Sygn. akt: KIO 1902/23

WYROK

z dnia 18 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 13 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 lipca 2023 roku przez **odwołującego Legra spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Książki z siedzibą w Krakowie**, przy udziale wykonawcy **Druk – Intro spółki akcyjnej z siedzibą w Inowrocławiu**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz przy udziale wykonawcy **Drukarnia „GRAFKARTON" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą, oraz kwotę **41 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści jeden złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu dojazdu.

2.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 641 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset czterdzieści jeden złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz z tytułu dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: ……..…

Sygn. akt: KIO 1902/23

UZASADNIENIE

Instytut Książki z siedzibą w Krakowie, (dalej:*„Zamawiający"*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: *„Druk i dostawa książek dla dzieci oraz broszur dla Instytutu Książki w Krakowie w podziale na trzy części: cz. 1, cz. 2 i cz. 3"*, nr postępowania: 261-2/23.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 kwietnia 2023 r., nr 2023/S 070-210772.

W postępowaniu tym Legra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej:*„Odwołujący"*) 3 lipca 2023 r. złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu wobec oferty Odwołującego i wobec wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wobec Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający nie był w stanie stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z Drukarnią „GRAFKARTON" Sp. z o.o. ul. Nad Drwiną 10, 30-741 Kraków (dalej „Grafkarton") porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu, zwłaszcza, że miało to miejsce w okolicznościach w których Odwołujący wykazał, że przygotowywał ofertę niezależnie od Grafkarton – w odniesieniu do części zamówienia cz. 1,;

2)art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie wobec Odwołującego polegające na przyjęciu, że złożenie oświadczenia o braku istnienia jakichkolwiek powiązań o charakterze osobowym lub kapitałowym między Nim a Grafkarton powinno być kwalifikowane jako zamierzone, bądź charakteryzujące się rażącym niedbalstwem działanie tego wykonawcy, wywołujące po stronie Zamawiającego błędne wyobrażenie o podleganiu przez wykonawcę wykluczeniu – w odniesieniu do części zamówienia cz. 1,

3)art. 111 pkt. 4 ustawy Pzp oraz art. 111 pkt. 5 usatwy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji gdy Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, odpowiednio, z tytułu art. 108 ust. 1 pkt.. 5 PZP ani z tytułu art. 109 ust. 1 pkt. 8 PZP – w odniesieniu do części zamówienia cz. 2 oraz cz. 3,

4)art. 226 ust. 1 pkt. 1 a) ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wobec Odwołującego w sytuacji gdy Odwołujący nie podlegał wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji Jego oferta nie powinna była zostać odrzucona – w odniesieniu do którejkolwiek z części zamówienia: cz. 1, cz. 2 i cz. 3;

5)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez tj. DRUKARNIA DIMOGRAF Sp. z o.o. u Legionów 83, 43-300 Bielsko-Biała – dla części cz. 3 zamówienia oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę „DRUK-INTRO" S.A. ul. Świętokrzyska 32, 88-100 Inowrocław dla części cz. 1 zamówienia jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w SWZ, ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący – w odniesieniu do cz. 1 oraz cz. 3.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)wykluczenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w Postępowaniu – we wszystkich trzech częściach zamówienia: cz. 1, cz. 2 i cz. 3,

2)wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, tj. DRUKARNIA DIMOGRAF Sp. z o.o. ul. Legionó 83, 43-300 Bielsko-Biała – dla części cz. 3 zamówienia oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę „DRUK-INTRO" S.A. ul. Świętokrzyska 32, 88-100 Inowrocław dla części cz. 1 zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż biorąc udział w Postępowaniu liczył na uzyskanie zamówienia i osiąganie z tego tytułu dochodów. Wykluczenie go z postępowania oraz odrzucenie jego oferty w odniesieniu do wszystkich trzech części zamówienia, a także zaniechanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w odniesieniu do części zamówienia cz. 1 i cz. 3 powoduje uszczerbek w jego interesie prawnym i ekonomicznym rozumianym jako brak możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał przy tym, że posiada również interes w tym, aby doprowadzić do unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty również w zakresie cz. 2 zamówienia albowiem nie można wykluczyć sytuacji w której wybrany przez Zamawiającego wykonawca odmówiłby podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego przy jednoczesnym skorzystaniu przez Zamawiającego z możliwości przewidzianej art. 263 ustawy Pzp i dokonania ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców, co mogłoby doprowadzić do uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Nadto, Odwołujący argumentował, że rzeczona czynność Zamawiającego rodzi skutek w postaci prawdopodobnego wykluczania Odwołującego z innych postępowań na udzielenie zamówienia na podstawie art. 111 pkt 4) oraz pkt. 5) Pzp na okres odpowiednio 3 lat lub 2 lat. Powyższe wiązałoby się z pozbawieniem Odwołującego przyszłych, możliwych dochodów z tytułu ewentualnie uzyskiwanych zamówień. To zaś stanowiłoby utratę spodziewanych korzyści rozumianą jako tzw. szkoda ewentualna.

Odwołujący przedstawił swoje stanowisko, z którego wynika, że nie zgadza się on z decyzją Zamawiającego co do wykluczenia go z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

W złożonej pismem z 11 lipca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca Druk – Intro spółka akcyjna z siedzibą w Inowrocławiu. Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Odwołującego zgłosił natomiast wykonawca Drukarnia „GRAFKARTON" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie. Izba oddaliła opozycje przystępującego Druk – Intro, uznając, że w chwili zgłoszenia przystąpienia przez Przystępującego Grafkarton wykonawca ten miał jeszcze status wykonawcy.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na

rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z 27 kwietnia 2023 r., Izba ustaliła, że następujący wykonawcy złożyli w postępowaniu oferty na następujące części zamówienia:

Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Kryterium Cena: Wartość brutto - zgodnie z pkt 4 Formularza oferty
1.	**DRUKARNIA DIMOGRAF Sp. z o.o.** **ul. Legionów 83, 43-300 Bielsko-Biała** (NIP: 9372244418)	**Cz. 2 – 1 217 580,00 zł brutto** **Cz. 3 – 3 028 725,00 zł brutto**
2.	**DRUKARNIA „GRAFKARTON" Sp. z o.o.** **ul. Nad Drwiną 10, 30-741 Kraków** (NIP: 6790065183)	**Cz. 1 – 1 239 000,00 zł brutto**
3.	**„DRUK-INTRO" S.A.** **ul. Świętokrzyska 32, 88-100 Inowrocław** (NIP: 5562379504)	**Cz. 1 – 1 400 700,00 zł brutto** **Cz. 2 – 1 352 400,00 zł brutto** **Cz. 3 – 3 175 200,00 zł brutto**
4.	**LEGRA Sp. z o.o.** **ul. Albatrosów 10c, 30-716 Kraków** (NIP: 6772160178)	**Cz. 1 – 1 344 000,00 zł brutto** **Cz. 2 – 1 218 000,00 zł brutto** **Cz. 3 – 2 811 375,00 zł brutto**
5.	**DRUKARNIA S. W. S.** **ul. Lea 118, 30-133 Kraków** (NIP: 6760014867)	**Cz. 2 – 2 116 676,97 zł brutto** **Cz. 3 – 4 961 081,67 zł brutto**
6.	**K. M. Zakład Poligraficzny „SINDRUK"** **ul. Firmowa 12, 45-594 Opole** (NIP: 7541369128)	**Cz. 2 – 1 400 641,20 zł brutto**

Analiza treści oferty Przystępującego pozwala na ustalenie, że:

1. Przystępujący złożył ofertę tylko na część 1 zamówienia.
2. Pkt 1 oferty *„Książeczka kartonikowa dla dzieci"* został wyceniony przez Przystępującego na kwotę 900 000,00 zł netto oraz na 945 000,00 zł brutto.
3. Pkt 2 oferty *„Broszura"* został zaoferowany za kwotę 280 000,00 zł netto oraz za 294 000,00 zł brutto.
4. W pkt 10 formularza oferty, Przystępujący oświadczył, że zleci wykonawcy Legra Sp. z o.o. – cz. 1 wykonanie części zamówienia w charakterze podwykonawcy, tj. w zakresie druk i oprawa broszury *„Książką połączeni, czyli o roli czytania w życiu dziecka"*.
5. W załączniku nr 10 do oferty Przystępujący wskazał: *„Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu), polegam na zdolnościach lub sytuacji następującego podmiotu udostępniającego zasoby: Legra Sp. z o.o., ul. Albatrosów 10C, 30-716 Kraków, NIP 6772160178, KRS 0000022591 (podać pełną nazwę/firmę, adres, a także w zależności od podmiotu: NIP/PESEL, KRS/CEiDG), w następującym zakresie: druk, oprawę i pakowani publikacji pt.: „Książka połączeni, czyli o roli czytania w życiu dziecka" drukarnia Grafkarton wykonuje przy użyciu powierzonych jej na czas realizacji zlecenia zasobów drukarni Legra sp. z o.o. w postaci maszyn oraz ich obsługi. (określić odpowiedni zakres udostępnianych zasobów dla wskazanego podmiotu), co odpowiada ponad 10% wartości przedmiotowego zamówienia."*
6. Przystępujący załączył też do oferty oświadczenie Odwołującego na stanowiące załącznik 11.
7. Do oferty zostało też załączone zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Odwołującego, gdzie w pkt 2 *„Sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia"*, Odwołujący wskazał: *„Drukarnia Legra Sp. z o.o. oddaje do dyspozycji drukarni Grafkarton Sp. z o.o. swoje zasoby celem realizacji zlecenia na wykonanie broszur pt.: „Książka połączeni, czyli o roli czytania w życiu dziecka" w nakładzie 200 000 oraz druku arkuszy plano książki kartonikowej dla dzieci w nakładzie 200 000."* W pkt 3 *„Czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolności którego*

wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą" tego oświadczenia, Odwołujący wskazał: *„Drukarnia Legra Sp. z o.o. będzie brała udział w realizacji części pierwszej postępowania w zakresie druku i oprawy broszury oraz druku arkuszy plano książki kartonikowej dla dzieci, i zrealizuje obie produkcje w nakładzie 200 000 egz."*

