

Sygn. akt: KIO 873/21

WYROK

z dnia 26 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 maja 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2021 r. przez **wykonawcę S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider) oraz P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

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

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi utrzymania czystości w wybranych lokalizacjach zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i PKP S.A.” Numer postępowania 6060/ILG 7/03981/01545/20/P. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2020 r., za numerem 2020/S 059-142467.

W dniu 18 marca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider) oraz P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą we Wrocławiu (dalej Konsorcjum PUW lub Przystępujący), pomimo że wykonawcy Konsorcjum PUW oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: Megatherm sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Lider) oraz A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe wraz z ANN-POL z siedzibą w Opolu (Partner) – dalej Konsorcjum Megatherm, zawarli ze sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji,
- uznanie wyjaśnień Przystępującego jako potwierdzające brak zawarcia zakazanego porozumienia antykonkurencyjnego, bez dokładnej weryfikacji ofert i innych dokumentów,
- prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem przepisów ustawy pzp,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Konsorcjum PUW nie zawarł z Konsorcjum Megatherm porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a w konsekwencji nie wykluczenie tego Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w związku z art. 26 ust. 3 oraz 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2f, art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp;

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, poprzez uznanie wyjaśnień Konsorcjum jako niepotwierdzające zawarcia zakazanego porozumienia antykonkurencyjnego;

3. art. 7 ust. 1 i 3 oraz 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji wyborze oferty Konsorcjum PUW, jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Megatherm i Konsorcjum PUW, pomimo tego, że wykonawcy ci zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, polegające w szczególności na uzgodnieniu warunków składanych ofert;

4. art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419) [dalej „uznk”] poprzez przyjęcie, iż konsorcjum PUW nie dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub zamawiającego;

5. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798) [dalej „uokik”] poprzez przyjęcie, iż Konsorcjum PUW nie dopuścił się zawarcia zakazanego porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegającego na uzgadnianiu przez przedsiębiorców tj. Konsorcjum PUW i Konsorcjum Megatherm warunków składanych ofert w zakresie ceny;

6. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum PUW wskutek przyjęcia, iż jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

7. art. 24 ust. 1 pkt 17 i 18 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy pzp , poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum PUW i nie odrzucenia ich ofert pomimo tego, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, a w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego o udzielenie zamówienia;

ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) przeprowadzenia ponownej oceny ofert;

3) wykluczenia z postępowania Konsorcjum PUW i odrzucenia ich oferty w związku z tym, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, a ponadto ich oferta została złożona w porozumieniu mającym ograniczyć uczciwą konkurencję;

4) wybór najkorzystniejszej oferty wśród pozostałych oferentów;

5) zasądzeniu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 24aa ust. 1 ustawy pzp, w związku z czym, w pierwszej kolejności dokonano oceny ofert w zakresie braku podstaw do odrzucenia, następnie przeprowadzono aukcję elektroniczną po której zbadano czy Wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu. W niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wraz z Przedsiębiorstwem Usług Wielobranżowych P. Ś. z siedzibą we Wrocławiu;

2. Konsorcjum: Megatherm sp. z o.o. z siedzibą w Opolu wraz z Przedsiębiorstwem Usługowo-Handlowym ANN-POL z siedzibą w Opolu.

W wyniku przeprowadzonej aukcji w dniu 9 września 2020r. pismem nr ILG7c-231-03-148/2020 została uznana jako najkorzystniejsza oferta Konsorcjum Megatherm. Pierwsze trzy oferty najkorzystniejsze otrzymały kolejno:

1. Konsorcjum Megatherm z cen. 2 100 000,00 PLN: 100 pkt.

2. Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z cen. 2 144 250,00 PLN: 98,0395243092 pkt.

3. Konsorcjum PUW z cen. 4 001 997,44 PLN: 54,8501068506 pkt.

Dnia 18 września 2020 r. Konsorcjum PUW złożyło odwołanie w zakresie badanej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Konsorcjum Megatherm oraz Wykonawcy Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Pismem nr ILG7c-231-03-128/2020 z dnia 21 października 2020 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 24, dokonanej pismem nr ILG7c-231-03-105/2020 z dnia 9 września 2020 r. jednocześnie

informując, że przystępuje do ponownego badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr 24. Dnia 9 marca 2021 r. pismem nr. ILG7c-231-03-148/2020 oferta Konsorcjum PUW została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt iż:

- Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. oraz ANN-POL A. Ś. to przedsiębiorcy wykonujący we własnym imieniu działalność gospodarczą na podstawie wpisu do CEiDG;
- Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. (gdzie Prezesem Zarządu i głównym udziałowcem/wspólnikiem jest P. Ś., a wcześniej była A. Ś. (dowód nr 1) oraz Megatherm sp. z o.o. (gdzie Prezesem jest A. Ś., a wcześniej był P. Ś. (dowód nr 2) to spółki działające na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. Obie spółki prowadzone były wcześniej pod jednym adresem ul. Łąkowa 2, Chmielowice. Obecnie są to różne adresy, ale co do miejsca wykonywania działalności gospodarczej i jej przedmiotu różne są od siebie tylko pozornie.

