

WYROK
z dnia 7 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2023 r. przez wykonawcę:

SHADOK AV P. sp. k. z siedzibą w Zabrze

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Katowice, w którego imieniu działają Katowickie Inwestycje S.A z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zawarcie umowy ramowej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego w ten sposób, że zalicza w ich poczet uiszczoną przez odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Miasto Katowice, w którego imieniu działają Katowickie Inwestycje S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej również: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 t.j. z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) zamówienie publiczne na zawarcie umowy ramowej w przedmiocie świadczenia usług wykonywania przeglądów i czynności serwisowych instalacji, systemów oraz urządzeń zainstalowanych w Międzynarodowym Centrum Kongresowym w Katowicach w branży telekomunikacyjnej i informatycznej (IT i AV) - część III w ramach zadania pn.: „Zapewnienie prawidłowego funkcjonowania MCK” ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2023/S 156-499276 (dalej również: Postępowanie).

W dniu 24 listopada 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania wykonawcy SHADOK AV P. sp. k. z siedzibą w Zabrze (dalej również: „Odwołujący” lub „SHADOK”) od czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty SHADOK oraz w konsekwencji unieważnienia Postępowania z dnia 14 listopada 2023r.

W dniu 30 listopada 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia Wizja Multimedia sp. z o.o. w Piasecznie oraz SAT-SYSTEM sp. z o.o. Łomiankach.

Izba ustaliła, że pismami z 14 listopada 2023 roku przesłanymi elektronicznie Zamawiający poinformował Odwołującego oraz wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia Wizja Multimedia sp. z o.o. w Piasecznie oraz SAT-SYSTEM sp. z o.o. Łomiankach o wykluczeniu i odrzuceniu ich ofert na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, a także z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp oraz w konsekwencji odrzucenia wszystkich złożonych ofert o unieważnieniu Postępowania w oparciu o art. 255 pkt 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, a także z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego polegających na

1. bezzasadnym wykluczeniu Odwołującego, a w konsekwencji odrzuceniu jego oferty z Postępowania z uwagi na rzekome zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji mimo, iż SHADOK złożył ofertę

samodzielnie, korzystając z zasobu podmiotu trzeciego, bez którego nie byłby w stanie spełnić warunku uczestnictwa i złożyć w ogóle oferty. Odwołujący nie zawierał żadnych porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji w ramach przetargu i nie miał wiedzy, iż Sat-System sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach (dalej również „SAT- System”) złoży samodzielnie ofertę w ramach tego samego Postępowania;

2. bezpodstawnym odrzucenie oferty SHADOK z Postępowania w sytuacji, gdy została ona złożona przez Wykonawcę, który nawiązał współpracę z Sat-System sp. z o.o. w oparciu o instytucję przewidzianą w art. 118 ust 1 Pzp jedynie w celu spełniania warunku udziału w Postępowaniu i złożenia przez SHADOK oferty, nie zaś w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający dzięki temu zyskał dwie oferty, a nie jedną, co wpłynęło na zwiększenie konkurencyjności w Postępowaniu. Co więcej zawarcie samych umów ramowych nie rodzi po stronie Zamawiającego żadnych faktycznych zobowiązań.

3. błędnym unieważnieniu Postępowania pomimo, iż SHADOK nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, w efekcie nie są spełnione przesłanki do unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 108 ust 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp - poprzez błędne uznanie, iż SHADOK podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu z uwagi na zawarcie niedozwolonego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu w sytuacji, gdy:

a) SHADOK nie spełniał warunku udziału w Postępowaniu stąd też, aby móc złożyć ofertę, zmuszony był bazować na zasobach innych podmiotów;

b) Wykonawca próbował nawiązać współpracę z innymi firmami w celu spełniania warunku udziału w postępowaniu, jednak w tak krótkim czasie finalnie udało mu się pozyskać ofertę jedynie od SAT-System, niemniej SHADOK zależy na realizacji zamówienia w możliwie najniższej cenie, stąd też oczywistym jest, iż w przypadku pozyskania korzystniejszej oferty podwykonawcy, po prostu zmieni podmiot trzeci;