Analiza treści oferty Odwołującego pozwoliła ustalić, że:

1. Odwołujący złożył ofertę na części 1, 2, 3 zamówienia.
2. Pkt 1 oferty *„Książeczka kartonikowa dla dzieci"* został wyceniony przez Odwołującego na kwotę 1 000 000,00 zł netto oraz na 1 050 000,00 zł brutto.
3. Pkt 2 oferty *„Broszura"* został zaoferowany za kwotę 280 000,00 zł netto oraz za 294 000,00 zł brutto.
4. W pkt 10 formularza oferty, Odwołujący wskazał, że następujące części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy Drukarnia Grafkarton Sp. z o.o. - cz. 1 w zakresie oprawa książki kartonikowej dla dzieci.
5. W załączniku nr 10 do oferty, Odwołujący wskazał, że: *„Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu), polegam na zdolnościach lub sytuacji następującego podmiotu udostępniającego zasoby: Drukarnia Grafkarton Sp. z o.o., ul. Nad Drwiną 10, 30-741 Kraków, NIP 6790065183, KRS 0000651760 (podać pełną nazwę/firmę, adres, a także w zależności od podmiotu: NIP/PESEL, KRS/CEiDG), w następującym zakresie: oprawa książki kartonikowej typu bordbook z dostarczonych arkuszy plano - Drukarnia Grafkarton sp. z o.o. zobowiązuje się do udostepnienia zasobów w postaci maszyn oraz obsługi drukarni Legra sp. z o.o. na okres realizacji całego zlecenia, czyli od dnia podpisania umowy do dnia zakończenia całości zlecenia – oprawy 200 000 publikacji. (określić odpowiedni zakres udostępnianych zasobów dla wskazanego podmiotu), co odpowiada ponad 10% wartości przedmiotowego zamówienia."*
6. Odwołujący załączył też do oferty oświadczenie Przystępującego stanowiące załącznik 11.
7. Do oferty zostało też załączone zobowiązanie zasobów podmiotu trzeciego, tj. Przystępującego, gdzie w pkt 2 *„Sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia"* wskazano: „Drukarnia Grafkarton Sp. z o.o. otrzymuje od drukarni Legra Sp. z o.o. zadrukowany karton w arkuszach plano. Reszta prac związanych z wykonaniem (oprawą) publikacji typu bordbook leży po stronie drukarni Grafkarton." W pkt 3 *„Czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolności którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą"* wskazano: *„Drukarnia Grafkarton będzie brała udział w realizacji części pierwszej postępowania w zakresie oprawy książki kartonikowej typu bordbook i zrealizuje produkcję w nakładzie 200 000 egz."*

Izba ustaliła również, że pismem z 10 maja 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Grafkarton na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy do złożenia zgodnie z pkt VII.2. SWZ, aktualnych na dzień ich złożenia, podmiotowych środków dowodowych oraz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej JEDZ) w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu

Na powyższe wezwanie wykonawca Grafkarton nie udzielił odpowiedzi.

Dalej Izba ustaliła, że pismem z 24 maja 2023 r., Zamawiający wezwał wykonawcę Grafkarton na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do podmiotowych środków dowodowych oraz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej JEDZ) w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie odpowiadającym wezwaniu z 10 maja 2023 r.

Na powyższe wezwanie wykonawca Grafkarton nie udzielił odpowiedzi.

Następnie ustalono, że pismem z 6 czerwca 2023 r., Zamawiający wezwał wykonawcę Grafkarton na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia, czy wystąpiła przesłanka wykluczenia opisana w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp tj. Wykonawca zawarł z innym wykonawcą porozumienie w celu zakłócenia konkurencji. Zamawiający wskazał, że Wykonawca wraz z innym wykonawcą (z Legra Sp. z o.o.) złożyli w przedmiotowym postępowaniu (dla cz. 1) odrębne oferty działając w porozumieniu, manifestowanym m.in. poprzez wzajemnie zobowiązanie się do korzystania ze swoich zasobów i udziału w realizacji w charakterze podwykonawców. W ocenie Zamawiającego, podejrzenie to jest także potwierdzone przez to, iż ten z obu podmiotów, który złożył ofertę tańszą, tj. Wykonawca na dwukrotne wezwanie Zamawiającego nie przedłożył oświadczenia oraz podmiotowych środków dowodowych, powodując brak możliwości wybrania oferty swojej oferty jako najkorzystniejszej. Konsekwencją jest to, że w wyniku tych zdarzeń w chwili obecnej ofertą najwyżej ocenianą jest oferta Legra Sp. z o.o., co daje jej szansę wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej i realizacji tego zamówienia za wyższą cenę. W piśmie Zamawiający wskazał, że w jego ocenie opisana w piśmie

sytuacja odpowiada tzw. zmowie przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czyli uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert. Uzgodnienie to dotyczyło co najmniej wzajemnego udostępniania sobie zasobów i występowania w charakterze podwykonawców, co wynika z ofert i Wykonawcy i Legra Sp. z o.o. Nosi to znamiona zastosowania mechanizmu tzw. „rozstawiania i wycofywania ofert".

Na powyższe wezwanie wykonawca Grafkarton nie udzielił odpowiedzi.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego pismem z 24 maja 2023 r., do złożenia w części 1, aktualnych na dzień ich złożenia, podmiotowych środków dowodowych oraz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej JEDZ) w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący złożył wymagane dokumenty.

Ustalono też, że pismem z 6 czerwca 2023 r., Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wystąpienia przesłanki wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp tj. Wykonawca zawarł z innym wykonawcą porozumienie w celu zakłócenia konkurencji. Wykonawca wraz z innym wykonawcą (z Drukarnią Grafkarton Sp. z o.o.) złożyli w przedmiotowym postępowaniu (dla cz. 1) odrębne oferty działając w porozumieniu, manifestowanym m.in. poprzez wzajemnie zobowiązanie się do korzystania ze swoich zasobów i udziału w realizacji w charakterze podwykonawców. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie podejrzenie to jest także potwierdzone przez to, iż ten z obu podmiotów, który złożył ofertę tańszą, Drukarnia Grafkarton Sp. z o.o. na dwukrotne wezwanie Zamawiającego nie przedłożył oświadczenia oraz podmiotowych środków dowodowych, powodując brak możliwości wybrania swojej oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że konsekwencją jest to, że w wyniku tych zdarzeń w chwili obecnej ofertą najwyżej ocenianą jest oferta Legra Sp. z o.o., co daje jej szansę wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej i realizacji tego zamówienia za wyższą cenę.

Powyższe w ocenie Zamawiającego odpowiada tzw. zmowie przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czyli uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert. Uzgodnienie to dotyczyło co najmniej wzajemnego udostępniania sobie zasobów i występowania w charakterze podwykonawców, co wynika z ofert i Wykonawcy i Drukarni Grafkarton Sp. z o.o. Nosi to znamiona zastosowania mechanizmu tzw. „rozstawiania i wycofywania ofert".

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący pismem z 14 czerwca 2023 r. udzielił wyjaśnień. Odwołujący w piśmie tym wskazał, że nie pozostaje w zmowie przetargowej ze spółką Drukarnia Grafkarton Sp. z o.o., a co za tym idzie nie uzgadniał z nią warunków składanych w ramach przedmiotowego przetargu ofert, jak również podejmowanych przez nią działań na żadnym jego etapie. Odwołujący wyjaśnił, że nie posiada urządzeń umożliwiających mu wykonanie oprawy książeczki kartonikowej, z tego powodu swojego podwykonawcę – w zakresie, którego nie mógł zrealizować samodzielnie w ramach części 1 zamówienia – wskazał Drukarnię Grafkarton Sp. z o.o. Jednocześnie swoją ofertę w przetargu – w zakresie części 1

złożyła również Drukarnia Grafkarton Sp. z o.o. wskazując jako swojego podwykonawcę spółkę Legra Sp. z o.o. Odwołujący podkreślił, iż podzielenie przedmiotowego zamówienia przez Zamawiającego dało możliwość złożenia wykonawcom ofert na każdą z części. Nie było co do tego żadnych ograniczeń w treści SWZ. Brak możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia przy udziale jedynie własnych zasobów wymusiło na wykonawcach skorzystanie z potencjału innych podmiotów. Co jest w ramach przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zasad uczciwej konkurencji dozwolone. Odwołujący podkreślił, że taki system współpracy nie stanowi *novum* w ramach zamówień publicznych. Odwołujący podniósł, że miał prawo powierzyć część usług do wykonania podwykonawcy. Niezależnie od posiadania własnych zasobów, ma prawo w taki sposób zorganizować świadczenie usługi, który będzie dla niego najbardziej optymalny. Jeżeli takie rozwiązanie zakłada skorzystanie z usług innych podmiotów (podwykonawców), to brak jest podstaw do kwestionowania takiego zamiaru. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, takie zachowanie Wykonawcy oraz Drukarni Grafkarton Sp. z o.o., nie może być poczytywane samo przez się jako przesłanka dopuszczenia się przez nich zmowy przetargowej. Odwołujący uważa, że okoliczność, iż Drukarnia Grafkatron Sp. z o.o. nie uzupełniła dokumentów pomimo dwukrotnego wezwania nie jest jeszcze podstawą do twierdzenia z której Państwo wywodzą istnienie pomiędzy Legra Sp. z o.o. a Drukarnią Grafkarton Sp. z o.o. rzekomego porozumienia co do treści oferty w zakresie jej istotnych elementów takich jak chociażby cena. Odwołujący podkreślił, że tylko w zakresie części 1 zarówno Odwołujący jak i Przystępujący złożyli oddzielne oferty. Natomiast w części 2 i 3 ofertę złożył tylko Odwołujący. Gdyby wykonawcy rzeczywiście działali w warunkach zmowy, każdy z nich złożyłby oferty na wszystkie trzy części zamówienia. Następnie Odwołujący podkreślił, że równica w cenie to zaledwie 105.000 zł brutto i wskazał: *„Jaki więc sens miałoby działanie Drukarni Grafkarton Sp. z o.o. mające na celu zrezygnowanie z przedmiotowego zamówienia wycenionego na 1 239 000,00 zł brutto, które po uzupełnieniu dokumentów Drukarnia Grafkarton Sp. z o.o., by uzyskała,*

w zamian za uzyskanie tylko jakieś części z kwoty uzyskanej przez Legra Sp. z o.o., za podwykonawstwo."

