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: Dimark S.A., Anglosec Sp. z o.o., z siedzibą w Złotkowie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 5 września 2023 r. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Wskazał, żejak w niniejszym postępowaniu. Anglesek i Dimark współpracują od wielu lat przy realizacji podobnych zadań. W poprzednich latach Anglosec występował także jako podwykonawca Dimark i spółek z grupy Dimark. Dimark jest producentem systemów BHS, a Anglosec – urządzeń jest autoryzowanym i wyłącznym przedstawicielem producenta urządzeń EDS marki Smith Detection na rynku polskim. Współpraca ta owocuje możliwością złożenia korzystnej oferty, dzięki wypracowanym wspólnie rozwiązaniom. Niema uzasadnienia zatem twierdzenie, że Konsorcjum miałoby z jakiegokolwiek powodu wchodzić w antykonkurencyjne porozumienia z innym wykonawcą. Nie ma także podstaw twierdzenie, że cena oferty Konsorcjum została zaniżona w sposób nierynkowy. Jest to cena, która nie spełnia parametrów formalnych do podejrzenia, że mogłaby być rażąco niska.

W ocenie Przystępującego, oczywistym jest, że cena oferty GMT musiała być wyższa, od ceny zaoferowanej przez Konsorcjum, ze względu choćby na fakt, że jest to pierwsza taka współpraca. Ze względów technicznych wycena udziału Anglosec jako podwykonawcy musiała uwzględniać wyższe ryzyka i dodatkowe zabezpieczenia kosztów, gdyż Anglesec nie ma wiedzy jakie systemy BHS wykonawca GMT zaoferował, z którymi będzie konieczne wykonanie integracji urządzeń EDS. Przystępujący wskazał, że wykonawca GMT jest integratorem różnych rozwiązań technicznych, a nie jest producentem systemów BHS, zatem koszt nabycia systemów BHS w ofercie GMT jest wyższy niż w przypadku oferty Konsorcjum w tym samym zakresie.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający po analizie odwołania i podniesionych w nim zarzutów wskazał, że podczas badania i oceny ofert nie zaistniały żadne przesłanki, aby Zamawiający mógł powziąć wątpliwości, jakoby oferty w niniejszym postępowaniu zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie był i nie jest w posiadaniu żadnych informacji, na podstawie których mógłby powziąć takie wątpliwości. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie doszukał się żadnych „wiarygodnych przesłanek" pozwalających na stwierdzenie, że Konsorcjum oraz wykonawca GMT Sp. z o.o. zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Również w złożonym przez Odwołującego odwołaniu nie znalazły się żadne wiarygodne dowody mogące wskazywać, że odwołanie to jest uzasadnione. Twierdzenia Odwołującego opierają się jedynie na domysłach i dowolnej interpretacji faktów, która zdaniem Zamawiającego nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Jak słusznie bowiem wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „(…) aby można stwierdzić, że doszło do istnienia zmowy, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć, czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia, da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmowy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp" (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1529/22).

Argumentacja Odwołującego oparta jest wyłącznie na domysłach i własnej ocenie zdarzeń w postępowaniu, bez doprecyzowania nawet, kiedy doszło do zarzucanej zmowy przetargowej. Zarzuty Odwołującego sprowadzające się do przypuszczeń nie są wystarczające dla przyjęcia, że doszło do zmowy przetargowej, a dla Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o. niemożliwe będzie jednoznaczne i niepodważalne wykazanie faktu negatywnego, czyli czegoś, czego nie było (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2051/22).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie doszukał się wiarygodnych przesłanek do uznania, że doszło do istnienia zmowy pomiędzy Konsorcjum i firmą GMT Sp. z o.o. Również po zapoznaniu się z zarzutami odwołania Odwołującego nie znajduje podstaw, aby zmienić stanowisko w tym zakresie. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy PZP wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jako wykonawcę rozumie się podmiot składający ofertę samodzielnie, we własnym imieniu, ale także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, do których stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy (art. 58 ust. 5 ustawy PZP). Należy zaznaczyć, że przepisy ustawy Pzp zabraniają składania więcej niż jednej oferty przez jednego wykonawcę zgodnie z art. 218 ust. 1 ustawy PZP lub wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że wykażą, że przygotowali oferty niezależnie od siebie.