A. Ś. oraz P. Ś. są małżeństwem i oboje złożyli oferty w przedmiotowym przetargu, działając w porozumieniu mającym ograniczyć zasady uczciwej konkurencji. Wzajemne relacje biznesowe pomiędzy małżonkami są szeroko powiązane, na potwierdzenie czego Odwołujący przedłożył dowód nr 3. Złożenie osobnych ofert przez małżeństwo doprowadziło do patologicznej sytuacji, która zakłóciła konkurencyjność niniejszego postępowania. Każde z zadań miało określoną minimalną wartość postąpienia, co znaczyło, że każdy z wykonawców chcąc złożyć niższą propozycję cenową od konkurencji musiał uwzględnić cenę nie wyższą niż o określoną wartość postąpienia. Małżeństwo mając dwie oferty w aukcji mogło manipulować jej wynikami, oraz pozycjonowaniem ofert w rankingu. W postępowaniu przedmiotowym, którego dotyczy odwołanie Zamawiający nabrał podejrzeń co do złożonych przez te firmy ofert z podejrzeniem czynu nieuczciwej konkurencji. Z uwagi na powyższe wezwał konsorcja do udzielenia szczegółowych wyjaśnień. Jak zauważył sam Zamawiający, Konsorcjum PUW „w toku kolejnych postąpień w ramach prowadzonej przez Zamawiającego aukcji elektronicznej oferował i utrzymywał złożoną ofertę jako trzecią w klasyfikacji ofert i jednocześnie na dalszym etapie prowadzonego postępowania podejmuje aktywne działania w celu pozyskania zamówienia, przy jednoczesnej bierności dwóch poprzedzających wykonawców, którzy: a) nie przedłożyli szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, co po unieważnieniu czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej spowodowało konieczność wezwania Wykonawcy do uszczegółowienia przedmiotowych wyjaśnień, b) nie wykazali aktywności w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą, c) nie przystąpili do odwołania z dnia 18 września 2020 r. wniesionego Wykonawcą, w celu obrony swoich ofert przed zarzutami podniesionymi w odwołaniu. P. Ś.

złożył wyjaśnienia, lecz są one ogólnikowe i lakoniczne. Wyjaśniając relacje z A. Ś. opiera się (podobnie jak w ten sam sposób A. Ś. w swoim wyjaśnieniu) na różnych adresach zameldowania (co w żaden sposób nie potwierdza osobnego zamieszkania), różnych adresach prowadzonych działalności (co w przypadku tak imponującej liczby reprezentowanych firm przez każdego z małżonków również nie dziwi), intercyzie oraz tzw. separacji faktycznej. Wyjaśnienia te w żaden sposób nie udowadniają braku działań zmierzających do nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że w polskim prawie nie istnieje pojęcie separacji faktycznej. Nie jest więc prawnie uregulowana. W wyjaśnieniach swoich P. Ś. w żaden sposób nie odnosi się do istniejących powiązań biznesowych w wielu firmach, gdzie osoby małżonków pełnią funkcje w zarządzie lub występują jako prokurent jednocześnie.

Odwołujący podkreślił, iż zaistniałą sytuację uznać należy jako znowę przetargową. Zmowy przetargowe stanowią szczególny typ zakazanego porozumienia antykonkurencyjnego uznawany za szczególnie szkodzący dla konkurencji, konsumentów i płatnika publicznego. Dla uznania znowy przetargowej wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Proceder stosowany przez te przedsiębiorstwa w zakresie zadania nr 24 - dworzec Łódź Fabryczna (gdzie aukcja elektroniczna została wygrana przez konsorcjum której liderem była firma Megatherm sp. z o.o., a Konsorcjum którego pełnomocnikiem była firma Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. uplasowało się na miejscu trzecim), polegający na wzajemnym ustalaniu ofert i działań w ramach przetargu. Po dokonaniu wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. jako lider konsorcjum złożyło odwołanie na wybór Zamawiającego. Odwołanie dotyczyło zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum reprezentowanego przez Megatherm sp. z o.o., jako podlegającej odrzuceniu, oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który zajął miejsce drugie. Zamawiający unieważnił wybór. Jest to jedno z działań, które może być uznane za znowę przetargową — celowe działanie powodujące wycofanie korzystniejszej oferty na korzyść droższej. Dla zamawiającego oznacza to konieczność zawarcia umowy z przedsiębiorcą oferującym wyższą cenę. (dowód nr 4).

Znową przetargową jest porozumienie dwóch lub więcej przedsiębiorców, które ma na celu lub ma skutek wspólne wpłynięcie na rozstrzygnięcie przetargu na korzyść wybranego podmiotu. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że oferty obu Podmiotów zostały sporządzone przez tą samą osobę — T. W. (dowód nr 7) i zapisane na tym samym

komputerze. Trudno więc dać wiarę twierdzeniu, że małżeństwo działa bez porozumienia. Składając uzgodnione oferty, wykonawcy uczestniczący w zмовie wzajemnie znają wszystkie szczegóły swoich ofert przed ich złożeniem.