W ocenie Odwołującego*„Takie rozumowanie stanowczo sprzeciwia się zasadom logiki oraz doświadczenia życiowego. Jednocześnie, zupełnie pozbawionym logiki jest przyjmowanie przez Państwa, iż Legra Sp. z o.o., która wygrała również część 3 przetargu w jakikolwiek sposób ryzykowałaby swoją pozycję na rynku i szansę na udział w innych postępowaniach przetargowych przez okres 3 lat, a które to stanowią źródło jej dochodu dla kwoty w wysokości maksymalnie 105.000 zł brutto (różnica pomiędzy cenami z ofert Wykonawcy oraz Drukarni Grafkarton Sp. z o.o.)."*

Odwołujący podniósł też, że*„udział Drukarni Grafkarton Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu w charakterze podwykonawcy byłby zdecydowanie mniej opłacalny niż gdyby drukarnia ta uzyskała zamówienie samodzielnie co było możliwe, gdyż w zakresie części 1 była najtańsza."* Ponadto Odwołujący wskazał:*„Legra Sp. z o.o. jako podwykonawca Drukarni Grafkarton Sp. z o.o. była w stanie zlecenie to zrealizować na warunkach uzgodnionych z tym Wykonawcą (po zapłacie przez Drukarnię Grafkarton Sp. z o.o. zaliczki na pokrycie kosztu papieru i zakupu folii na okładkę broszury, co było warunkiem współpracy stron na zasadzie podwykonawstwa przez Legra Sp. z o.o. – z uwagi na znaczne odroczenie terminu płatności za zlecenie – grudzień '23 r. – styczeń '24 r., jak również niepewną kondycję finansową spółki Drukarnia Grafkarton Sp. z o.o. oraz wysoki grade w TU Eures Hermes S.A obligujący nas to ustalenia takich warunków współpracy). Istotnym jest, iż wezwanie Wykonawcy do uiszczenia zaliczki przez Drukarni Grafkarton Sp. z o.o. pozostało bez odpowiedzi, co może rodzić domniemanie, iż postanowiła zrealizować zamówienie w inny sposób. Zaznaczam przy tym, iż Wykonawca nie dysponuje wiedzą z jakich powodów Drukarnia Grafkarton Sp. z o.o. ostatecznie mimo dwukrotnego wezwania nie przedłożyła dokumentów Zamawiającemu, niemniej jednak nie jest niczym nadzwyczajnym rezygnacja przez uczestników postępowania z dalszego uczestniczenia w procedurze przetargowej. Takie sytuacje mogą być podyktowane różnymi okolicznościami jak chociażby przedstawienie błędnej kalkulacji ceny, która nie byłaby dla Wykonawcy ostatecznie opłacalna. Zwracam uwagę, iż nawet rezygnacja ze współpracy z Legra Sp. z o.o. na jakimkolwiek etapie (za czym przemawia brak uiszczenia umówionej kwoty zaliczki na koszty materiałów) nie wykluczała samodzielnej realizacji zamówienia przez Drukarnię Grafkarton Sp. z o.o. (która posiada wszelkie zasoby na samodzielne wykonanie zobowiązania), czy też przy pomocy innych firm podwykonawczych."*

Odwołujący wyjaśnił też, że nie tylko nie miał wiedzy w zakresie treści oferty złożonej przez Drukarnię Grafkarton Sp. z o.o., ale również nie miał żadnego wpływu na podejmowane przez tą spółkę w ramach przetargu dalsze kroki. Brak uzupełnienia dokumentów był indywidualną decyzją tegoż Przystępującego, a dla Odwołującego był zaskoczeniem.

Odwołujący ponadto podkreślił, że nie jest w jakikolwiek sposób powiązany osobowo lub kapitałowo z Drukarnią Grafkarton Sp. z o.o., a żaden z przedstawicieli Wykonawcy nie utrzymuje relacji towarzyskich ani nie jest spokrewniony z przedstawicielami Drukarni Grafkarton Sp. z o.o. Wykonawcy prowadzą od siebie całkowicie niezależne działalności gospodarcze. Odwołujący przygotowywał swoją ofertę samodzielnie, nie miał też żadnego wpływu i nie konsultował ani tym bardziej nie uzgadniał z Drukarnią Grafkarton Sp. z o.o. złożonej przez nią oferty oraz ceny, jaką zaoferowała ona Zamawiającemu (Wykonawca podkreślił, że jest nawet zdziwiony rozbieżnością treści złożonej przez Drukarnię Grafkarton Sp. z o.o. oferty, o której wiedzę podjął po zwróceniu się o nią do Zamawiającego, a treścią zakresu powierzonych na rzecz Legra Sp. z o.o. jako podwykonawcy prac, który wynika z oświadczenia złożonego przez Legra Sp. z o.o. w dokumencie stanowiącym zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów).

Zdaniem Odwołującego nie każde porozumienie może zostać uznane za zakłócające konkurencję w postępowaniu. Zawarcie umowy podwykonawczej z innym wykonawcą, który złożył w postępowaniu ofertę nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że celem i skutkiem takiego działania było zakłócenie konkurencji. Przesłanki zawarcia niedozwolonego porozumienia muszą być wiarygodne. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dysponuje dowodami na wystąpienie zmowy przetargowej, gdyż takiej zmowy nie było. Zgodnie z doktryną, niedozwolone porozumienie między wykonawcami musi ograniczać konkurencję należy nadmienić, iż to ograniczenie konkurencji musi być celem samym w sobie, zaś taka umowa między Wykonawcami musi w sposób intencjonalny zmierzać do naruszania zasad uczciwej konkurencji.

Pismem z 22 czerwca 2023 r., Zamawiający poinformował o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego i oferty wykonawcy Grafkarton. Zamawiający wskazał następującą podstawę prawną:

W zakresie części 1 dla Odwołującego:*„Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP - Wykonawca zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji - Wykonawcy złożyli odrębne oferty częściowe i nie wykazali, że przygotowali oferty niezależnie od siebie*

oraz

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – Wykonawca w wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, co mogło mieć wpływ na podejmowanego przez Zamawiającego decyzje."

W zakresie części 1 dla wykonawcy Grafkarton: *„Oferta odrzucona na podstawie:*

- art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. c) ustawy PZP - Wykonawca nie złożył w wyznaczonym terminie oświadczenia,

o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP (JEDZ) i podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu
oraz
- art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP - Wykonawca zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji - Wykonawcy złożyli odrębne oferty częściowe i nie wykazali, że przygotowali je niezależnie od siebie"
W zakresie części 2 dla Odwołującego:
„Oferta odrzucona na podstawie art. 111 pkt 4) ustawy PZP (oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania) w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP w części 1 zamówienia, a także na podstawie art. 111 pkt 5 ustawy PZP (oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania) w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w części 1 zamówienia."
W zakresie części 3 dla Odwołującego:
„Oferta odrzucona na podstawie art. 111 pkt. 4 ustawy PZP (oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania) w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP w części 1 zamówienia, a także na podstawie art. 111 pkt 5 ustawy PZP (oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania) w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w części 1 zamówienia."

Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne, wspólne dla Odrzucenia oferty Odwołującego i wykonawcy Grafkarton:
„(…) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP – dotyczy części nr 1, 2, 3 (Legra sp. z o.o.) oraz części nr 1 (Drukarnia Grafkarton sp. z o.o.):
Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Ustawy PZP zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy, gdy zostaje złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania, natomiast art. 108 ust. 1 pkt. 5) Ustawy PZP (obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania) wskazuje, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania 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.
W części 1 prowadzonego postępowania podmioty Legra Sp. z o.o. (dalej: Legra) oraz Drukarnia Grafkarton Sp. z o.o. (dalej: Grafkarton) złożyły odrębnie oferty i oferty te zostały złożone ze wzajemnym oświadczeniem o udostępnieniu sobie potencjału tych podmiotów, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ze wzajemnym wskazaniem podwykonawstwa drugiego z nich.
Do oferty firmy Legra sp. z o.o. (podpisanej przez prokurenta spółki w dniu 26.04.2023 . r., godz. 10:27) dołączone było zobowiązanie Grafkarton do udostępnienia wykonawcy Legra zasobów trybie art. 118 ustawy PZP – na potrzeby zadania objętego częścią nr 1. Zobowiązanie to nie tylko precyzowało zakres udostępnianych zasobów, ale także wskazywało na zamiar udziału Grafkarton jako podwykonawcy Legra przy realizacji zamówienia w części 1. Określało ono także warunki współpracy tych podmiotów, w tym zakres ich prac – drukarni Legra miał w szczególności przypaść druk i oprawa broszury.
Zobowiązanie to było opatrzone podpisami prezesa Grafkarton (z dnia 26.04.2023 godz. 12:40.) oraz prokurenta Legra (z dnia 26.04.2023, godz.15:37).
W ofercie Legra (Formularz oferty) Grafkarton został wskazany jako podwykonawca części zamówienia.
Z kolei do firmy Grafkarton (podpisanej przez prokurenta spółki w dniu 25.04.2023r., godz. 11:28) dołączone było zobowiązanie Legra do udostępnienia wykonawcy Grafkarton zasobów trybie art. 118 ustawy PZP – na potrzeby zadania objętego częścią nr 1. Zobowiązanie to nie tylko precyzowało zakres udostępnianych zasobów, ale także wskazywało na zamiar udziału Legra jako podwykonawcy Grafkarton przy realizacji zamówienia w części 1. Określało ono także warunki współpracy tych podmiotów, w tym zakres ich prac – drukarni Legra miał w szczególności przypaść druk i oprawa broszury. Zobowiązanie to było opatrzone podpisami prokurenta Legra (z dnia 25.04.2023 r.godz. 10:03) oraz prezesa Grafkarton (z dnia 24.04.2023 r., godz. 11:38).
W ofercie Grafkarton (Formularz oferty) Legra została wskazana jako podwykonawca części zamówienia.
Z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert przyjętych w SWZ oferta złożona przez Grafkarton była oceniana najwyżej, a na drugim miejscu pod tym względem znalazła się oferta złożona przez Legrę. Następnie jednak, pomimo dwukrotnego wezwania. Pierwsze wezwanie na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP miało miejsce w dniu 10.05.2023 r., termin na odpowiedź upływał w dniu 22.05.2023 r. godz. 11:00. Drugie wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP miało

miejsce w dniu 24.05.2023 r., termin odpowiedzi upływał w dniu 30.05.2023 r. godz. 10:00. Grafkarton nie złożył oświadczenia JEDZ ani podmiotowych środków dowodowych. Grafkarton w żaden sposób nie odpowiedział na kierowane do niego ww. wezwania.