W niniejszym postępowaniu żaden wykonawca nie złożył więcej, niż jedną ofertę. Konsorcjum złożyło bowiem

ofertę samodzielnie, jak również złożyło oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W postępowaniu wykonawca składający ofertę samodzielnie nie może jednocześnie złożyć oferty jako członek konsorcjum - jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W niniejszym postępowaniu powyższa sytuacja nie ma miejsca, bowiem została złożona jedna oferta przez Konsorcjum w składzie: Dimark S.A. i Anglosec Sp. z o. o. oraz została złożona jedna oferta przez GMT Sp. z o.o. Oferty te nie są tożsame i nie zostały złożone przez tego samego wykonawcę. Wskazać przy tym należy, że w ofercie GMT Sp. z o.o. występuje Anglosec Sp. z o.o. jedynie jako podmiot udostępniający swój potencjał. Na okoliczność tę zostało złożone przez Anglosec Sp. z o.o. stosowne oświadczenie zgodnie z art. 118 Pzp.

Zamawiający podniósł, że Prawo zamówień publicznych nie zabrania wzajemnego udostępniania zasobów pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu. Zamawiający ponadto w niniejszym postępowaniu nie zastrzegł w oparciu o przepis art. 121 Pzp osobistego wykonania przez wykonawcę prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Podmiot udostępniający zasoby, nawet w sytuacji, gdy jednocześnie bierze udział w tym samym postępowaniu, w którym udostępnia swoje zasoby, nie składa zatem kolejnej oferty, gdyż nie staje się wykonawcą - jest podwykonawcą innego wykonawcy. Takie działanie nie można też kwalifikować, jako sprzeczne z prawem, jak stara się to przedstawić Odwołujący. Ustawodawca dopuścił, w celu umożliwienia szerszemu gronu potencjalnych wykonawców ubieganie się o zamówienie publiczne, możliwość wykazywania się potencjałem innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdza także wyrok KIO/UZP 1261/16 z dnia 27.07.2016 r.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby w chwili obecnej w niniejszym postępowaniu doszło do zmowy przetargowej mającej na celu utrudnienie uczciwej konkurencji. Na tę okoliczność Odwołujący nie przedkłada żadnych dowodów, które pozwalałyby Zamawiającemu na zmianę stanowiska w zakresie wybory najkorzystniejszej oferty. Zamawiający podkreślił, że Konsorcjum złożyło wszystkie dokumenty na wezwanie Zamawiającego i potwierdziło spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zgodnie z rankingiem złożonych ofert dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie jest także w posiadaniu informacji, jakoby Konsorcjum nie zamierzało zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nawet gdyby hipotetycznie doszło do sytuacji, w której Konsorcjum odstąpi od zawarcia umowy, to kolejną, najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego, a nie spółki GMT Sp. z o.o.

Zamawiający na potrzeby niniejszego odwołania przeanalizował także kolejność składania ofert, na co załącza dowód, i również w tym zakresie nie doszukał się żadnych nieprawidłowości.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca „GMT" Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach,przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2459/23 po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: DIMARK S.A., ANGLOSEC Sp. z o.o., siedzibą w Złotkowie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem niniejszego postępowania odwoławczego.

Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum oraz wykonawcy GMT Sp. z o.o., pomimo tego że na podstawie wiarygodnych przesłanek można stwierdzić, że wskazani wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum oraz oferty GMT Sp. z o.o., pomimo, że wskazani wykonawcy podlegali wykluczeniu z postępowania, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zarzuty powyższe nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego. Bezsporna była w szczególności okoliczność, że Konsorcjum w składzie Dimark S.A. i Anglosec Sp. z o.o. złożyło ofertę w przedmiotowym postępowaniu oraz wykonawca GMT Sp. z o.o. złożył ofertę, posiłkując się zasobami w zakresie zdolności technicznych i zawodowych Spółki Anglosec dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w której, zgodnie ze złożonym przez tę firmę zobowiązaniem, Spółka Anglosec zobowiązała się do uczestniczenia w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy (Załącznik nr 10 do SWZ złożony w ofercie GMT Sp. z o.o.).