Odwołujący wskazał ponadto na podobieństwo dokumentów w zakresie złożenia potwierdzenia zapłaty wadium obydwu wykonawców — przelew dokonany z tego samego banku, w tym samym dniu 8 czerwca 2020r. i w niewielkim przedziale czasowym, z tym samym tytułem wpłaty. Odwołujący podniósł, że w danych właściciela rachunku Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych jako adres właściciela wskazano ul. Piotrkowska 9/27 w Opolu, a więc posiadanie adresu siedziby czy meldunku we Wrocławiu w żaden sposób nie potwierdza prowadzenia działalności w innych miastach, jak sugerowali to małżonkowie w swoich wyjaśnieniach. (dowód nr 8a i 8b). Także pełnomocnictwa udzielane w ramach tych osobnych Konsorcjów są co do treści takie same. (dowód nr 6a i 6b). W ramach udzielonych wyjaśnień zarówno P. Ś. jaki i A. Ś. posłużyli się tym samym skanem aktu wydanym Pani A. Ś. jak wynika z jego treści. Prawo ochrony konkurencji zakazuje wspólnego ustalania ofert przez przedsiębiorców startujących w przetargu w celu utrzymania konkurencyjnej równowagi rynkowej. W powyższym przypadku mamy do czynienia z modelem zмовы ofertowej, które polega na składaniu ofert w porozumieniu to znaczy wykonawcy składają w ramach jednego przetargu osobne oferty, jednak wzajemnie znają swoje oferty, walcząc o to, by któraś z nich została uznana jako bardziej korzystna dla Zamawiającego. W ramach takich działań przedsiębiorcy mogą umawiać się celem stworzenia pozorów konkurencyjności postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Powołał się na wyrok KIO z dnia 11 października 2017 r. (sygn. akt: KIO 2025/17) i wskazał, że należy uznać, że z góry zaplanowane działania małżeństwa, z których każde odrębnie prowadzi działalność gospodarczą i prowadzi do składania przez nich ofert pozornie konkurencyjnych, jest w rzeczonym przypadku pozorną konkurencyjnością polegającą na tym, że w toku postępowania podejmowane są czynności, które de facto prowadzą do możliwości wyboru najkorzystniejszej z ofert, która zawiera wyższą cenę. Podkreślenia wymaga, że zмовą mamy też do czynienia bez względu na formę, rodzaj, jak i sposób powstania porozumienia i to nie tylko wtedy, gdy cel porozumienia został osiągnięty, ale również wtedy, gdy porozumienie nie osiągnęło zamierzonego przez strony porozumienia celu.

Odwołujący podniósł, że do uznania, czy mamy do czynienia ze złą przetargową, nie decyduje przypadek czy zbieg okoliczności, ale musi to być celowe i przemyślane działanie zainteresowanych stron porozumienia, którego celem jest uzyskanie korzyści rynkowej. A w tym przypadku ewidentnie mamy z takim działaniem do czynienia. Ponadto w wyjaśnieniach Konsorcjum PUW napisało cyt.: „Pragniemy również wskazać, że w przetargu na „Świadczenie usług utrzymania czystości w wybranych lokalizacjach zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i PKP S.A” w zakresie zadania nr 11 — Opole, spółka Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. wraz ze spółką Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe sp. z o.o. złożyły ofertę. W ramach zadania nr 11 ofertę złożyło również Konsorcjum Megatherm sp. z o.o. i PUH ANNPOL A. Ś. . Zamawiający nie zakwalifikował tych podmiotów jako jednej grupy kapitałowej i nie potraktował takiej sytuacji jako zagrożenia dla uczciwej konkurencji. Wybrał ofertę Konsorcjum firm Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych sp. z o.o. i Dolnośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego sp. z o.o., a następnie podpisał umowę. Wybór oferty i podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z ww. Konsorcjum w zakresie zadania nr 11 oznacza, że brak jest przesłanek wykluczenia jakiegokolwiek podmiotu z niniejszego postępowania.” - Wskazuje to na dużą arogancję i poczucie bezkarności z uwagi na bardzo utrudnioną procedurę dowodową w przypadku zmy. Przedsiębiorstwa uczestniczące w takim procederze bardzo się pilnują, przez co Zamawiającym jest bardzo trudno udowodnić swoje podejrzenia. Niemniej jednak również w tym wypadku doszło do naruszenia, bowiem obydwie oferty cenowe złożone w tym zadaniu również zostały sporządzone w porozumieniu, na co wskazuje ich jeden autor — T. W. . (dowód nr 9).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy czym zarówno według orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyroki z dnia 15 stycznia 2013 r., KIO 2865/12, dnia 3 marca 2014 r., KIO 309/14 i dnia 23 grudnia 2013 r., KIO 2851/13), jak i doktryny należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (w skrócie „uokik”). Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w skrócie „uznk”) stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, generalną, co oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec tego należy brać pod uwagę również art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. W doktrynie i orzecznictwie dotyczącym ochrony konkurencji porozumienie stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik określane jest w skrócie jako tzw. zła przetargowa. W przypadku

zmowy przetargowej, która stanowi jedno z najcięższych naruszeń prawa konkurencji, nie wymaga się, aby porozumienie było wykonane albo odniosło jakiś skutek. Wystarczający jest sam zamiar wpłynięcia przez przedsiębiorców na wynik lub przebieg postępowania, aby zaistniały skoordynowane formy działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji (zob. wyrok Sądu Okręgowego w W. z 27 kwietnia 2011 r., XVII AmA 44/09). Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej.