Jednocześnie, w odpowiedzi na skierowane wcześniej w dniu 24.05.2023 r. w trybie art. 126 ust. 2 ustawy PZP wezwania, Legra złożyła Zamawiającemu w dniu 2.06.2023 r. oświadczenie JEDZ i podmiotowe środki dowodowe dotyczące swojej spółki, ale także oświadczenie JEDZ i podmiotowe środki dowodowe Grafkarton (data poświadczenia tych dokumentów przez upoważnionego pracownika Grafkarton to 31.05.2023 r.). Było to oświadczenie JEDZ oraz podmiotowe środki dowodowe, których spółka Grafkarton wcześniej nie złożyła bezpośrednio Zamawiającemu, pomimo dwukrotnie kierowanych do niej bezpośrednio wezwań. Jak wynika z dokumentów złożonych przez Legra, a dotyczących firmy Grafkarton, dokumentami tymi Grafkarton dysponował już wcześniej (np. zaświadczenia ZUS i naczelnika Urzędu Skarbowego wystawione dnia 28.03.2023 r., zaświadczenia z KRK wystawione dnia 19.04.2023 r.).

W tej sytuacji Zamawiający stwierdził, że zachodzą wiarygodne przesłanki, że Legra i Grafkarton złożyli w przedmiotowym postępowaniu (dla cz. 1) odrębne oferty działając w porozumieniu, celem wykluczenia z udziału w realizacji zamówienia oferty tańszej. Grafkarton, na dwukrotne wezwanie Zamawiającego, nie przedłożył oświadczenia oraz podmiotowych środków dowodowych, powodując brak możliwości wybrania swojej oferty jako najkorzystniejszej. W konsekwencji oferta złożona przez Legrę miała szansę wyboru jako najkorzystniejszej i realizacji tego zamówienia za wyższą cenę.

Działania tych wykonawców i ich skutki, jakie uwidoczniły się w postępowaniu w zakresie części nr 1, odpowiadały mechanizmowi zmowy przetargowej, czyli porozumienia zakazanego w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: ustawa okik): „rozstawianie i wycofywanie ofert to wariant mechanizmu oferty kurtuazyjnej połączony z ograniczeniem ofert. Najpierw zmawiający się konkurenci uzgadniają treści ofert, w szczególności cen. Poszczególne oferty są „rozstawiane" − oferowane przez przedsiębiorców ceny są odpowiednio różnicowane tzn. przez poszczególnych uczestników zmowy składane są oferty znacznie różniące się ceną. Następnie, jeśli po otwarciu i upublicznieniu ofert lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty okazuje się, że oferty uczestników zmowy zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana"".

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wezwał Legrę i Grafkarton do wyjaśnieńw tym zakresie i przedstawienia dowodów na przygotowanie oferty niezależnie od siebie, do czego zobowiązuje go przywołany powyżej art. 108 ust.1 pkt 5) ustawy PZP.

Grafkarton w ogóle odpowiedział także na to wezwanie. Wyjaśnienia wraz z dowodami przesłane zostały wyłącznie przez Wykonawcę Legra. Te jednak w ocenie Zamawiającego nie potwierdziły, że zarzut zawarcia zmowy przetargowej nie miał miejsca, a mianowicie:

1. Legra w wyjaśnieniach wskazała, iż fakt, że Grafkarton nie uzupełniła dokumentów pomimo dwukrotnego wezwania nie jest podstawą do twierdzenia istnienia pomiędzy nimi porozumienia co do treści oferty w zakresie jej istotnych elementów, takich jak np. cena. Jednakże złożone wraz z ofertą oświadczenia o udostępnieniu wzajemnie sobie przez Wykonawców zasobów temu wprost przeczy. Ze wzajemnie złożonych zobowiązań do udostępniania zasobów wynika wprost zamiar udziału każdej z tych firm, jako podwykonawca drugiej przy realizacji jednej części zamówienia.

To oznacza, że firmy te miały już przy składaniu tych zobowiązań świadomość, iż druga z nich także zamierza składać ofertę na wykonanie tej części. Najpóźniej w czasie podpisania tych zobowiązań obie te firmy były już „przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu" w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik. Co istotne, zobowiązania te wskazywały także wprost na dokonany przez obu wykonawców podział prac przy realizacji tego zamówienia i to w obu wariantach (realizacja przez Grafkarton ze wsparciem Legra, realizacja przez Legra ze wsparciem Grafkarton).

Definicja tzw. „zmowy przetargowej" za niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję uznaje m.in. takie porozumienie między przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu, gdzie uzgodnienie warunków składanych oferty odnosi się do zakresu prac (art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik). Ze zobowiązań do udostępnienia zasobów Grafkartonu (złożonego z ofertą Legra) i Legry (złożonego z ofertą Grafkarton) takie uzgodnienie w zakresie zakresu prac wynika wprost.

2. Wyjaśnienia i argumenty Legry dotyczące nieuzgadniania cen także nie znajdują w ocenie Zamawiającego odzwierciedlenia w ustaleniach faktycznych: wykazanie przez Legra dowodu na dokonanie wyceny istotnego elementu wykonania zamówienia, przeczy tezie braku uzgadniania ceny - załączony przez Legrę dowód w postaci zakontraktowania dostawy materiałów na rzecz wykonania zamówienia dla Grafkarton dodatkowo potwierdza element uzgadniania treści ofert.

Ponadto, w części, w której z obu ofert wynika, że broszury miała wykonywać Legra, w obu ofertach cena za broszury jest tożsama, co potwierdza, że obie oferty zostały wycenione co najmniej w zakresie broszury w jednakowy sposób, z myślą o jednym postępowaniu. Już to świadczą o uzgadnianiu istotnych elementów obu ofert, co odpowiada definicji niedozwolonego porozumienia z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik. Różnice w wycenie pozostałych elementów nie potwierdzają niezależnego przygotowania ofert, zwłaszcza, że są one typowym, jeśli nie koniecznym elementem zmowy

przetargowej wg mechanizmu „rozstawiania i wycofywania ofert". Z tej różnicy cen wynika przecież potencjalna korzyść zmawiających się z „wycofania" oferty. .

2. Argument Legry o stosunkowo nieznacznej różnicy ceny w złożonych ofertach nie ma z punktu widzenia ustawy o okik żadnego znaczenia, a załączone dowody w postaci sprawozdania finansowego i KRS nie wnoszą do sprawy żadnych nowych elementów. Zakłócenie konkurencji występuje, gdy wykonawcy zawierają niedozwolone porozumienie, których celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Artykuł 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Nie ma nigdzie odniesienia się do wartości, poniżej której zakłócenie konkurencji byłoby na przykład nieistotne.

Absolutnie nie można zgodzić się też ze stanowiskiem Legra, że różnica między ceną oferty Grafkarton a Legra (105.000 zł brutto) jest kwotą nieznaczną. Przede wszystkim jednak Legra pomija, że szkodliwość porozumień ograniczających konkurencję nie ogranicza się wyłącznie do ewentualnej różnicy w cenach ofert uczestników takiego porozumienia. Szkodliwość ta nie ogranicza się wyłącznie do danego postępowania, ale ogólnie uderza w prawidłowe funkcjonowanie normalnej konkurencji, co jest podstawą nie tylko całego rynku zamówień publicznych, ale także całej gospodarki krajowej i wspólnego rynku.

3. Kolejno wyjaśniając Legra wskazała na rzekomy brak wiedzy na temat oferty składanej przez Grakarton, co jest niezgodne ze stanem faktycznym sprawy. Legra i Grafkarton nie tylko udostępnili sobie wzajemnie zasoby i potwierdzali dokonany przez siebie podział prac w razie uzyskania zamówienia jednego lub drugiego wykonawcę. Także w samych wyjaśnieniach Legra potwierdziła, że uzgadniała z Grafkartonem zakres prac, które weźmie na siebie jako podwykonawca. To oznacza, że Legra miała świadomość składania samodzielnej oferty przez Grafkarton. Odnosząc się do art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik uzgodnienie warunków oferty co do zakresu prac już stanowi porozumienie ograniczające konkurencję.

4. Zamawiający nie znalazł także podstaw do uznania zawartych w wyjaśnieniach Legry do twierdzeń, iż rzekomo Grafkarton miał się wycofać i nie wnieść zaliczki na uprzednio zakontraktowaną część wykonania usługi, którą dla niej miała wykonać Legra. Przeciwnie. Legra nie przedstawiła żadnego dowodu na tę okoliczność. Tymczasem w obrocie gospodarczym obowiązują pewne normy uzgadniania i zawierania kontraktów, czy to w formie umów, korespondencji pisemnej czy mailowej, wezwań do zapłaty czy chociażby faktur zaliczkowych lub proforma. Żadnych takich dowodów Legra nie przedstawiła. Dodatkowo nie przedstawiła ona wiarygodnego wyjaśnienia, dlaczego fakty objęte takim twierdzeniem miałyby w niniejszej sprawie przeczyć istnieniu porozumienia, którego elementy wynikały w sposób jasny np. z oświadczeń obu spółek składanych w dniach 25 i 26.04.2023 r., a nawet z samych wyjaśnień Legra (data pisma 14.06.2023 r., podpis 15.06.2023 r.).