c) SHADOK przygotował ofertę samodzielnie, o czym świadczy sposób przygotowania oferty (np. w zakresie kryterium oceny ofert) oraz różnice cenowe ofert (zadanie 1 - 332.000 zł oraz zadanie 2 - 30.750 zł), przy czym Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do przedstawienia sposobu wyliczenia oferty;

d) złożenie oferty przez SHADOK zwiększyło konkurencyjność w postępowaniu, w przypadku nieskorzystania z zasobów innych podmiotów Odwołujący w ogóle nie złożyłby oferty w Postępowaniu (pierwszy raz postępowanie obejmowało ofertę AV i IT), a Zamawiający otrzymałby tylko jedną ofertę konsorcjum;

e) SHADOK nie ma żadnego wpływu na ukształtowanie oferty konsorcjum;

f) Odwołujący nie miał świadomości, iż podmiot trzeci SAT- System, złoży konkurencyjną ofertę jako członek konsorcjum w tym samym Postępowaniu, zaś oczekiwanie przedstawienia na tą okoliczność dowodu jest niezgodne z doświadczeniem życiowym i logiką;

g) zgodnie z zasadami logiki z okoliczności nawiązania przez SHADOK współpracy z Sat-System, w wyniku której finalnie ustalono, iż SHADOK złoży ofertę bazując na zasobach Sat-System, który będzie jednocześnie jego podwykonawcą, nie da się wywieść wniosku, iż SHADOK winien przewidzieć, iż Sat-System planuje złożenie oferty w przetargu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż oferta SHADOK została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy:

a) skorzystanie z zasobów Sat-System miało na celu przede wszystkim spełnienie warunku udziału w Postępowaniu i umożliwienie SHADOK złożenia oferty, co jest zgodnie z art. 118 pzp oraz postanowieniami SWZ które nie zastrzegają obowiązku osobistej realizacji zamówienia

b) dzięki udzieleniu zasobów podmiotu trzeciego SHADOK złożył ofertę w Postępowaniu, co zwiększyło konkurencyjność w Postępowaniu, w przeciwnym razie Zamawiający otrzymałby tylko jedną ofertę - konsorcjum, a SHADOK w ogóle zrezygnowałby z uczestnictwa w przetargu;

c) SHADOK może w każdej chwili zmienić podmiot trzeci zgodnie z dyspozycją art. 122 pzp na etapie przetargu lub realizacji umowy, zwłaszcza iż zależy mu na realizacji usługi i oferowaniu jka najbardziej konkurencyjnych cen, a w tak krótkim czasie mimo poszukiwań, nie udało mu się znaleźć innej firmy na zasobach której mógł złożyć ofertę;

d) zawarcie umowy ramowej nie rodzi po stronie Zamawiającego obowiązku powierzenia konkretnemu wykonawcy świadczenia usługi (§1 ust 5 umowy), a zaś wykonawcy związani się maksymalnymi cenami jednostkowymi realizacji usługi, w efekcie po stronie Zamawiającego nie zachodzi możliwość zagrożenia lub naruszenia interesu Zamawiającego czy możliwość jakiegokolwiek wymuszenia na Zamawiającym wyboru danego kontrahenta, brak tu również czynu niezgodnego z prawem czy dobrymi obyczajami;

3. art. 255 pkt 2 pzp poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu w sytuacji, gdy SHADOK nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu co oznacza, iż nie zachodzą przesłanki do zastosowania art. 225 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania; unieważnienie czynności wykluczenia SHADOK i odrzucenia jego oferty; powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, wskazywał na brak przedstawienia dowodów i wystarczających

wyjaśnień na etapie Postępowania.

Odwolujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów składających się na dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, oferty SHADOK oraz oferty konsorcjum Wizja Multimedia sp. z o.o. w Piasecznie oraz SAT-SYSTEM sp. z o.o. Łomiankach (dalej również konsorcjum), wezwał do wyjaśnień Odwołującego oraz konsorcjum, wyjaśnień Odwołującego oraz konsorcjum, decyzji Zamawiającego o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ich ofert oraz unieważnienie Postępowania a także ze złożonych dokumentów w postaci:

- oświadczenia Alto Computers sp. j. z dnia 1 grudnia 2023 r. wskazujące na to, że Odwołujący zwracał się do tej spółki w celu podjęcia współpracy w Postępowaniu i spełnienie warunku w ramach postępowania wraz z print screenem ze strony internetowej wskazującym na zakres działalności tego podmiotu obejmujący usługi informatyczne;