Nie bez znaczenia jest również fakt, iż już wcześniej dochodziło do stosowania praktyki ograniczającej konkurencję poprzez znowę przetargową pomiędzy małżonkami (dowód nr 5), za co zostali ukarani przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W wyjaśnieniach złożonych dnia 27 listopada 2020 r. Konsorcjum Megatherm oświadczyło w pkt. 2, że nie istniały na etapie poprzedzającym złożenie ofert powiązania kapitałowe lub faktyczne (zarówno występujące pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich) - w szczególności powiązania rodzinne, gospodarcze, organizacyjne pomiędzy osobami wchodzącymi w skład organów zarządzających ww. podmiotem/podmiotami lub osobami mającymi wpływ na zarządzanie ww. podmiotem/podmiotami, a dalej odnośnie relacji z P. Ś. „Nie utrzymujemy ze sobą kontaktów gospodarczych i osobistych.” Również P. Ś. w swoim wyjaśnieniu napisał „nie istnieją powiązania kapitałowe lub faktyczne (zarówno występujące pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich) — w szczególności powiązania rodzinne, gospodarcze, organizacyjne, pomiędzy osobami wchodzącymi w skład organów zarządzających ww. podmiotem/podmiotami lub osobami mającymi wpływ na zarządzanie ww. podmiotami”. Niniejsze stanowi informacje nieprawdziwe i wprowadzające Zamawiającego w błąd. Małżeństwo wspólnie uczestniczy w przetargach publicznych, w różnych konfiguracjach i różnymi firmami (jako osoby wchodzące w skład organów zarządzających ww. podmiotami i osoby mające wpływ na zarządzenie ww. podmiotami — również jednocześnie w ramach jednej firmy), dlatego nie możliwy jest brak między nimi kontaktów osobistych czy gospodarczych. W postępowaniu organizowanym przez ZUS Opole, powyżsi brali udział w ramach konsorcjum firm Megatherm Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. (dowód nr 15). Odwołujący brał udział w postępowaniu organizowanym przez Wrocławskie Mieszkania Sp. z o.o. we Wrocławiu, w którym uczestniczyli również małżonkowie (jako

konsorcjum firm: ANN-POL INWESTYCJE 7-Sp. z o.o. (Prezes Zarządu P. Ś., Prokurent samoistny — A. Ś.), ANN-POL INWESTYCJE 8-Sp. z o.o. (Prezes Zarządu — P. Ś., Prokurent samoistny — A. Ś.), ANN-POL INWESTYCJE 11-Sp. z o.o. (Prezes Zarządu — P. Ś., Prokurent samoistny — A. Ś.), ANN-POL INWESTYCJE 12-Sp. z o.o. (Prezes Zarządu — P. Ś., Prokurent samoistny — A. Ś.), ANN-POL INWESTYCJE 13-Sp. z o.o. (Prezes Zarządu — P. Ś., Prokurent samoistny — A. Ś.), ANN-POL INWESTYCJE 14-Sp. z o.o. (Prezes Zarządu — P. Ś., Prokurent oddzielny A. Ś.), ANN-POL INWESTYCJE 18-Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. (Prezes Zarządu — P. Ś.) - dowód nr 10. Tylko u tego samego Zamawiającego —Wrocławskie Mieszkania Sp. z o.o., również w innych postępowaniach, A. Ś. i P. Ś. działali w ramach współpracy: postępowanie znak: WM/SZP/PN/95/2020/G - małżeństwo wzięło udział wspólnie ubiegając się o zamówienie firmami: MEGA-WAT sp. z o.o., SMGL sp. z o.o. i ANN-POL INWESTYCJE 22 sp. z o.o. ,w których pełnią rolę bądź Prezesa Zarządu, bądź Prokurenta (dowód nr 11), postępowanie znak: WM/SZP/PN/84/2020/S - małżeństwo wzięło udział wspólnie ubiegając się o zamówienie firmami: SMGL-8 Sp. z o.o. ,SMGL-3 Sp. z o.o. i KILO-WAT Sp. z o.o. , w których pełnią rolę bądź Prezesa Zarządu, bądź Prokurenta (dowód nr 12), postępowanie znak: WM/SZP/PN/34/2020/G - małżeństwo wzięło udział wspólnie ubiegając się o zamówienie firmami: ANN-POL INWESTYCJE 3 sp. z o.o., ANN-POL INWESWCJE 8 sp. z o.o. , w których pełnią rolę bądź Prezesa Zarządu, bądź Prokurenta (dowód nr 13), postępowanie znak: WM/SZP/PN/6/2020/G - małżeństwo wzięło udział wspólnie ubiegając się o zamówienie firmami: ANN-POL INWESTYCJE 16 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 14 sp. z o.o., w których pełnią rolę bądź Prezesa Zarządu, bądź Prokurenta (dowód nr 14). Powyższe zaprzecza brakom kontaktów gospodarczych i osobistych między małżonkami. Z uwagi na szeroką działalność powyższych w ramach procedur zamówień publicznych, i z uwagi na jawność tych procedur, zamawiający miał możliwość weryfikacji treści wyjaśnień i dlatego Odwołujący uznał ich sprawdzenie za nierzetelne.

W dniu 8 kwietnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Przystępujący w dniu 20 maja 2021 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, względnie o oddalenie odwołania. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Na rozprawie w dniu 24 maja 2021 r. Odwołujący złożył pismo procesowe w sprawie, w którym odniósł się do twierdzeń zawartych w odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 24 marca 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.).

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 (ustawa z dnia 11 września 2019 r., t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp. Przystępujący podniósł m.in., że termin na wniesienie odwołania powinien być liczony w niniejszym postępowaniu od dnia 7 sierpnia 2020 r., czyli od dnia zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, gdyż od tego dnia Odwołujący uzyskał wiedzę o tym, *„które podmioty zostały wykluczone lub które oferty zostały odrzucone, a które po ocenie zamawiającego spełniły warunki udziału w postępowaniu (nie zostały odrzucone a wykonawcy nie zostali wykluczeni z postępowania).”* W ocenie Przystępującego termin ten upłynął w dniu 17 sierpnia 2020 r.