Zgodnie z treścią złożonych ofert (pkt 3 i 4 formularza oferty), obaj wykonawcy zaoferowali te same urządzenia produkcji Smiths Detection Germany GmbH, tj. urządzenie EDS HI-SCAN 10080 XCT z wersją oprogramowania 09-47

17 oraz urządzenie RTG HI-SCAN 100100V-2is z wersją oprogramowania HX-03-23-B.

W rankingu ofert, oferta Konsorcjum uzyskała pierwszą pozycję, natomiast oferta GMT – trzecią, na drugiej pozycji uplasowała się oferta Odwołującego.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, fakt, że obydwaj wykonawcy zaoferowali to samo podstawowe urządzenie EDS spełniające normę 3.1 oraz to samo dodatkowe urządzenie RTG konwencjonalne (rentgenowskie) produkcji Smiths Detection Germany GmbH, nie jest dowodem zawarcia zmowy przetargowej. W szczególności należy zauważyć, że są to specjalistyczne urządzenia, których dobór na potrzeby realizacji zamówienia należy do swobodnej decyzji każdego wykonawcy. Wielokrotnie w przetargach oferowane są te same urządzenia przez różnych wykonawców, co jest normalnym działaniem, które nie może być poczytywane za zmowę przetargową.

Okoliczność, że ten sam podmiot, Anglosec Sp. z o.o., w ofercie złożonej przez Konsorcjum występuje jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w ofercie złożonej przez GMT Sp. z o.o. występuje jako podmiot udostępniający temu wykonawcy swoje zasoby w postaci zdolności technicznych lub zawodowych oraz jako podwykonawca, nie dowodzi zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Działanie to jest zgodne z przepisami ustawy Pzp, która nie ogranicza możliwości złożenia oferty przez danego wykonawcę oraz udziału jako podwykonawcy w związku z udostępnieniem swoich zasobów innemu wykonawcy składającemu ofertę. Przepisy ustawy Pzp zabraniają składania więcej niż jednej oferty przez jednego wykonawcę, zgodnie z art. 218 ust. 1 lub wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że wykażą, że przygotowali oferty niezależnie od siebie. Zatem, zauważyć należy na marginesie, że dopuszczalne jest nawet złożenie ofert przez wykonawców z tej samej grupy kapitałowej, wówczas gdy oferty takie są składane niezależnie od siebie.

Fakt, że w obu kwestionowanych ofertach przewidziano ten sam zakres zadań do realizacji przez Anglosec Sp. z o.o., obejmujący dostawę systemu EDS, montaż, uruchomienie, przeprowadzenie testów oraz szkolenie w zakresie obsługi dla pracowników Zamawiającego (pkt 8 oferty GMT Sp. z o.o. – lista podwykonawców; Załącznik nr 10 do SWZ załączony do oferty GMT Sp. z o.o.; Załącznik nr 7 do SWZ załączony do oferty Konsorcjum) jest prostą i naturalną konsekwencją tego, że Anglosec Sp. z o.o. jest jedynym autoryzowanym dystrybutorem systemu EDS produkcji Smiths Detection Germany GmbH na terenie Polski. Zatem, wskazany zakres zadań wynika i jest zgodny z profilem działalności tej Spółki. Podkreślić przy tym należy, że Odwołujący sam potwierdził jednoznacznie, że Anglosec Sp. z o.o. jest autoryzowanym i wyłącznym przedstawicielem producenta zaoferowanych urządzeń do kontroli bezpieczeństwa EDS i RTG, firmy Smiths Detection Germany GmbH. Nie sposób zatem racjonalnie przyjąć i oczekiwać, że podmiot ten miałby realizować jakikolwiek inny zakres zadań w ramach przedmiotu zamówienia, niż ten, związany z wykonywaną przez niego działalnością.