- email z 6 września 2023r. Odwołującego od dyrektora handlowego firmy Urkom Systemy Teleinformatyczne wskazujący na wolę nawiązania współpracy w zakresie spełnienia warunku i udziału w realizacji zamówienia w Postępowaniu wraz z print screenem ze strony internetowej Urkom wskazującym na zakres działalności tego podmiotu obejmujący usługi informatyczne;

- oferty od Trecom Spółka Akcyjna sp. k. pozyskanej przez Odwołującego po terminie składania ofert w Postępowaniu ważną do 8 grudnia 2023r. wskazującą na możliwość realizacji przez tę spółkę zakresu usług powierzonych SAT-System w ramach Postępowania za cenę zbliżoną do ceny SAT-System tj. za koszt przeglądu (1 kwartał) 69 000 zł netto, co daje roczną wartość kontraktu 276 000 netto i będącą jednocześnie ceną rynkową.

Odwolujący wnosił również o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka Pana B.K. pracownika Odwołującego, który był osobą uczestniczącą w rozmowach z Sat-System, na okoliczność celu nawiązania współpracy z Sat-System, niebędącej i niewiążącej się z zakłóceniem konkurencji, rynkowości oferty Sat-System i Odwołującego, przebiegu dotychczasowej współpracy z Sat-System, braku wiedzy o planach złożenia oferty przez Sat-System w ramach Postępowania oraz samodzielnego złożenia oferty przez ten podmiot.

Izba dopuściła i przeprowadziła wnioskowane dowody.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwolanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu (10 dni) przewidzianego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 24 listopada 2023 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 i 3 pzp. Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia Wizja Multimedia sp. z o.o. w Piasecznie oraz SAT-SYSTEM sp. z o.o. Łomiankach nie skorzystali z ustawowego środka zaskarżenia a zgłoszenie przystąpienia dokonane zostało po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

W zakresie przystąpienia Izba stwierdza, że zgodnie z art. 525 Pzp zgłoszenie przystąpienia przysługuje wykonawcy posiadającemu interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Warunkiem skorzystania z ochrony prawnej przewidzianej Pzp dla zgłaszającego przystąpienie jest więc posiadanie statusu wykonawcy i legitymacji do wniesienia środka. Zgodnie z art. 7 pkt 30 Pzp, przez wykonawcę należy „rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą 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”. Status wykonawcy, co jest bezdyskusyjne, przysługiwać będzie podmiotowi, który ubiega się o udzielenie zamówienia, a więc złożył ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zakres podmiotów legitymowanych do wnoszenia przystąpienia winien uwzględniać dynamiczny charakter definicji wykonawcy zawartej w art. 7 pkt 30 Ustawy. Stąd na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przymiot wykonawcy będzie przysługiwał różnym grupom podmiotów, np. ci z wykonawców, którzy nie złożyli ofert, po upływie terminu składania ofert nie będą już wykonawcami. Podobnie wykonawca, który został wykluczony z przetargu ograniczonego (na etapie rozpatrywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), nie ma przymiotu wykonawcy w trakcie oceny ofert". (J. Jerzykowski [w:] Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505-590 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 528). W przedmiotowej sprawie ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia wykonawcy Wizja Multimedia sp. z o.o. w Piasecznie oraz SAT-SYSTEM sp. z o.o. Łomiankach zostali wykluczeni i ich oferta odrzucona, nie złożyli odwołania od wymienionych czynności a termin do złożenia środka zaskarżenia upłynął bezskutecznie przed zgłoszeniem przystąpienia. Wobec niezłożenia środka zaskarżenia wraz z upływem terminu na dokonanie rzeczonyj czynności wykonawcy świadomie i dobrowolnie zrezygnowali z dalszego udziału w postępowaniu i w konsekwencji utracili status wykonawcy i wiążące się z nim prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym zgłoszenia przystąpienia. Stąd Izba uznając zgłoszenie przystąpienia za bezskuteczne odmówiła Wizja Multimedia sp. z o.o. w Piasecznie i SAT-SYSTEM sp. z o.o. Łomiankach prawa udziału w postępowaniu odwoławczym.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że zarzuty w całości potwierdziły się i uwzględniła odwołanie, co skutkuje koniecznością unieważnienia przez Zamawiającego czynności

unieważnienia Postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego wraz z poprzedzającym ją wykluczeniem oraz ponownego dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty SHADOK.