5. Kolejny argument podniesiony przez Legra, złożony w formie oświadczenie, że Wykonawca

nie ryzykowałaby zmową z innym podmiotem w części 1 zamówienia w sytuacji, gdy jej oferta okazała się być najkorzystniejszą w część 3 zamówienia także nie ma znaczenia w sprawie. Przecież na czas składania ofert Legra nie mogła wiedzieć, jak ułoży się ranking ofert w poszczególnych częściach. Bezzasadny jest więc argument ten, jak i inne, dotyczące sytuacji hipotetycznych, które mogły, ale które nie zaistniały. Zamawiający brał pod uwagę jedynie konkretne okoliczności faktyczne i dane wynikające z ofert, dokumentów postępowania, w tym korespondencji z Wykonawcami, oraz zawartych w publicznych rejestrach.

6. Wbrew stanowisku prezentowanemu przez Legra nie jest częste takie zachowanie Wykonawcy, że wycofanie oferty w postępowaniu następuje poprzez niezłożenie dokumentów podmiotowych.

A szczególnie rzadkim przypadkiem jest taki, w którym złożenie tych podmiotowych środków dowodowych byłoby dodatkowo zależne od ich przedłożenia przez drugiego wykonawcę (Legrę), który także złożył samodzielną ofertę w postępowaniu.

Co więcej, także „wycofanie" oferty poprzez nie złożenie np. podmiotowych środków dowodowych, skutkujące zatrzymanie wadium (co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu

do Grafkarton), jest raczej niespotykaną formą wycofania oferty przetargowej. Jest to rzadko spotykany wyjątek, anomalia. W przypadku wezwań kierowanych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP, a następnie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, nie jest normalnym następstwem brak jakiejkolwiek odpowiedzi.

7. Oświadczenie Legry, iż nie tylko nie miała wiedzy w zakresie treści oferty złożonej przez Grafkarton, ale również nie miała żadnego wpływu na podejmowane przez tą spółkę w ramach przetargu dalszych kroków stoi w sprzeczności z treścią oświadczenia o udostępnieniu zasobów, złożonego przez Legrę wraz z ofertą Grafkarton. Wiedzę na temat składania oferty przez Grafkarton co do cz. 1 Legra miała, co wynika wprost z oświadczeń o udostępnieniu zasobów Legry, dołączonych do oferty Grafkarton, opatrzonej podpisem prokurenta Legry z dnia 25.04.2023 r.

W tym zakresie wyjaśnienia Legry są zupełnie niewiarygodne, skoro uprawniona do reprezentacji Legry w tym samym,

krótkim okresie czasu, podpisała zarówno dokumenty związane z ofertą własną Legry dla części nr 1 (uwzględniającą udział Grafkarton, jako podwykonawcy i wsparcie Legry zasobami Grafkarton na podstawie art. 118 ustawy PZP), jak i dokumenty Legry o wsparciu Grafkarton co do tej samej części nr 1 poprzez udzielenie tej firmie wsparcia zasobami Legry na podstawie art. 118 ustawy PZP, w tym udziału w charakterze podwykonawcy części tego zadania.

Jeden podmiot nie może w tym samym czasie jednocześnie ze szczerym i autentycznym zamiarem stawać do konkurencji o dane zamówienie (opierając się na wsparciu podwykonawcy), jak i – nie wiedząc o zamiarze tego podmiotu złożenia własnej oferty na to samo zamówienie – zobowiązywać się na jego rzecz do podwykonawca i udzielenia mu zasobów.

Co więcej, na kolejnym etapie - w razie zaistnienia przesłanek art. 126 ust. 1 lub 2 ustawy PZP, każda z tych firm musiała brać pod uwagę konieczność przekazania drugiej swojego oświadczenia JEDZ i podmiotowych środków dowodowych. Wymagania te były bowiem wyraźnie wskazane w SWZ, która była znana każdemu z tych wykonawców.

Grafkarton miał bowiem zgodnie z Rozdziałem VII pkt 2.3SWZ i pkt 2.13 SWZ (i art. 125 ust. 5 ustawy PZP) obowiązek złożenia na wezwanie nie tylko własnego oświadczania JEDZ i podmiotowych środków dowodowych, ale także oświadczenia JEDZ i podmiotowych środków dowodowych dotyczących firmy Legra. Grafkarton nie mógł wywiązać się z tego obowiązku bez uprzedniego otrzymania tych dokumentów od Legra. Grafkarton bez konkretnych aktywności Legra nie mógł ich pozyskać samodzielnie (np. bez stosownych upoważnień Legra nie mógł pozyskać samodzielnie zaświadczeń z ZUS czy Urzędu Skarbowego dot. Legry, gdyż dane w ich zawarte chroni tajemnica skarbowa).

A to oznacza, że Legra miała co najmniej w takim zakresie wpływ na czynności Grafkarton
w postępowaniu. To przekazanie lub nieprzekazanie przez Legrę podmiotowych środków dowodowych było warunkiem koniecznym dla Grafkartonu, aby ten mógł je złożyć, a których nie mógł samodzielnie uzyskać bez udziału Legry.

Taki sam wpływ na czynności Legra w toku postępowania miał Grafkarton. On przekazał firmie Legra swoje oświadczenie JEDZ i podmiotowe środki dowodowe, co umożliwiło Legra złożenie ich Zamawiającemu w dniu 2.06.2023 r. Nastąpiło to zasadniczo w tym samym czasie, gdy Grafkarton był wzywany do przedstawienia tych dokumentów bezpośrednio, na potrzeby badania oferty własnej.

Co istotne Legra nie przedstawiła dowodów na to, aby na jakimkolwiek etapie (przed terminem składania ofert lub po nim) przekazała Grafkarton swoje oświadczenie JEDZ i podmiotowe środki dowodowe czy też udzieliła Grafkarton upoważnień, które umożliwiałyby Grafkartonowi ich samodzielne pozyskanie. Nie dowiodła więc, że brak odpowiedzi Grafkarton na wezwania w trybie art. 126 ust. 1 i 128 ust. 1 ustawy PZP, nie był od niej zależny.

8. Wyjaśniając Legra wskazała także na potencjalnie nieracjonalne działanie zmawiających się wykonawców, którzy działając w zmowie nie powinni „ujawniać" się nawzajem w swoich ofertach. Faktem jest, że Zamawiający nie zastrzegł osobistego wykonania żadnej części przedmiotu zamówienia dopuszczając udział podwykonawców, jednakże poleganie na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby jest szczególnym rodzajem podwykonawstwa: skoro Legra zamierzała skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego oznacza to, że nie była w stanie wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, co sama przyznała w przesłanych wyjaśnieniach. Legra przyznała w nich, że musiała wykazać podmiot udostępniający zasoby już na etapie składnia ofert, co Legra uczyniła, wskazując Grafkarton. A zatem Legra nie mogła zataić udziału tego podwykonawcy. Nie byłaby ona w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu i jej oferta podlegałaby odrzuceniu.

Sam argument o rzekomym zachowaniu przez Legra i Grafkarton przejrzystości przy składaniu oferty w zakresie części nr 1 nie zasługuje na uwzględnienie. Zastosowanie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP nie jest zależne od tego, czy porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji jest dokonane w sposób całkowicie ukryty, czy też informacje na jego temat są w jakiejś części ujawnione np. w ofertach. Podobnie zakaz zawierania porozumień antykonkurencyjnych w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy okik nie przewiduje w tym zakresie żadnego rozróżnienia.

9. Na koniec, w złożonych wyjaśnieniach Legra wskazała, iż w doktrynie prawa zamówień publicznych, jak i w orzecznictwie przyjmuje się, iż stwierdzenie zmowy przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności danej sprawy, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Innymi słowy, stwierdzenie zmowy przetargowej, o ile odbywa się nie na podstawie wyraźnego i pozostającego poza jakimikolwiek wątpliwościami porozumienia, wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy (por. orzecz. KIO z dnia 25 maja 2021 roku, sygn. akt KIO 908/21).

Jednakże, Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 15 czerwca 2022 r., XXIII Zs 60/22 wskazuje, że Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego

przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Ustawodawca nie uzależnił ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie "zmowy przetargowej".[…]

Jednocześnie sąd wskazał, iż „Zauważyć […] należy, iż o ile przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. stanowi, iż zamawiający może na podstawie wiarygodnych przesłanek stwierdzić zawarcie niedozwolonego porozumienia przez wykonawców i wykluczyć ich z postępowania, to przyznane wykonawcom prawo do skutecznego zanegowania takiego uprawnienia zamawiającego uzależnione jest już od „wykazania" wskazanych w tym przepisie okoliczności. „Wykazanie" – w odróżnieniu od uzyskania „wiarygodnych informacji" jest natomiast niczym innym, niż udowodnieniem dowolnymi środkami dowodowymi zajścia takich okoliczności. Stanowisko takie prezentowane jest także w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2022 r. KIO 296/22.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego Legra Sp. z o.o. zawarła z Drukarnią Grafkarton Sp. z o.o porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Legra spółka z o.o. nie udowodniła braku niedozwolonego porozumienia Wykonawców w przygotowaniu ofert skutkującym zakłóceniem konkurencji. Wykonawca Drukarnia Grafkarton sp. z o.o. nie skorzystał z możliwości danej przez Zamawiającego i nie odniósł się w ogóle do stawianych jej zarzutów.