W myśl art. 91b ust. 1 ustawy pzp: *„Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.”*

Artykuł 24 ust. 12 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.”*

Zgodnie z art. 515 ust. 1 i 3 ustawy pzp: *„Odwołanie wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, (...) 3. Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.”*

Natomiast w myśl art. 96 ust. 3 ustawy pzp: *„Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.”*

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od czynności Zamawiającego w postępowaniu, t. j. od wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 9 marca 2021 r. Jak słusznie wskazał Przystępujący, zgodnie z dyspozycją art. 91b ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobowiązany dokonać oceny ofert pod względem przesłanek odrzucenia przed zaproszeniem do udziału w aukcji. Zauważyć jednak należy, że po pierwsze, Zamawiający po przeprowadzeniu aukcji dokonywał dalszych czynności w postępowaniu, których konsekwencje łącznie stanowiły podstawę wniesionego odwołania. Odwołujący podniósł bowiem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 i 20 ustawy pzp bazując na okolicznościach, które wystąpiły po odbyciu aukcji, jak m.in. sam przebieg aukcji, złożone wyjaśnienia na wezwania Zamawiającego, złożenie przez Przystępującego odwołania, które w powiązaniu z okolicznościami znanymi Odwołującemu wcześniej stanowiły podstawę dla uzasadnienia podniesionych zarzutów. Po drugie, w myśl art. 96 ust. 3 ustawy pzp załączniki do protokołu, a więc m.in. wezwania, wyjaśnienia i inne dokumenty w postępowaniu udostępnia się dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Po otwarciu ofert można zapoznać się wyłącznie z ich treścią, dlatego też Odwołujący wiedzę

o dalszych czynnościach i składanych dokumentach w postępowaniu mógł uzyskać dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Wskazania również wymaga, że Odwołujący podniósł zarzuty, których konsekwencją w przypadku uwzględnienia odwołania byłoby wykluczenie Przystępującego z postępowania. Zgodnie natomiast z treścią art. 24 ust. 12 ustawy pzp zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania, a zatem do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący nie mógł uzyskać pewności co do decyzji Zamawiającego o niewykluczeniu Przystępującego z postępowania. Wszystkie powyższe okoliczności potwierdzają prawidłowość ustalenia terminu na wniesienie przedmiotowego odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czyli od dnia 9 marca 2021 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider) oraz P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Przystępującego i Odwołującego wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 10 czerwca 2020 r. w zadaniu nr 24 oferty złożyło 8 Wykonawców, w tym: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław – Lider; Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. ul.

Joannitów 13, 50-525 Wrocław – Partner (cena ofertowa brutto: 4 491 997,44 zł) oraz Megatherm sp. z o.o. ul. Łączna 2, 45-940 Opole – Lider; Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole – Partner (cena ofertowa brutto: 4 496 187,36 zł). Odwołujący zaoferował cenę brutto: 4 389 206,88 zł, a Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z o.o. cenę brutto: 4 507 222,32 zł.

Wszyscy wymienieni wyżej Wykonawcy złożyli oświadczenia: *„Nie należymy do o tej samej grupy kapitałowej, o której mowa art. 24 ust. 1 pkt 23) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), z wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w przedmiotowym postępowaniu.”*

Z raportu z aukcji elektronicznej z dnia 13 sierpnia 2020 r. wynika m.in. następujący ranking wykonawców:

1. Konsorcjum Megatherm z ceną: 2 100 000,00 PLN: 100 pkt.
2. Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z ceną: 2 144 250,00 PLN: 98,0395243092 pkt.
3. Konsorcjum PUW z ceną: 4 001 997,44 PLN: 54,8501068506 pkt.
4. Odwołujący z ceną: 4 150 000,00 PLN: 48,0722891566 pkt.

W dniu 13 sierpnia 2020 r. Zamawiający wezwał dwóch ww. Wykonawców z pierwszych pozycji do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W dniu 18 sierpnia 2020 r. Konsorcjum Megatherm złożyło wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Natomiast w dniu 18 sierpnia 2020 r. wyjaśnienia złożył Wykonawca Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Dnia 9 września 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Megatherm.

W dniu 21 września 2020 r. odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty złożyło Konsorcjum PUW zarzucając m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp i domagając się odrzucenia ofert: Konsorcjum Megatherm i Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 21 października 2020 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i poinformował o dalszym badaniu i ocenie ofert.

Pismem z dnia 23 listopada 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Megatherm o udzielenie wyjaśnień: *„w zakresie zaistniałych przyczyn lub powodów, w tym okoliczności:*

1) które przyczyniły się do tego, że Wykonawca w toku kolejnych postępień w ramach prowadzonej przez Zamawiającego aukcji elektronicznej oferował i utrzymywał najkorzystniejszą ofertę (a w konsekwencji jego oferta została uznana jako najkorzystniejsza), przy czym na dalszym etapie prowadzonego Postępowania:

a) nie przedłożył szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, co po unieważnieniu czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej spowodowało konieczność wezwania Wykonawcy do uszczegółowienia przedmiotowych wyjaśnień,

b) nie udzielił odpowiedzi w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą oraz wystąpił o zwrot wadium,

c) nie przystąpił do odwołania z dnia 18.09.2020 r. wniesionego przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś., w celu obrony swojej oferty przed zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Czy Wykonawca ocenia takie działania jako zaniechania prowadzące do faktycznej rezygnacji (wycofaniu się „nie wprost”) Wykonawcy z udziału w Postępowaniu, czy też w ocenie Wykonawcy byłoby to nieuzasadnione stwierdzenie?