Ponadto, Odwołujący wskazywał, że urządzenie do kontroli bezpieczeństwa EDS normy 3.1 stanowi podstawowy element przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, o bardzo dużej wartości, przekraczającej 10 mln złotych i stanowi ok. 55-60% wartości zamówienia (ofert). W związku z powyższym, nie można uznać, że podwykonawca tej części zamówienia zastępuje wykonawcę składającego ofertę w realizacji całego zamówienia lub jego większości, co można by było poczytywać, jako *de facto* zakamuflowane złożenie drugiej oferty za pośrednictwem innego podmiotu (wykonawcy).

Izba zważyła, że Odwołujący nie sprecyzował, na czym miałoby polegać porozumienie wskazanych wykonawców zakłócające konkurencję. Odwołujący sformułował jedynie pytanie, na które nie zaproponował odpowiedzi, odnośnie powodu i celu, dla których w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Konsorcjum w składzie Dimark S.A. i Anglosec Sp. z o.o. oraz GMT Sp. z o.o., przewidujące dostarczenie Zamawiającemu tych samych urządzeń EDS i RTG, odpowiednio: HI-SCAN 10080 XCT z wersją oprogramowania 09-47-17 oraz HI-SCAN 100100V-2is z wersją oprogramowania HX-03-23-B, produkcji Smiths Detection Germany GmbH. W ocenie Izby, odpowiedź na to pytanie nasuwa się sama – oferty złożono po to, by spełnić wymagania Zamawiającego oraz uzyskać zamówienie do realizacji.

Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności i nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że cena w ofercie złożonej przez Konsorcjum w składzie: Dimark S.A. i Anglosec Sp. z o.o. została nierynkowo zaniżona, w zamiarze uzyskania zamówienia „za wszelką cenę" ani, że cena oferty GMT została w sposób nierynkowy zawyżona. Odwołujący nie wyjaśnił, na jakiej podstawie twierdzi, że obie złożone oferty, GMT Sp. z o.o. oraz Konsorcjum, w sposób wyraźny odbiegają od realiów rynkowych oraz dlaczego tylko oferta Odwołującego została skalkulowana na zasadach rynkowych. Odwołujący podnosił m.in., że ceny ww. ofert odbiegały od tzw. „rynkowej normy" w dwóch przeciwstawnych kierunkach: w jednym przypadku znacznego zaniżenia, a w drugim zawyżenia oferowanej ceny, jednak nie określił w żaden sposób pojęcia „rynkowej normy", nie wyjaśnił na czym miałaby ona polegać, czy taka „norma" dotyczy wszystkich wykonawców, bez względu na ich indywidualną sytuację i pozycję na

rynku. Dlatego, zdaniem Izby, twierdzenia Odwołującego odnośnie porównania ofert do „rynkowej normy" należało uznać za gołosłowne. Odwołujący posłużył się tym pojęciem w sposób bezpodstawny i blankietowy.

Przystępujący wykonawcy wyjaśnili natomiast, z jakich okoliczności wynika różnica w cenie oferty Konsorcjum i wykonawcy GMT, pomimo zbieżności zakresu prac Anglosec w obu ofertach. Nie można się zgodzić z Odwołującym, że wycena tych prac w obu ofertach powinna być tożsama. W szczególności zostało to wyjaśnione w piśmie procesowym Konsorcjum oraz w piśmie GMT zawierającym stanowisko Przystępującego. Izba dała wiarę tym wyjaśnieniom, biorąc pod uwagę, że wyjaśnienia obu wykonawców w postępowaniu są transparentne i wiarygodne.

Odwołujący nie przedstawił dowodów, że wykonawcy działali w ramach, jak wskazywał, skoordynowanego składania rozbieżnych cenowo ofert, w której to sytuacji wykonawca oferujący niższą cenę jest gotowy doprowadzić do odrzucenia własnej oferty, gdyby w danej sytuacji pozwoliło to na wygranie przetargu przez innego objętego porozumieniem wykonawcę, który zaoferował cenę wyższą, w celu maksymalizacji zysku oraz że podstawowym motywem działania w ramach tego porozumienia było wyeliminowanie ewentualnej konkurencji.