Całokształt informacji przedstawionych w ofertach i wzajemnych zobowiązaniach Legra i Grafkarton, czynności i zaniechania podjęte przez tych wykonawców w toku postępowania i konsekwencje tych decyzji, które mają istotny wpływ na wynik postępowania (wobec „wycofania" oferty Grafkarton w wyniku niezłożenia wymaganych dokumentów), układają się w spójną i logiczną całość. Same oferty i wzajemne zobowiązania tych firm potwierdzają, że istniało między nimi porozumienie dotyczące udziału w przedmiotowym przetargi i podziału prac przy jego wykonaniu, odpowiadające treści art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik. Każda z tych firm miała następnie wpływ na czynności drugiej w toku postępowania, choćby przez przekazanie lub nieprzekazanie swoich oświadczeń JEDZ i podmiotowych środków dowodowych, bez których ta druga firma nie mogła potwierdzić spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wystąpiły w niniejszym postępowaniu wiarygodne przesłanki, zarówno potwierdzające wprost istnienie porozumienia (np. wzajemne zobowiązania Legra i Grafkarton co do uzgadniania składania ofert czy zakresów prac). Także inne symptomy zawarcia takiego postępowania wynikają z dokumentacji postępowania. Należą do nich w szczególności brak odpowiedzi na wezwania Zamawiającego kierowane do Grafkarton w trybie art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 1 ustawy PZP, przy jednoczesnym przekazaniu przez Grafkarton firmie Legra tych samych dokumentów, dzięki czemu mogła je złożyć Zamawiającemu Legra (w wyniku czego zachowała ona możliwość uzyskania zamówienia w części 1).

Zbiór tego rodzaju zdarzeń, działań i zaniechań tych dwóch Wykonawców mających miejsce zarówno przed upływem terminu składania ofert, jak i później, układa się w spójny i logiczny obraz zawarcia przez te podmioty porozumienia ograniczającego konkurencję. Nie da się go wytłumaczyć przypadkiem czy zbiegiem okoliczności.

Co więcej, w niniejszym postępowaniu w części nr 1 to zakłócające konkurencję porozumienie, zakazane zarówno na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, jak i art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy okik, nie pozostało bez wpływu na wynik postępowania. Przeciwnie, doprowadziło ono wprost do „wycofania" tańszej oferty Grafkarton, co jest wręcz „podręcznikowym" przypadkiem zmowy przetargowej wg mechanizmu „rozstawiania i wycofywania ofert", definiowanego w publikacjach Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, następująco: „zmawiający się uzgadniają treść ofert, w których ceny są odpowiednio zróżnicowane. Jeśli po otwarciu ofert okazuje się, że oferty członków kartelu zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta zwycięska jest „wycofywana" poprzez nieuzupełnienie dokumentacji lub niekorygowanie błędów w ofercie, co powoduje wykluczenie oferenta.".

W swoich wyjaśnieniach Legra nie przedstawiła dowodów, które mogłyby zaprzeczyć temu, że Legra i Grafkarton porozumiewały się co do warunków składanych ofert, co najmniej co do zakresu prac.

Nie przedstawiła ona żadnego dowodu, który mógłby zaprzeczać np. informacjom zawartych

we wzajemnych zobowiązaniach do udostępnienia zasobów i podwykonawstwa, którymi Legra

i Grafkarton wymienili się tuż przed upływem terminu składania ofert. Nie został więc przedstawiony żaden dowód, który potwierdzałby samodzielne, niezależne od siebie przygotowanie ofert przez te podmioty.

Takich dowodów nie przedstawiła także firma Grafkarton, która żadnych wyjaśnień czy dowodów nie złożyła.

A do powyższego dochodzą ponadto ujawnione przez Zamawiającego (w czasie analizy wyjaśnień Legra z dnia 15.06.2023 r. godz. 10:31) konkretne i stałe powiązania organizacyjne i osobowe między tymi podmiotami. Zostały one szczegółowo opisane poniżej, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Legra dla części nr 1, 2 i 3 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Ich ujawnienie tym bardziej nie pozwala jednak na przyjęcie, by określony powyżej stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń. Składanie przez Legra niezgodnych z prawdą, wprowadzających w błąd oświadczeń, dodatkowo obniża poziom wiarygodności wyjaśnień złożonych przez Legra,

Stosownie do art. 111 pkt 4 ustawy PZP wykluczenie z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP

następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.
W niniejszej sprawie bazując na wzajemnych zobowiązaniach Legra i Grafkarton należy uznać, że zakazane porozumienie zostało przez te podmioty zawarte najpóźniej w dniu 25.04.2023 r. (wymiana pierwszego ze wzajemnych zobowiązań tych podmiotów, potwierdzającego uzgodnienie co do zakresu prac na potrzeby składania ofert w cz. 1). Biorąc pod uwagę powyższe, skutek wykluczenia Legry z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP i odrzucenie tej oferty z postępowania (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP) obejmuje nie tylko część nr 1, w której stwierdzone zostało zakazane porozumienie, ale także części nr 2 i części nr 3 niniejszego zamówienia. Skoro Legra podlegałaby na tej podstawie wykluczeniu także w innych postępowaniach, to tym bardziej skutek ten rozciąga się na pozostałe części niniejszego zamówienia."
Uzasadnienie odrzucenia Legra Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zakresie części nr 1, 2 i 3, było następujące:
Podstawa wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ustawy PZP zawiera fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, które w przypadku zastosowania któregokolwiek z nich stają się przesłankami obligatoryjnymi do zastosowania dla Zamawiającego.
W przedmiotowym postępowaniu, dla cz. 1, cz. 2 oraz cz. 3 Zamawiający wskazał, iż wykluczy wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP .
Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę […] który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
Wyjaśnienia Legry (data w nagłówku 14.06.2023 r., podpis 15.06.2023 r.) zostały złożone w celu potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie 108 ust. 1 pkt 5 pzp mogły mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego – tworzyły wrażenie przedstawienia przekonujących wyjaśnień, zapewniały m.in. o braku między Legra a Grafkarton jakichkolwiek powiązań osobowych, kapitałowych czy prowadzeniu zupełnie niezależnych działalności gospodarczych. Gdyby nie ich dodatkowa weryfikacja przez Zamawiającego, mogłoby to mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. W szczególności mogło to zmienić decyzje o wyborze Wykonawcy w cz. 1 i cz.3 postępowania, gdyby w oparciu o oświadczenia Legra zawarte w tych wyjaśnieniach podjął decyzję o niewykluczaniu tego podmiotu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.
W swoich wyjaśnieniach Legra zawarła następujące oświadczenia:
„1. Wykonawca nie jest w jakikolwiek sposób powiązany osobowo lub kapitałowo z Drukarnią Grafkarton Sp. z o.o.,
(…)
3. Wykonawcy prowadzą od siebie całkowicie niezależne działalności gospodarcze,"
Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający zweryfikował treść tych oświadczeń. Krótka kwerenda informacji na temat Legra i Grafkarton zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym pozwala
na stwierdzenie, iż te oświadczenia Legra są nieprawdziwe i mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd, choćby co do wiarygodności całości wyjaśnień Legra.
Dotyczy to w szczególności następujących zagadnień:
a) Legra i Grafkarton są wspólnikami założonej w 2018 spółki Centrum Usług Wspólnych Poligrafii sp. z o.o. KRS nr 0000760546 (dalej: CUWP). W spółce tej kapitał zakładowy wynosi 222.392 zł, a zarówno Legra, jak i Grafkarton mają w niej po 23 udziały o wartości 51.150,16 zł każde.
Siedziba spółki CUWP mieści się pod tym samym adresem, co rejestrowa siedziba Grafkarton. Jedynym członkiem zarządu CUWP jest T. P. K., który wg KRS od 2005 jest także prokurentem samoistnym Legry.
Powyższe przeczy temu, aby Legra i Grafkarton prowadziły zupełnie niezależne od siebie działalności gospodarcze, a także aby nie było między nimi powiązań kapitałowych, skoro te podmioty zaangażowane są od 2018 we wspólnie prowadzone przedsięwzięcie gospodarcze o stałym charakterze, zarówno kapitałowo, jak i organizacyjnie. Zaangażowanie organizacyjne potwierdza np. udostepnienie przez Grafkarton siedziby dla CUWP czy udział przedstawicieli obu podmiotów we władzach CUWP, uczestniczenie w czynnościach korporacyjnych, jak np. uczestnictwo w zgromadzeniach wspólników i podejmowanie uchwał – np. zamieszczona w KRS uchwała zwykłego zgromadzenia wspólników CUWP nr 1/2022 z dnia 29.06.2022 r. w sprawie zatwierdzenia sprawozdania finansowego za 2021 r. jest jednocześnie sygnowana przez przedstawiciela Legry (T. K.) i Grafkarton (podpis nieczytelny, ale graficznie odpowiadający podpisowi prezesa zarządu m.in. na złożonych w postępowaniu zaświadczeniach z KRK).
b) wspólnik i prezes Grafkartonu jest założycielem, a od 2015 r. członkiem zarządu Stowarzyszenia Przedsiębiorców Poligrafii Kraków, KRS 0000343583 (dalej: SPPK).
Siedziba rejestrowa SPPK jest tożsama z siedzibą Grafkartonu. W tym stowarzyszeniu w komisji rewizyjnej (2016-2018) i