Izba stwierdza, że stan faktyczny pomiędzy stronami był niesporny poza kwestią oceny okoliczności ustalonych przez Zamawiającego jako dających podstawę do uznania za wiarygodne wypełnienia się przesłanek wykluczenia i odrzucenia oferty SHADOK

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Strony a także uwzględniła stanowiska stron.

Izba w oparciu o SWZ, wyjaśnienia oraz spójne oświadczenia Stron ustaliła, że:

- 1) przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług wykonywania przeglądów i czynności serwisowych instalacji, systemów oraz urządzeń zainstalowanych w Międzynarodowym Centrum Kongresowym w Katowicach w branży telekomunikacyjnej i informatycznej (IT i AV), w ramach umowy ramowej;
- 2) Zamawiający wcześniej nie łączył zamówień na przeglądy i serwis instalacji AV z IT;
- 3) Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistej realizacji zamówienia przez wykonawcę, dopuszczając tym samym możliwość korzystania z zasobów innych podmiotów (SWZ, Rozdział I, pkt 2 ppkt 5 i 6, s. 3-4); projekt umowy ramowej przewiduje, że usługi mogą lecz nie muszą być zlecane wykonawcom;
- 4) Warunkiem uczestnictwa w przetargu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej przewidzianym w SWZ, Rozdział II, pkt 8 ppkt 4, s. 11-12 było: „wykonanie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi polegające na wykonaniu przeglądów i czynności serwisowych, z których każda z nich obejmowała wykonanie w obiekcie o kubaturze nie mniejszej niż 50 000 m³ co najmniej jednego przeglądu w zakresie branży telekomunikacyjnej i informatycznej (IT i AV)” oraz że wykonawca „dysponuje lub będzie dysponować minimum jedną osobą, posiadającą doświadczenie zawodowe polegające na wykonaniu min. jednego przeglądu w obiekcie o kubaturze min. 50.000 m³ w zakresie w branży telekomunikacyjnej i informatycznej (IT i AV)”.

Izba w oparciu o oferty wraz z załącznikami złożone w ramach Postępowania, wezwania do wyjaśnień, wyjaśnienia, decyzje o odrzuceniu ofert oraz spójne oświadczenia Stron ustaliła, że:

1. W Postępowaniu wpłynęły oferty dwóch wykonawców: a) oferta SHADOK, z ceną ofertową 28.036 zł brutto (zadanie 1) oraz 553.500 zł brutto (zadanie 2); Zadanie 1 w całości realizowane ma być przez podwykonawcę SAT – System, na którego zasobach w zakresie warunków udziału w Postępowaniu polega SHADOK (w postaci doświadczenia oraz osób niezbędnych do realizacji umowy, a pomiędzy firmami na etapie realizacji miała zostać zawarta umowa podwykonawcza w zakresie przeglądów i czynności serwisowych urządzeń CISCO (sieci AV) oraz VOiP CISCO), Zadanie 2 w całości realizowane ma być przez SHADOK spełniający warunki udziału w Postępowaniu; b) oferta konsorcjum z ceną ofertową 485.936 zł brutto (zadanie 1) oraz 584.250 zł brutto (zadanie 2); zadanie 1 w całości realizowane ma być przez wykonawcę SAT- System, zadanie 2 w całości realizowane ma być przez drugiego konsorcjanta; każdy z konsorcjantów oświadczył, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu samodzielnie w zakresie swojego zadania;
2. Zamawiający analizując oferty ustalił, że SAT- System, z jednej strony występuje w ofercie SHADOK jako podmiot trzeci udostępniający zasoby i podwykonawca w zakresie przeglądów i czynności serwisowych urządzeń CISCO (sieci AV) oraz VOiP CISCO a z drugiej strony - Sat-Systems złożył w ramach tego samego postępowania ofertę jako członek konsorcjum; z uwagi na występującą w ofertach dwóch wykonawców zbieżność podmiotową (Sat-Systems) i realizację zamówienia w ramach umowy ramowej tylko przez jeden podmiot, Zamawiający wezwał wykonawców do wyjaśnień, mających na celu ustalenie czy doszło do podejrzenia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji; Zamawiający nie precyzował w wezwaniach oczekiwanego zakresu wyjaśnień, w szczególności nie żądał przedstawienia kalkulacji cen ofertowych;
3. Wykonawcy w wyznaczonym terminie złożyli wyjaśnienia wskazując, że: a) SHADOK: skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego miało na celu przede wszystkim spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a zatem zwiększyło konkurencyjność w przetargu (1), oferta SHADOK została przygotowana samodzielnie, na co wskazuje sposób jej przygotowania i zaoferowana cena (ponad 300.000 zł różnicy między ofertami) (2) Wykonawca nie wiedział, że SAT - Systems zamierza złożyć ofertę w tym samym postępowaniu (3); b) SAT-System: udostępniła swoje zasoby SHADOK jedynie celem realizacji części zamówienia objętego postępowaniem przetargowym (1), SAT-Systems nie miała zatem wpływu na to, jaką ostateczną ofertę cenową przedstawi SHADOK, albowiem wycena tej oferty zależała również od ceny pozostałych usług realizowanych w ramach zamówienia, czy to przez SHADOK czy to przez innych podwykonawców; cena usługi zaproponowana SHADOK różniła się od ceny zaproponowanej przez SAT-Systems jako członka konsorcjum, co było spowodowane zdobytym wcześniej doświadczeniem we współpracy, które wpłynęło na zwiększenie oferty cenowej przedstawionej dla SHADOK o koszty dodatkowe (2), Dwie oferty przedstawione w niniejszym postępowaniu zostały ustalone i złożone niezależnie od siebie (3);
4. Zamawiający po przeanalizowaniu wyjaśnień podjął decyzje o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ich ofert a następnie unieważnieniu Postępowania wobec braku ofert; czynności dokonane zostały na podstawie art. art. 255

pkt 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, a także z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp; w uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że uznał, iż pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencyjności, co stanowi podstawę wykluczenia w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp i złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co wypełnia dyspozycje art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp; Zamawiający dla uzasadnienia decyzji wskazał, że: „1. Wykonawcy znali się i współpracowali już w przeszłości, w tym ramach realizacji usług na obiekcie MCK, co zresztą wynika jasno z wyjaśnień złożonych zarówno przez Wykonawcę 1, jak i Wykonawcę 2; 2. Wykonawca 2 miał istotny wpływ na ukształtowanie cen oferty Wykonawcy 1, co jasno potwierdził złożonymi wyjaśnieniami, w których wskazuje wprost, iż zaoferował mu ceny w ramach podwykonawstwa na poziomie wyższym niż ceny jakie zaoferował osobiście jako wykonawca zamówienia, uzasadniając to jednocześnie dotychczasowym doświadczeniem we współpracy z Wykonawcą 1 (bez wskazania czy wykazania jakichkolwiek szczegółów w tym obszarze); 3. Wykonawca 1 w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił w ogóle sposobu wyliczenia złożonej ceny ofertowej, a tym samym nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił, że ofertę przygotowywał samodzielnie i bez jakiegokolwiek współpracy z Wykonawcą 2; 4. Wykonawca 2 w złożonych wyjaśnieniach nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że nie miał wiedzy na temat udziału SAT-SYSTEM Sp. z o.o. w postępowaniu tj. o zamiarze złożenia przez ten podmiot samodzielnie oferty w Postępowaniu; wyjaśnienia w tym obszarze, podobnie jak w zakresie, o którym mowa w punkcie 3) powyżej, ograniczył wyłącznie do oświadczenia własnego; ponadto Zamawiający wziął pod uwagę, że powyższemu oświadczeniu niejako przeczy wyjaśnienie Wykonawcy 2, z którego jasno wynika, że Wykonawca 2 oraz SAT-SYSTEM Sp. z o.o. prowadziły rozmowy na temat „podjęcia współpracy i wspólnego wystartowania w przetargu”, z czego jasno można było wywieść, że SAT-SYSTEM Sp. z o.o. planował złożenie oferty w Postępowaniu; 5. Ze złożonych przez Wykonawcę 1 i Wykonawcę 2 dokumentów wynika jasno, że faktycznym realizatorem istotnego zakresu usług składających się na przedmiot zamówienia, będzie jeden i ten sam podmiot tj. SAT-SYSTEM Sp. z o.o.; Mając na uwadze powyższe ustalenia Zamawiający skonkludował, że stanowi to o naruszeniu przywołanych norm wobec tego, że przedmiot umowy (zadanie 1) realizowany będzie przez wyłącznie jeden podmiot, który kształtować będzie ceny i warunki składanych ofert, co wyklucza konkurencję, a w sprawie wystąpiło porozumienie mające na celu co najmniej zachwianie konkurencji i zmuszanie Zamawiającego do zamawiania usługi u jednego wykonawcy.