Izba podziela stanowisko, że stwierdzenie zaistnienia pomiędzy wykonawcami porozumienia zakłócającego konkurencję, nie wymaga wykazania faktu zawarcia porozumienia za pomocą dowodów bezpośrednich. Jest to bardzo trudne ze względu na specyfikę działania wykonawców w zmowie. Uznaje się zatem w orzecznictwie, że wystarczające jest w tym zakresie oparcie się na dowodach pośrednich, poszlakach. Poszlaka również stanowi dowód pod warunkiem, że współistnieje z innymi dowodami, z którymi wykazuje bardzo ścisły związek logiczny. Aby wykazać jakąś tezę w oparciu o poszlaki, muszą one tworzyć nierozerwalny łańcuch, w którym wszystkie elementy tworzą powiązaną logiczną **i** spójną całość. Poszlaki stanowią okoliczności, na podstawie których można jedynie wnioskować o pewnych faktach. Łańcuch powiązanych ze sobą poszlak można uznać za zamknięty tylko wówczas, gdy każda z poszlak ustalona została w sposób niebudzący wątpliwości i uniemożliwiający jakiekolwiek inne alternatywy. Poszlaka ma znaczenie, jako w pełni wartościowy dowód, tylko wówczas, gdy łańcuch powiązanych ze sobą logicznie okoliczności prowadzi do udowodnienia jednej tylko wersji zdarzenia w postaci zawarcia przez wykonawców niedozwolonego porozumienia. Jeżeli natomiast zgromadzone poszlaki (dowody pośrednie) nie pozwalają na wykluczenie możliwości jakichkolwiek innych wersji zdarzenia, to stwierdzenie, że zostało zawarte antykonkurencyjne porozumienie nie jest możliwe.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 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.

Okoliczności, na które powołuje się Odwołujący w niniejszym postępowaniu, nie dają podstaw (wiarygodnych przesłanek) do stwierdzenia, że Konsorcjum oraz wykonawca GMT Sp. z o.o., złożyli swoje oferty w ramach porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji, polegającego na skoordynowanym, znaczącym zaniżeniu oraz zawyżeniu poszczególnych ofert, nieznajdującym uzasadnienia w normalnym mechanizmie rynkowym. Izba wskazuje, że twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie zawierają sprzeczności: z jednej strony Odwołujący wskazywał, że oferta Konsorcjum została zaniżona po to, aby wykonawcy uzyskali zamówienie „za wszelką cenę", a z drugiej strony podnosił, że w ofercie GMT Sp. z o.o.cena została nierynkowo zawyżona po to, aby pozyskać wynagrodzenie zapewniające bardzo wysoką marżę. Odwołujący nie wyjaśnił przy tym w sposób jednoznaczny, jaki dokładnie cel miałby być osiągnięty przez wszystkich wykonawców działających w ramach ewentualnego porozumienia oraz *de facto* na czym miało polegać porozumienie zawarte przez tych wykonawców. Twierdzenia Odwołującego opierają się jedynie na dowolnej interpretacji faktów, która nie znajduje spójnego, logicznego i racjonalnego uzasadnienia. Odwołujący nie sprecyzował takich okoliczności, jak to, kiedy doszło do zarzucanej zmowy przetargowej, jakie dokładnie podmioty w tym porozumieniu uczestniczą. Odwołujący, w ramach przedstawianych poszlak na poparcie swojej tezy, w ogóle nie uzasadnił np. mechanizmu działania wykonawcy Dimark S.A., jako członka Konsorcjum, w tym w szczególności, czy ten podmiot również uczestniczył w porozumieniu oraz jaki miał ten wykonawca interes w tym, aby wygrała oferta GMT Sp. z o.o. Argumenty wynikające z przypuszczeń i domysłów Odwołującego nie łączą się w sposób logiczny i nie wykluczają możliwości zupełnie innej wersji działania i motywacji wskazanych wykonawców, tj. takiej która nie narusza uczciwej konkurencji.

Odwołujący nie przedstawił zatem wiarygodnych przesłanek, które pozwalałyby Zamawiającemu na wykluczenie Konsorcjum i wykonawcy GMT z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, a w konsekwencji na odrzucenie tych ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.a Pzp.

Izba nie stwierdziła także naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2, art. 15 ust. 1 pkt 5 i art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz.