w zarządzie (od 2018) pełni funkcję ww. prokurent samoistny Legry T. P. K..
Powyższe przeczy temu, aby Legra „nie była w jakikolwiek sposób powiązana" osobowo z Grafkarton. Ujawnione w KRS informacje wskazują, że co najmniej dwie osoby kierujące działaniami Legra i Grafkarton i reprezentujące te spółki wspólnie uczestniczą w pracach organu władz SPPK (zarząd) i to co najmniej od ok. 5 lat. A ponadto ze względu na tożsamość siedzib, prace zarządu SPPK, w których te osoby uczestniczą, odbywają się w siedzibie Grafkartonu.
c) Zamawiający dokonał analizy postepowania prowadzonego na podobny zakres przedmiotowy, który prowadził w roku 2022. Z analizy dokumentów wynika, iż w części dotyczącej wydruku książki kartonikowej (obecnie cz.1 zamówienia) jako Wykonawca występował Grafkarton, natomiast podmiotem udostępniający mu zasoby była Legra, a zatem współpraca Wykonawców nie jest jednorazowa czy przypadkowa, ale raczej ugruntowana.
Zatem złożenie wyjaśnień przez Legra w formie oświadczeń w wyżej cytowanym brzmieniu został przez Zamawiającego odczytany jako próba wprowadzenia go w błąd przy przedstawianiu przez Legra informacji, że Wykonawca ten nie podlega wykluczeniu. Mogło mieć to istotny wpływ na podejmowane w postępowaniu decyzje, w szczególności wpływać na wynik postępowania w cz. 1 i 3. Naturalnie wyjaśnienia Legra składane były celem uzyskania zamówienia, tu: przyjęcia wyjaśnień braku zmowy, a ze względu na to, że informacje te znajdują potwierdzenie nawet w publicznym rejestrze KRS, to można uznać, że były podane w sposób zamierzony lub przynajmniej w wyniku rażącego niedbalstwa wykonawcy. Skoro osoba nie mająca wiedzy „wewnętrznej" wykonawcy może to zweryfikować w KRS, to tym bardziej wykonawca naruszył poważnie normy staranności przy przedstawianiu takich informacji w wyjaśnieniach, a co za tym idzie wypełniona została przesłanka wykluczenia wykonawcy Legra z postępowania, przewidziana w art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP.
Powyższe prowadzi do wniosku, że składając te wprowadzające w błąd oświadczenia Legra działała w sposób zamierzony lub co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03).
Naruszenie elementarnych standardów staranności przy formułowaniu tych oświadczeń w wyjaśnieniach Legra potwierdza to, że informacje te powinny być Legra znane także jako wewnętrzna, korporacyjna wiedza. Wieloletnie (od 2018 r.) i stałe wspólne przedsięwzięcie obu spółek (CUWP) musiało być znane kierownictwu Legra. Wynikało ono nie tylko z danych KRS, ale nawet z dokumentów korporacyjnych Legra (por. Informacja dodatkowa Legra LEGRA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością za rok obrotowy 2022 – str. 13, dołączona do wyjaśnień Legra z 15.06.2023 r.). Stosownie do art. 111 pkt 5 ustawy PZP wykluczenie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP następuje na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.
W niniejszej sprawie bazując dacie złożenia wprowadzających w błąd oświadczeń Legra, należy uznać, że podstawa wykluczenia zaistniała w dniu 15.06.2023 r.
Biorąc pod uwagę powyższe, skutek wykluczenia Legry z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP i odrzucenie tej oferty z postępowania (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP) obejmuje nie tylko część nr 1, co do której złożone zostały te wprowadzające w błąd oświadczenia, ale także części nr 2 i części nr 3 niniejszego zamówienia.
Skoro Legra podlegałaby na tej podstawie wykluczeniu także w innych postępowaniach, to tym bardziej skutek ten rozciąga się na pozostałe części niniejszego zamówienia."

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie, a także przepisów przywołanych w treści zarzutów odwołania:

art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

5) 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;

art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

art. 111 pkt 4 i 5 ustawy Pzp

Wykluczenie wykonawcy następuje:
4) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;
5) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;
art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp
1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
2) została złożona przez wykonawcę:
a) podlegającego wykluczeniu z postępowania (…)
art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp
1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.
art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: *„uokik”*), z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 275 ze zm.)

1. Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: (…)

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

Istotne dla rozstrzygnięcia sprawy są dwa zagadnienia, po pierwsze kwestia naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odnoszącego się do zawarcia porozumienia naruszającego konkurencję, a po drugie, ocena czy doszło do naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Przechodząc do analizy powyższych zagadnień, w pierwszej kolejności wskazać należy, że podstawową regulacją zawierającą zasady i wytyczne w zakresie uczciwej konkurencji jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Ustawa ta w szczególności zawiera szereg zakazów kierowanych do przedsiębiorców, w tym zakaz działań mogących ograniczyć konkurencję. W kontekście postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na uwagę zasługuje przede wszystkim zakaz zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji. Przykładowy katalog takich porozumień został zawarty w art. 6 uoikik a pkt 7 donosi się do porozumień zawieranych przez uczestników przetargów. UOKIK w publikacji *„Zmowy przetargowe”* wydanie trzecie zaktualizowane, Warszawa 2017, wskazuje, że w przypadku porozumień ze względu na cel naruszenie przepisów uoikik może nastąpić gdy sam przedmiot porozumienia okazuje się antykonkurencyjny. Jednocześnie wskazuje się, że nie ma znaczenia, czy uczestnicy porozumienia faktycznie wywiązują się z przyjętych uzgodnień ani czy doszło faktycznie do wyrządzenia szkody przez takie porozumienie. Wskazuje się, że nawet nieudane próby wpłynięcia na wynik przetargu mogą być ocenione jako nielegalne. Dodatkowo, zakazane są porozumienia, które wywołują nawet potencjalne negatywne skutki na rynku. W publikacji wskazano też, że dla oceny antykonkurencyjnego charakteru porozumienia bez znaczenia jest motywacja uczestników, w tym ich subiektywne wyobrażenie o zakładanych celach czy skutkach porozumienia, a także czy są oni świadomi zakazów płynących z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Powyższe zostało potwierdzone w przywołanym trafnie przez Odwołującego Druk – Intro wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO XVII AmA 79/21, gdzie sąd ten wskazał, że: *„Antykonkurencyjny cel porozumienia istnieje obiektywnie, niezależnie od subiektywnego przekonania stron, gdyż istotny dla możliwości stwierdzenia antykonkurencyjnego charakteru porozumienia jest cel (przedmiot) porozumienia, a nie cel (zamiar) jego stron. Również doktryna wskazuje, iż tak rozumiany „przedmiot porozumienia" odrywa się całkowicie od subiektywnych zamiarów stron, od „celu" ich działania, a więc istnieje nawet jeżeli strony porozumienia nie mają świadomości bezprawności swoich działań. Oczywiste jest przy tym, że w wypadku takich porozumień zakazanych ze względu na cel nie ma znaczenia rzeczywisty skutek czy też kwestia odczuwalności wpływu porozumienia na konkurencję na rynku właściwym.”* Istotne jest również ustalenie ww. sądu, że: *„Przez porozumienie rozumie się każde uzgodnienie, dokonane w jakiekolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Zatem forma w jakiej przedsiębiorcy uzgadniali miedzy sobą warunki składanych ofert i sposób postępowania pozostaje bez znaczenia.”*

Jak wskazano w ww. publikacji UOKIK, w praktyce rzadko dochodzi do zawierania pisemnych porozumień na rzecz uzgodnień, które przybierają mniej formalną postać. Uzgodnienia takie prowadzą do wyeliminowania spontaniczności zachowań rynkowych przedsiębiorców, wynikającej z niepewności co do zachowania innych uczestników rynku.

Przykładem praktyki uzgodnieniowej jest sytuacja, w której jeden przedsiębiorca ujawnia informacje strategiczne swojemu konkurentowi lub konkurentom a ci je przyjmują. Jest to tzw. jednostronna wymiana informacji (*vide* decyzja z dnia 30 grudnia 2016 r., nr DOK – 3/2016). Wskazuje się, że aby uniknąć zarzutów o charakterze antymonopolowym wykonawcy korzystający z dozwolonych ustawą Pzp narzędzi takich jak np. udostępnianie zasobów, powinni ograniczyć wymianę informacji do niezbędnego minimum.

W zakresie zmów przetargowych jako jedną z często spotykanych praktyk wskazuje się rozstawianie i wycofywanie ofert polegające na uzgodnieniu treści ofert a w następnym etapie, tj. po otwarciu ofert, w sytuacji gdy oferty uczestników zmowy zajmują kolejno pierwsze i drugie miejsce, ofertę z pierwszego miejsca zostaje wycofana. Z reguły odbywa się to w taki sposób aby sprowokować jej odrzucenie np. przez zaniechanie odpowiedzi na wezwanie do złożenia czy uzupełnienia dokumentów, bądź uzupełnienie dokumentów niepotwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy podstaw wykluczenia albo z innymi wadami powodującymi wykluczenie wykonawcy, czy odrzucenie jego oferty.

W zakresie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego (*vide* Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza.). Wprowadzenie w błąd powinno mieć taki charakter, że może mieć wywierać istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu. Zatajenie informacji, a także niezłożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych, również stanowi wypełnienie przesłanek zastosowania omawianej regulacji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie jest niezasadne.

Dokonując oceny czynności Zamawiającego z 22 czerwca 2023 r., Izba doszła do przekonania, że w zakresie w jakim odnosi się ona do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp a w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp, Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Po pierwsze, wskazać należy że zachowanie Odwołującego i Przystępującego Grafkarton wpisuje się wprost w opis niedozwolonej praktyki polegającej na rozstawianiu i wycofywaniu ofert, co trafnie ocenił Zamawiający w okolicznościach tej sprawy. Wyjaśnienia Odwołującego z 14 czerwca 2023 r., udzielone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, a także stanowisko wyrażone w odwołaniu i podtrzymane na rozprawie, w tym stanowisko Przystępującego Grafkarton, a także jego zachowanie podczas udziału w postępowaniu, wskazują na taką właśnie praktykę.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów podniesionych przez Odwołującego i Przystępującego Grafkarton, wskazać należy że po pierwsze, są oni zgodni co do tego, że Przystępujący Grafkarton ma trudności finansowe, które były przyczyną rezygnacji przez niego z udziału w postępowaniu (wycofania oferty przez doprowadzenie wykluczenia wykonawcy a w konsekwencji do odrzucenia jego oferty). Po drugie, są oni zgodni co do tego, że wzajemnie udostępnili sobie zasoby na potrzeby złożenia ofert przez każdego z nich. Są to też okoliczności wynikające wprost z treści złożonych ofert. Na uwagę zasługuje, że zgodnie z treścią zobowiązania Odwołującego co do udostępnienia zasobów na rzecz Przystępującego Grafkarton, Odwołujący wskazał:*„Drukarnia Legra Sp. z o.o. oddaje do dyspozycji drukarni Grafkarton Sp. z o.o. swoje zasoby celem realizacji zlecenia na wykonanie broszur pt.: „Książka połączeni, czyli o roli czytania w życiu dziecka" w nakładzie 200 000 oraz druku arkuszy plano książki kartonikowej dla dzieci w nakładzie 200 000."* W pkt 3 *„Czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolności którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą"* tego oświadczenia, Odwołujący wskazał: *„Drukarnia Legra Sp. z o.o. będzie brała udział w realizacji części pierwszej postępowania w zakresie druku i oprawy broszury oraz druku arkuszy plano książki kartonikowej dla dzieci, i zrealizuje obie produkcje w nakładzie 200 000 egz."*