2) czy pomiędzy wykonawcami uczestniczącymi w przedmiotowym Postępowaniu, tj.: 1) Megatherm sp. z o.o. ul. Łączna 2, 45-940 Opole – Lider, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL, ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole - Partner 2) Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z o.o., ul. Strąkowa 22, 01-100 Warszawa 3) Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, istniały na etapie poprzedzającym złożenie ofert w niniejszym Postępowaniu lub na etapie prowadzonej aukcji elektronicznej lub na dalszym etapie Postępowania nadal istnieją powiązania kapitałowe lub faktyczne (zarówno występujące pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich) – w szczególności powiązania rodzinne, gospodarcze, organizacyjne pomiędzy osobami wchodzącymi w skład organów zarządzających ww. podmiotem/podmiotami lub osobami mającymi wpływ na zarządzanie ww. podmiotem/podmiotami? A jeśli istniały lub istnieją, to czy w ocenie Wykonawcy mogły mieć wpływ na zakłócenie konkurencji w Postępowaniu – a jeśli nie to z powodu jakich okoliczności?

3) czy wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym Postępowaniu, tj.: 1) Megatherm sp. z o.o. ul. Łączna 2, 45-940 Opole – Lider, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL, ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole - Partner 2) Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z

o.o., ul. Strąkowa 22, 01-100 Warszawa 3) Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, współpracowali lub współpracują ze sobą w ramach innych przedsięwzięć gospodarczych – jeśli tak, to jakiego rodzaju jest to współpraca (niezależnie czy występująca pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich)?

4) czy wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym Postępowaniu, tj.: 1) Megatherm sp. z o.o. ul. Łączna 2, 45-940 Opole – Lider, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL, ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole - Partner 2) Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z o.o., ul. Strąkowa 22, 01-100 Warszawa 3) Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, prowadzili (niezależnie czy pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich) ustalenia lub uzgodnienia, względnie koordynowali swoje działania w zakresie wysokości postąpień w toku prowadzonej aukcji lub w zakresie innych warunków składanych ofert i dalszego udziału w Postępowaniu – a jeśli nie to jakie obiektywnie istniejące okoliczności w ocenie Wykonawcy wpływały na to, że podczas kolejnych postąpień w toku aukcji elektronicznej utrzymywana była tożsama kolejność ofert, aż do zamknięcia aukcji?

5) czy w ocenie Wykonawcy – mając przykładowo na względzie Decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr RPZ 5/2017 z dnia 13 września 2017 r. (utrzymaną w mocy Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18) – bierność, względnie brak zainteresowania w uzyskaniu zamówienia przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (lub drugiego Wykonawcy w kolejności), przy jednoczesnej aktywności w podejmowaniu działań przez Wykonawcę sklasyfikowanego na trzeciej pozycji w rankingu, jest sytuacją obiektywnie zrozumiałą i potwierdzającą podejmowanie przez każdego z Wykonawców działań, które miałyby świadczyć, iż pomiędzy wykonawcami istnieje stan skutecznej, niezakłóconej i rzeczywistej konkurencji?”

W dniu 27 listopada 2021 r. Konsorcjum Megatherm złożyło wyjaśnienia raz z załącznikami (skan dowodu osobistego oraz akt notarialny). Izba nie przytacza treści wyjaśnień, gdyż Zamawiający uznał poufność danych osobowych zawartych w wyjaśnieniach i w takim zakresie nie zostały przekazane Odwołującemu.

Pismem z dnia 23 listopada 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, o udzielenie wyjaśnień: „w zakresie zaistniałych przyczyn lub powodów, w tym okoliczności:

1) które przyczyniły się do tego, że Wykonawca w toku kolejnych postępień w ramach prowadzonej przez Zamawiającego aukcji elektronicznej oferował i utrzymywał złożoną ofertę jako drugą w klasyfikacji ofert, przy czym na dalszym etapie prowadzonego Postępowania:

a) nie przedłożył szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, co po unieważnieniu czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej spowodowało konieczność wezwania Wykonawcy do uszczegółowienia przedmiotowych wyjaśnień,

b) nie przedłużył terminu związania ofertą,

c) nie przystąpił do odwołania z dnia 18.09.2020 r. wniesionego przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś., w celu obrony swojej oferty przed zarzutami podniesionymi w odwołaniu;

Czy Wykonawca ocenia takie działania jako zaniechania prowadzące do faktycznej rezygnacji (wycofaniu się „nie wprost”) Wykonawcy z udziału w Postępowaniu, czy też w ocenie Wykonawcy byłoby to nieuzasadnione stwierdzenie? 2) czy pomiędzy wykonawcami uczestniczącymi w przedmiotowym Postępowaniu, tj.: 1) Megatherm sp. z o.o. ul. Łączna 2, 45-940 Opole – Lider, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL, ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole - Partner 2) Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z o.o., ul. Strąkowa 22, 01-100 Warszawa 3) Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, istniały na etapie poprzedzającym złożenie ofert w niniejszym Postępowaniu lub na etapie prowadzonej aukcji elektronicznej lub na dalszym etapie Postępowania nadal istnieją powiązania kapitałowe lub faktyczne (zarówno występujące pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich) – w szczególności powiązania rodzinne, gospodarcze, organizacyjne pomiędzy osobami wchodzącymi w skład organów zarządzających ww. podmiotem/podmiotami lub osobami mającymi wpływ na zarządzanie ww. podmiotem/podmiotami? A jeśli istniały lub istnieją, to czy w ocenie Wykonawcy mogły mieć wpływ na zakłócenie konkurencji w Postępowaniu – a jeśli nie to z powodu jakich okoliczności?