Izba w oparciu o wyjaśnienia Odwołującego, oraz zeznania świadka, którym dała wiarę, znajdujące oparcie w treści udzielonych przez wykonawców wyjaśnień oraz złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu dowodów dokumentowych, a także faktu złożenia dwóch ofert ustaliła, że:

1. Ceny realizacji usług zadania 1 z ofert złożonych w ramach Postępowania są cenami rynkowymi - okoliczność ta była także niesporna pomiędzy stronami;
2. Wykonawcy współpracowali wcześniej przy realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego dotyczącego budowy (wraz z instalacjami telekomunikacyjną i informatyczną (IT i AV)), Międzynarodowym Centrum Kongresowym w Katowicach, przy czym SAT – System realizował inwestycję w zakresie instalacji IT a SHADOK w zakresie instalacji AV – okoliczność ta była także niesporna pomiędzy stronami;
3. SHADOK nie spełniał warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zadania 1, SAT – System posiadał doświadczenie w zakresie serwisu instalacji IT, znał infrastrukturę instalacji Zamawiającego i spełniał warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zadania 1 - okoliczność ta była także niesporna pomiędzy stronami;
4. SHADOK podejmował próby znalezienia podwykonawcy dla zadania 1 spełniającego warunki udziału w Postępowaniu na etapie przygotowania oferty zwracając się do szeregu potencjalnych podwykonawców, w tym także SAT - System; zgodnie z przyjętym zwyczajem SHADOK kontaktował się wstępnie telefonicznie; Jedynym podmiotem, spełniającym warunki udziału w Postępowaniu i który wyraził wolę współpracy i udostępnienia zasobów Odwołującemu był SAT- System; pozostali wykonawcy odmówili między innymi ze względu na zakres przedmiotu zamówienia, brak doświadczenia lub kompetencji, zaangażowanie w realizację innych projektów, okres urlopowy;
5. SAT- System zadeklarował wolę podwykonawstwa i wskazał cenę, za jaką zrealizuje zadanie 1 w ramach Postępowania jako podwykonawca SHADOK oraz przekazał SHADOK niezbędne do złożenia oferty dokumenty, których opracowanie leżało po jego stronie;
6. SHADOK zaoferował cenę ofertową dla zadania 1 w kwocie równej zaoferowanej mu wcześniej przez SAT- System;
7. SHADOK nie informował SAT – System o kwocie ofertowej, w tym także dla żadnego z zadań, w szczególności czy zamierza narzucić na cenę SAT- System marżę; SHADOK samodzielnie skalkulował i przygotował ofertę w zakresie ustalenia cen za zadanie 1 i zadanie 2 i samodzielnie bez udziału SAT- System podjął decyzję biznesową o wskazaniu jako ceny dla zadania 1 ceny równej ofercie jaką złożył mu SAT- System; Zysk SHADOK kalkulowany był dla zadania 2 a w odniesieniu do zadania 1, zgodnie ze strategią spółki, SHADOK przewidywał uzyskanie go w następstwie dalszych negocjacji z SAT – System lub ewentualnie pozyskania innego podwykonawcy;
8. SAT – System nie informował SHADOK o zamiarze lub złożeniu oferty w ramach Postępowania ani o zamiarze

realizacji przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w innej konfiguracji poza podwykonawstwem na rzecz SHADOK; o złożeniu oferty przez konsorcjum (w tym SAT- System) i jej treści SHADOK dowiedział się po otwarciu ofert w Postępowaniu;

9.SAT – System z SHADOK nie wiąże relacje poza wcześniejszą współpracą w tym przy realizacji inwestycji na rzecz Zamawiającego, która przebiegała poprawnie, oraz planowaną współpracą w zakresie realizacji Postępowania na podstawie oferty SHADOK;

Izba ustaliła również, co nie było sporne pomiędzy stronami, że SHADOK nie wiązała żadna relacja z drugim wykonawcą konsorcjum.

Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy 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.

Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „aby można stwierdzić, że doszło do istnienia zmywy, 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 zmywy 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 dnia 24 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1529/22). Celem przepisu jest zapewnienie istnienia realnej rywalizacji między wykonawcami postępującymi uczciwie względem siebie i zamawiającego. A podstawą dla uznania zgodnie z przepisem, że doszło do niedozwolonego porozumienia jest wykazanie tego faktu także za pomocą domniemań faktycznych i nawet bez dowodów bezpośrednich. Okoliczności muszą jednak w sposób logiczny pozwalać na ustalenie prawdopodobieństwa zajścia określonej sytuacji. Samo istnienie pewnych okoliczności nie w każdej sytuacji uzasadnia dopuszczalność wykluczenia, dla której konieczna jest ocena całokształtu powiązań oraz zachowań wykonawców. Jednocześnie o ile na etapie postępowania o udzielenie wystarcza stwierdzenie istnienia wiarygodnych przesłanek niedozwolonego porozumienia o tyle w postępowaniu odwoławczym obowiązuje ogólny rozkład ciężaru dowodowego z art. 534 ust. 1 Pzp nakładający na strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z całą pewnością nie jest to równoznaczne ze zwolnieniem zamawiającego z wykazania prawidłowości powziętego przekonania i podjętej decyzji.

Zgodnie z uznk: art. 3 ust 1 i 2 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 (...) utrudnianie dostępu do rynku; art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt. 1 i 2 czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 5) działanie mające na celu wymuszenie u klientów wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy, Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na: 1)

ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy; 2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym.

W niniejszej sprawie uzasadnienie decyzji o wykluczeniu i odrzuceniu oferty SHADOK jest niewystarczające. Powołane w uzasadnieniu okoliczności nie pozwalają na uznanie że doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Nie pozwalają na to również ustalone w ramach postępowania odwoławczego okoliczności faktyczne i materiał dowodowy.

Izba zwraca uwagę na to, że sytuacja zakazu składania dwóch ofert w jednym postępowaniu nie jest zrównana ze złożeniem oferty podwykonawczej i nie jest zakazana na gruncie Ustawy. Izba stwierdza również, że fakt zawarcia umowy ramowej z jednym lub dwoma wykonawcami nie rodzi po stronie Zamawiającego obowiązku zamawiania u żadnego z nich usług. Sam fakt współwystępowania jednego wykonawcy w roli konsorcjanta i podwykonawcy w umowach ramowych nie przesądza o ograniczeniu lub zakłóceniu konkurencji i nie jest sprzeczny z Ustawą ani uznk. Podobnie to, że podwykonawca zna zarówno swoją ofertę jako konsorcjanta i ofertę jako podwykonawcy nie wystarcza dla uprawdopodobnienia wystąpienia zmywy. Powyższe, wobec tego, że żadne dowody ani okoliczności nie wskazują na to, że znał ofertę Odwołującego lub uzgadniał jej treść. O wystąpieniu zmywy i zakłóceniu konkurencji nie przesądza także fakt, że oferta podwykonawcza uwzględniona została w ofercie SHADOK, co jest naturalną konsekwencją udzielenia przez SAT – System zasobów dla SHADOK.

Materiał dowodowy i okoliczności sprawy nie pozwalają na założenie, że Odwołujący miał świadomość, że zostanie złożona oferta przez jego podwykonawcę samodzielnie (jako wykonawca w ramach konsorcjum). Nie wynika to z

żadnego dowodu a zeznania świadka potwierdzają fakt przeciwny.