Zatem Odwołujący udostępnił zasoby w zakresie druku i oprawy broszury, a także w zakresie druku arkuszy książki kartonikowej. Gdyby Przystępujący Grafkarton skorzystał z pełnego zakresu udostępnionego potencjału, wówczas sam wykonałby tylko oprawę książeczki kartonikowej. Powyższe nie nastąpiło, ponieważ jak wynika z oferty Przystępującego Grafkarton finalnie zdecydował on o skorzystaniu z potencjału udostępnionego przez Odwołującego w ograniczonym zakresie, tj. tylko co do druku i oprawy broszury, biorąc na siebie ciężar wydrukowania książeczki kartonikowej i jej oprawienia. Niemniej jednak ustalenie to ma o tyle doniosłe znaczenie, że Odwołujący i Przystępujący Grafkarton wyjaśnili podczas rozprawy, że podali sobie informację o cenach tylko w zakresie w jakim udostępnili sobie potencjały, co oznacza, że jest bardzo prawdopodobne, że Odwołujący podał Przystępującemu Grafkarton nie tylko swoją cenę za wykonanie wydruku i oprawy broszury, ale także mógł podać cenę za wydruk książeczki kartonikowej. Odwołujący natomiast znał cenę Przystępującego Grafkarton za oprawę książeczki kartonikowej. Nawet jeśli przyjąć, że wykonawcy nie znali swoich finalnych cen ofert, można stwierdzić że dysponowali na tyle dostatecznymi informacjami,

które pozwoliły im z dużą dokładnością tak obliczyć ostateczną cenę każdej z ofert, aby różnica była na tyle bezpieczna, aby oferty mogły znaleźć się w bliskim sąsiedztwie. Niemniej jednak w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy można przyjąć z dużym prawdopodobieństwem, że doszło do uzgodnienia cen między Odwołującym a Przystępującym Grafkarton.

Okoliczności sprawy wskazują bowiem, że jest całkiem prawdopodobne, że Odwołujący i Przystępujący Grafkarton, z uwagi na trudną sytuację finansową tego ostatniego postanowili zwiększyć swoje szanse na zamówienie składając dwie osobne oferty. Jednak mając na uwadze treść oświadczeń co do udostępnienia zasobów, gdyby Przystępujący Grafkarton skorzystał z udostępnionego zasobu wówczas bez względu na to, która oferta by została wybrana sposób jej realizacji byłby identyczny, tj. Odwołujący wydrukowałby i oprawił broszurę oraz wydrukowałby książeczkę kartonikową (raz jako wykonawca, raz jako podwykonawca w zależności od tego, jaka oferta byłaby najkorzystniejsza), natomiast Przystępujący wykonałby oprawę książeczki kartonikowej (raz jako wykonawca, raz jako podwykonawca w zależności od tego, która oferta zostałaby wybrana). Nie zmienia nic w tej ocenie okoliczność, że finalnie Przystępujący Grafkarton nie skorzystał z pełnego zakresu udostępnionego mu potencjału przez Odwołującego, bowiem jak wskazano w treści rozważań ogólnych nie ma znaczenia, jeśli porozumienie nie zostanie wykonane. Nie można jednak umknąć uwadze, że Przystępujący Grafkarton upatrywał w udziale w tym postępowaniu o zamówienie szansy na poprawę sytuacji swojego przedsiębiorstwa, natomiast bez względu na to, czy zrealizował by to zamówienie jako wykonawca czy jako podwykonawca Odwołującego, miał szansę na zarobek, co przyznał wprost podczas rozprawy. Podobnie Odwołujący, który również w ten sposób (tj. składając własną ofertę i jednocześnie udostępniając swój potencjał i występując w charakterze podwykonawcy Przystępującego Grafkarton) zwiększył swoje szanse na to zamówienie.

Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego, już na etapie uzgodnień co do zakresu udostępnienia potencjału, Odwołujący miał świadomość nie za dobrej sytuacji finansowej Przystępującego Grafkarton, co wpłynęło na brak zainteresowania przystąpienia do konsorcjum z tym wykonawcą. Z kolei Przystępujący Grafkarton jak wskazano wcześniej upatrywał szansy w tym zamówieniu na poprawę kondycji przedsiębiorstwa, dlatego również nie był zainteresowany udziałem w konsorcjum. W ocenie Izby powyższe pozwoliło wykonawcom wypracować *„kompromis”* w postaci wzajemnego udostepnienia sobie zasobów, a także złożeniu oddzielnych ofert celem zwiększenia szans na uzyskanie tego zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest typowa sytuacja, w której wykonawca rezygnuje z udziału w postępowaniu i to jeszcze przez wykazanie tak biernej postawy. Odnotować należy, że Zamawiający w ocenie Izby dochował należytej staranności i wezwał zarówno Odwołującego jak i Przystępującego Grafkarton do wyjaśnienia jego wątpliwości co do ziszczenia się przesłanek z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Na to wezwanie odpowiedział tylko Odwołujący, jednak przedstawione przez niego wyjaśnienia okazały się niewystarczające, w tym zakresie Izba uważa że taki wniosek Zamawiającego co do tych wyjaśnień jest prawidłowy. Natomiast Przystępujący Grafkarton zaniechał zupełnie odpowiedzi na to wezwanie, a okoliczność iż Prezes zarządu przebywał w tym czasie na urlopie nie jest dla Izby żadnym wiarygodnym wyjaśnieniem. Po pierwsze, nie został przedstawiony na tę okoliczność żaden dowód, po drugie w ocenie Izby nie jest wiarygodne, że w czasie nieobecności Prezesa Zarządu nikt nie został przez niego upoważniony, czy też nie mógł zostać upoważniony do zastępowania go, czy odpowiadania na wezwania Zamawiającego.

Argumentacja zawarta w piśmie procesowym Odwołującego z 12 lipca 2023 r. w zakresie wykładni art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie mogła w okolicznościach tej sprawy przesądzić o uwzględnieniu zarzutu. W ocenie Izby czynność Zamawiającego była prawidłowa, tj. była wystarczająca dla uznania, że Zamawiający wykazał iż zaszły przesłanki do wykluczenia Odwołującego i Przystępującego Grafkarton na tej podstawie. W szczególności Izba pozytywnie ocenia podjętą przez Zamawiającego czynność wezwania obu wykonawców pismem z 6 czerwca 2023 r. do złożenia wyjaśnień co do ziszczenia się podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Izby był to przejaw należytej staranności ze strony Zamawiającego, natomiast wykonawcy otrzymali szansę wyjaśnienia powstałych u Zamawiającego wątpliwości. Jednocześnie zdaniem Izby Zamawiający w uzasadnieniu decyzji z 22 czerwca 2023 r. o wykluczeniu Odwołującego i Przystępującego Grafkarton wykazał, że zaistniały wiarygodne przesłanki do uznania, że wystąpiła podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Z uwagi na to, że niedozwolone porozumienie, a także zmowa mogą przybrać różną postać, także nieformalną, nie sposób wymagać od Zamawiającego, że będzie on dysponować dowodami potwierdzającymi zmowę. Z tego powodu przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do *„wiarygodnych przesłanek”*. Przesłanki te będą natomiast wynikać z okoliczności danej sprawy i ma to miejsce w tym postępowaniu.

Przechodząc natomiast do oceny czynności Zamawiającego w zakresie w jakim odnosi się ona do naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w ocenie Izby czynność ta również była prawidłowa. Niewątpliwie wyjaśnienia złożone pismem z 14 czerwca 2023 r. miały służyć ocenie, czy zachodzi wobec wykonawców podstawa wykluczenia wskazana

w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Sam Odwołujący przyznał, że nie kwestionuje ustalonych powiązań między Odwołującym a Przystępującym Grafkarton ale podkreślił, że nie są to powiązania bezpośrednie. Ze stwierdzeniem tym można się zgodzić, jednak trzeba pamiętać że w treści pisma padło stwierdzenie o braku jakichkolwiek powiązań, a nie tylko powiązań o charakterze bezpośrednim. Sam Zamawiający zresztą nie zarzuca wykonawcom takich powiązań, jednak nie sposób nie dostrzec, że przez udział w projekcie jakim jest Centrum Usług Wspólnych Poligrafii spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gdzie Odwołujący i Przystępujący mają swoje udziały w równej wysokości, działalność obu podmiotów *„przecina się”* na innym wspólnym polu i przyświeca im jakiś wspólny cel gospodarczy. W ocenie Izby, wykonawca działający z należytą starannością, nie pominął by takiej okoliczności w treści swoich wyjaśnień lecz przyznał by ją i podjął próbę wyjaśnienia, że okoliczność ta nie przełożyła się na to postępowanie o udzielenie zamówienia. Niemniej jednak istnieje podejrzenie, że taka wspólna działalność na innym polu mogła nie być bez znaczenia w kwestii doboru podwykonawcy, w szczególności wobec kategorycznego stwierdzenia Odwołującego o tym, że bez Przystępującego Grafkarton nie byłby on w stanie zrealizować zamówienia. O ile Izba daje wiarę wyjaśnieniom, że Odwołujący nie dysponuje odpowiednią maszyną zapewniającą możliwość oprawy książeczki kartonikowej, o tyle nie sposób nie zauważyć, że nie został przez Odwołującego przedstawiony żaden dowód, iż podjął on próbę znalezienia innego podwykonawcy jednak zakończyła się ona niepowodzeniem.

Odnosząc się natomiast do podkreślanego wielokrotnie przez Odwołującego twierdzenia o tym, że udostępnianie zasobów jest w świetle ustawy Pzp dozwolone, Izba wyjaśnia, że co do zasady twierdzenie to jest prawdziwe, jednak w zależności od okoliczności danego stanu faktycznego można uznać, że wykonawcy wykorzystując legalne narzędzia osiągają skutek w postaci naruszenia przepisów i tak było w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy.

Reasumując, w okolicznościach tej sprawy, Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania czynności Zamawiającego podjętej pismem z 22 czerwca 2023 r. wobec Odwołującego i wobec zgłaszającego Przystąpienie Grafkarton.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..…