3) czy wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym Postępowaniu, tj.: 1) Megatherm sp. z o.o. ul. Łączna 2, 45-940 Opole – Lider, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL, ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole - Partner 2) Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z

o.o., ul. Strąkowa 22, 01-100 Warszawa 3) Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, współpracowali lub współpracują ze sobą w ramach innych przedsięwzięć gospodarczych – jeśli tak, to jakiego rodzaju jest to współpraca (niezależnie czy występująca pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich)?

4) czy wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym Postępowaniu, tj.: 1) Megatherm sp. z o.o. ul. Łączna 2, 45-940 Opole – Lider, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL, ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole - Partner 2) Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z o.o., ul. Strąkowa 22, 01-100 Warszawa 3) Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, prowadzili (niezależnie czy pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich) ustalenia lub uzgodnienia, względnie koordynowali swoje działania w zakresie wysokości postąpień w toku prowadzonej aukcji lub w zakresie innych warunków składanych ofert i dalszego udziału w Postępowaniu – a jeśli nie to jakie obiektywnie istniejące okoliczności w ocenie Wykonawcy wpływały na to, że podczas kolejnych postąpień w toku aukcji elektronicznej utrzymywana była tożsama kolejność ofert, aż do zamknięcia aukcji elektronicznej?

5) czy w ocenie Wykonawcy bierność, względnie brak zainteresowania w uzyskaniu zamówienia przez Wykonawcę pozostającego na drugiej pozycji w klasyfikacji, przy jednoczesnej aktywności w podejmowaniu działań przez Wykonawcę sklasyfikowanego na trzeciej pozycji w rankingu, jest sytuacją obiektywnie zrozumiałą i potwierdzającą podejmowanie przez każdego z Wykonawców działań, które miałyby świadczyć, iż pomiędzy wykonawcami istnieje stan skutecznej, niezakłóconej i rzeczywistej konkurencji?”

Pismem z dnia 23 listopada 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum PUW o udzielenie wyjaśnień: „w zakresie zaistniałych przyczyn lub powodów, w tym okoliczności:

1) które przyczyniły się do tego, że Wykonawca w toku kolejnych postąpień w ramach prowadzonej przez Zamawiającego aukcji elektronicznej oferował i utrzymywał złożoną ofertę jako trzecią w klasyfikacji ofert i jednocześnie na dalszym etapie prowadzonego Postępowania podejmuje aktywne działania w celu pozyskania zamówienia, przy jednoczesnej bierności dwóch poprzedzających wykonawców, którzy:

a) nie przedłożyli szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, co po unieważnieniu czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej

spowodowało konieczność wezwania Wykonawcy do uszczegółowienia przedmiotowych wyjaśnień,

b) nie wykazali aktywności w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą,

c) nie przystąpili do odwołania z dnia 18.09.2020 r. wniesionego Wykonawcą, w celu obrony swoich ofert przed zarzutami podniesionymi w odwołaniu;

Czy Wykonawca ocenia takie działania pozostałych wykonawców jako zaniechania prowadzące do faktycznej rezygnacji (wycofaniu się „nie wprost”) wykonawców z udziału w Postępowaniu, czy też w ocenie wykonawcy byłoby to nieuzasadnione stwierdzenie? 2) czy pomiędzy wykonawcami uczestniczącymi w przedmiotowym Postępowaniu, tj.: 1) Megatherm sp. z o.o. ul. Łączna 2, 45-940 Opole – Lider, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL, ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole - Partner 2) Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z o.o., ul. Strąkowa 22, 01-100 Warszawa 3) Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, istniały na etapie poprzedzającym złożenie ofert w niniejszym Postępowaniu lub na etapie prowadzonej aukcji elektronicznej lub na dalszym etapie Postępowania nadal istnieją powiązania kapitałowe lub faktyczne (zarówno występujące pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich) – w szczególności powiązania rodzinne, gospodarcze, organizacyjne pomiędzy osobami wchodzącymi w skład organów zarządzających ww. podmiotem/podmiotami lub osobami mającymi wpływ na zarządzanie ww. podmiotem/podmiotami? A jeśli istniały lub istnieją, to czy w ocenie Wykonawcy mogły mieć wpływ na zakłócenie konkurencji w Postępowaniu – a jeśli nie to z powodu jakich okoliczności?

3) czy wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym Postępowaniu, tj.: 1) Megatherm sp. z o.o. ul. Łączna 2, 45-940 Opole – Lider, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL, ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole - Partner 2) Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z o.o., ul. Strąkowa 22, 01-100 Warszawa 3) Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, współpracowali lub współpracują ze sobą w ramach innych przedsięwzięć gospodarczych – jeśli tak, to jakiego rodzaju jest to współpraca (niezależnie czy występująca pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich)?

4) czy wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym Postępowaniu, tj.: 1) Megatherm sp. z o.o. ul. Łączna 2, 45-940 Opole – Lider, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL, ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole - Partner 2) Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z

o.o., ul. Strąkowa 22, 01-100 Warszawa 3) Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. ul. Joannitów 13 50-525 Wrocław, prowadzili (niezależnie czy pomiędzy wszystkimi podmiotami lub tylko pomiędzy niektórymi z nich) ustalenia lub uzgodnienia, względnie koordynowali swoje działania w zakresie wysokości postępiń w toku prowadzonej aukcji lub w zakresie innych warunków składanych ofert i dalszego udziału w Postępowaniu – a jeśli nie to jakie obiektywnie istniejące okoliczności w ocenie Wykonawcy wpływały na to, że podczas kolejnych postępiń w toku aukcji elektronicznej utrzymywana była tożsama kolejność ofert, aż do zamknięcia aukcji elektronicznej?