1233) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum oraz oferty GMT Sp. z o.o., które zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Zgodnie z art. 3 ust. 1i 2 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta; czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.
Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Zgodnie z art. 15c uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 i art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, natomiast stosownie do art. 6 ust. 1 pkt 6 i 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 ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem oraz uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.
Odwołujący, powołując się w ramach tego zarzutu na te same okoliczności, jak w przypadku zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum i wykonawcy GMT sp. z o.o., nie wykazał poszczególnych przesłanek wynikających ze wskazanych przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji koniecznych dla stwierdzenia, że złożenie ofert przez ww. wykonawców można zakwalifikować w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji. Przywołane we wskazanych przepisach definicje czynów nieuczciwej konkurencji nie znalazły konkretnego odniesienia do stanu faktycznego w niniejszej sprawie. Wskazać należy, że zarzuty takie nie mogą być podnoszone jedynie blankietowo, ale wymagają szczegółowego uzasadnienia i wykazania przez Odwołującego wszystkich przesłanek, w nich określonych, czego zabrakło w niniejszej sprawie.

W danym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła również naruszenia w postępowaniu art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 218 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum oraz oferty GMT Sp. z o.o., których złożenie miało na celu obejście ustawy, tj. przepisu art. 218 ust. 1 Pzp stanowiącego, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a co za tym idzie, oferty wskazanych wykonawców są niezgodne z przepisami ustawy oraz nieważne na podstawie przepisów art. 58 § 1 i 2 k.c.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie ma zakazu, aby wykonawca (członek konsorcjum) występował jako podwykonawca i podmiot udostępniający swoje zasoby w ofercie innego wykonawcy, składającego niezależną ofertę. Wobec braku wiarygodnych przesłanek do stwierdzenia, że złożenie ofert przez wykonawców nie nastąpiło w sposób niezależny nie można uznać, że złożenie ofert nr 1 i nr 3 w przedmiotowym postępowaniu, w których Anglosec Sp. z o.o. występuje raz jako podwykonawca i podmiot udostępniający zasoby, a raz jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, realizujący w obu ofertach tożsamy zakres zadań, stanowi obejście przepisu art. 218 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Przytoczona przez Odwołującego opinia Prezesa UZP z dnia 24 czerwca 2015 r., znak: UZP/DP/026/651(2)/15/MM3, dotyczy sytuacji, w której podwykonawca mający zrealizować całość lub prawie całość zamówienia jednocześnie składa ofertę jako wykonawca. W niniejszej sprawie podwykonawstwo dotyczy ok. 55-60% zamówienia i obejmuje zakres specjalistycznych prac związanych z dostawą wysokospecjalistycznych urządzeń, których jedynym autoryzowanym dystrybutorem na Polskę jest członek Konsorcjum – firma Anglosec Sp. z o.o. W ocenie Izby, zaoferowanie swoich zasobów przez tę firmę innemu wykonawcy i w konsekwencji zobowiązanie się do podwykonawstwa danej części przedmiotu zamówienia należy raczej oceniać pozytywnie, jako zwiększenie dostępności do zamówienia przez innych wykonawców, którzy nie brali do tej pory udziału w takich przetargach, a tym samym jako

zwiększenie konkurencyjności postępowania. Jak słusznie zauważył Zamawiający, wręcz odmowę podwykonawstwa przez Anglosec Sp. z o.o. dla wykonawcy GMT Sp. z o.o. należałoby potraktować jako działanie ograniczające dostęp innym wykonawcom do danego rynku zamówień, a tym samym ograniczanie konkurencji w postępowaniu.

W konsekwencji niepotwierdzenia się podniesionych w niniejszym odwołaniu pozostałych zarzutów, jak powyżej, dotyczących zaniechania wykluczenia Konsorcjum i wykonawcy GMT z postępowania oraz zaniechania odrzucenia ofert ww. wykonawców, za niezasadny należało również uznać zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z 17 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zamawiający, bowiem, zgodnie z rankingiem złożonych ofert dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, Konsorcjum złożyło wszystkie dokumenty na wezwanie Zamawiającego i potwierdziło spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: ……