Izba dała wiarę zeznaniom świadka również, co do nie informowania o sposobie budowania ceny przez Odwołującego jego podwykonawcy, co także przemawia przeciwko założeniu, że mamy do czynienia z porozumieniem zawartym i mającym na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

Okoliczności wskazywane przez Zamawiającego nie stanowią w ocenie Izby dowodów pośrednich istnienia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji ani zмовы uznk. Zmowa przetargowa polega na ustalaniu zasad i warunków uczestnictwa między samodzielnymi przedsiębiorcami, której celem lub skutkiem jest pozyskanie zamówienia przez jednego z nich. Beneficjentem zdobycia zamówienia przez jednego z wykonawców stają się wykonawcy uczestniczący w zмовie, co dzieje się ze szkodą dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Formą zмовы przetargowej są porozumienia wykonawców, których celem jest zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia przez któregośkolwiek z członków porozumienia i podział zysku pomiędzy uczestnikami zмовы np. poprzez dokonywanie płatności tytułem podwykonawstwa lub innych usług (często fikcyjnych). W takiej sytuacji, pomimo, iż oferty składa dwóch niezależnych przedsiębiorców, to oferta jednego z nich ma charakter wyłącznie oferty zabezpieczającej lub jest wyłącznie powieleniem oferty jednego z oferentów, na co nie wskazują okoliczności sprawy.

W niniejszej sprawie, oświadczenia złożone na rozprawie przez Odwołującego jak również zeznania świadka potwierdziły stanowiska zaprezentowane w odwołaniu i jednocześnie, wobec poparcia ich dowodami, skutecznie wykazana została nieprawidłowość stanowiska Zamawiającego, co do istnienia zмовы przetargowej, czyniąc odrzucenie oferty na tej podstawie nieuzasadnionym w świetle Ustawy. Oświadczenia Odwołującego, w zestawieniu z dowodami zgromadzonymi w toku niniejszego postępowania, są spójne i wiarygodne a przedstawiony w nich przebieg wydarzeń zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Ocena podejmowanych przez wykonawcę i podwykonawcę będącego jednocześnie uczestnikiem konsorcjum w toku Postępowania czynności i ich konsekwencje, nie dają w ocenie Izby podstaw do przyjęcia, że doszło do zмовы / niedozwolonego porozumienia ani uwiarygodnienia jej zajścia. Izba podziela stanowisko Odwołującego, co do nieistnienia podstaw do przyjęcia za wiarygodne, że doszło do zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencje. Projekcja rzeczywistości opisana przez Zamawiającego, jako uwiarygadniająca istnienie zмовы, nie pozwala na uznanie jej za prawidłową wobec przedstawionych w toku postępowania Izbie dowodów. W świetle zarówno normy art. 108 ust. 1 pkt. 5, konsekwencji wiążących się wykluczeniem wykonawcy na tej podstawie, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy, a także zasady ciężaru dowodzenia w postępowaniu odwoławczym (art. 534 ust. 1 Ustawy) i stanowiska popartego dowodami Odwołującego, Izba stwierdza, że argumentacja Zamawiającego oparta na stwierdzeniu okoliczności faktycznych i założeniu w oparciu o nie woli działania sprzecznego z Ustawą i uznk są niewystarczające dla przyjęcia, że zakwestionowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego były zgodne z Ustawą.

Stanowisku Zamawiającego o zawarciu przez ww. wykonawców zмовы przetargowej przeczą zarówno oświadczenia wykonawców, którzy mieliby być w nią zaangażowani, jak również przedstawione przez Odwołującego dowody potwierdzające okoliczności towarzyszące przygotowaniu i złożeniu oferty. Jednocześnie brak jest jakichkolwiek innych dowodów potwierdzających cel działania mający zakłócić konkurencję, okoliczności tych nie wskazał Zamawiający.

Nie jest przy tym zasadne kwestionowanie przez Zamawiającego przedłożonych przez Odwołującego dowodów, jako niewykazujących, że do zмовы nie doszło. Co do zasady niemożliwe jest jednoznaczne i niepodważalne wykazanie faktu negatywnego, czyli czegoś czego nie było. Odwołujący przedstawił dowody, z których wynika, że nie zawarł z SXAT – System porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji i nie pozostaje z nim w zмовie.

Tym samym, wobec braku podstaw do uznania za wiarygodne istnienia przesłanek uzasadniających wykluczenie i odrzucenie oferty SHADOK odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Pozostałe zarzuty stanowiły konsekwencję zarzutów podstawowych – niezgodnego z ustawą wykluczenia oraz odrzucenia oferty SHADOK - są z nimi immanentnie związane dzieląc ich los.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1w zw. z § 5 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący

Członkowie:

.....