5) czy w ocenie Wykonawcy – mając przykładowo na względzie Decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr RPZ 5/2017 z dnia 13 września 2017 r. (utrzymaną w mocy Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18) – bierność, względnie brak zainteresowania w uzyskaniu zamówienia przez dwóch wykonawców - wykonawcę pozostającego na drugiej pozycji w klasyfikacji oraz wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - przy jednoczesnej aktywności w podejmowaniu działań przez Wykonawcę sklasyfikowanego na trzeciej pozycji w rankingu, jest sytuacją obiektywnie zrozumiałą i potwierdzającą podejmowanie przez każdego z Wykonawców działań, które miałyby świadczyć, iż pomiędzy wykonawcami istnieje stan skutecznej, niezakłóconej i rzeczywistej konkurencji?”

W dniu 25 listopada 2021 r. Konsorcjum PUW złożyło wyjaśnienia wraz z dowodami (małżeńska umowa majątkowa, zaświadczenie o zameldowaniu, zaświadczenie CEIDG P. Ś., odpis z KRS spółki PUW sp. z o.o. we Wrocławiu). Izba nie przytacza treści wyjaśnień i dowodów, gdyż Zamawiający uznał poufność danych osobowych zawartych w wyjaśnieniach i w takim zakresie nie zostały przekazane Odwołującemu.

W dniu 23 listopada Zamawiający ponownie wezwał Wykonawców: Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Konsorcjum Megatherm do złożenia dalszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie złożył wyjaśnień.

W dniu 26 listopada Konsorcjum Megatherm złożyło ponownie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wskazując jednocześnie na w jego ocenie bezpodstawne działanie Zamawiającego dotyczące unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Megatherm.

Zamawiający w dniu 2 lutego 2021 r. odrzucił ofertę Wykonawcy Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy

pzp, natomiast w dniu 19 lutego 2021 r. ofertę Konsorcjum Megatherm na tej samej podstawie prawnej.

W dniu 9 marca 2021 r. oferta Konsorcjum PUW została wybrana jako najkorzystniejsza.

Z dowodów złożonych przez Odwołującego wynika:

Dowód nr 1: Odpis z KRS z dnia 15 lutego 2021 r., PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG WIELOBRANŻOWYCH SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, 2 stycznia 2015 r. zmiana adresu na: ul. JOANNITÓW, nr 13, lok. ---, miejsc. WROCŁAW, kod 50-525, poczta WROCŁAW, kraj POLSKA, 12 marca 2012 r. wykreślono Oddział, ul. Łąkowa 2, Opole, 20 marca 2013 r. wykreślono wspólnika A. Ś. i wpisano P. Ś. . T. W. jako zastępca Prezesa Zarządu od dnia 5 lipca 2007 r. do dnia 12 grudnia 2007 r., jako prokurent samoistny od dnia 8 września 2011 r. do dnia 2 stycznia 2015 r. P. Ś. Prezes Zarządu od dnia 12 grudnia 2007 r.

Dowód nr 2: Odpis z KRS z dnia 15 lutego 2021 r., MEGATHERM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, do dnia 7 listopada 2017 r. siedziba: ul. ŁĄKOWA, nr 2, lok. ---, miejsc. CHMIELOWICE, kod 46-070, poczta CHMIELOWICE, kraj POLSKA, wspólnik A. Ś. . P. Ś. Prezes Zarządu w latach 24 lutego 2012 r. – 29 lipca 2015 r. T. W. Prezes Zarządu w latach 29 lipca 2015 r. – 11 marca 2020 r. (prokurent w latach 1 września 2015 r. – 29 lipca 2015 r.). Od dnia 11 marca 2020 r. Prezesem Zarządu A. Ś. (prokurent samoistny w latach 7 listopad 2017 r. – 11 marca 2020 r.).

Dowód nr 3: Zrzuty ekranu ze strony: rejestr.io: A. Ś. jako prokurent w firmie ANN-POL INWESTYCJE w latach 2017 – 2019, od dnia 11 marca 2020 r. Prezes Zarządu Megatherm. P. Ś. jako Prezes Zarządu firmy ANN-POL INWESTYCJE w 2018 r. Firmy MEGA WAT, KILO WAT, SMGL: prokurent A. Ś. w 2019 r., a P. Ś. Prezes Zarządu w tych firmach w 2019 r.

Dowód nr 4: Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 21 października 2020 r.

Dowód nr 5: Decyzja nr RPZ 5/2017 z dnia 13 września 2017 r. Prezesa UOKiK Delegatura w Poznaniu stwierdzająca zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję przez Megatherm sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz P. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą we Wrocławiu. Stan faktyczny wskazuje na okoliczności z 2015 r. w postępowaniu prowadzonym przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Poznaniu, w którym brał udział jeszcze jeden podmiot, który został wykluczony z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu (podmiot złożył zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach na datę po

terminie składania ofert, pomimo że posiadał wymagane SIWZ prawidłowe zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, które złożył w innym postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego) i zamówienie uzyskało Konsorcjum firm MEGATHERM i PUW. W sprawie występowało kilka okoliczności: podmiot pośrednio wycofał się z udziału w postępowaniu, poprzez złożenie nieaktualnego na dzień składania ofert zaświadczenia; upoważnił A. Ś., P. Ś. i T. W. (Prezesa Zarządu Megatherm) do obioru nieprawidłowego zaświadczenia w Urzędzie; relacje rodzinne pomiędzy Konsorcjum a innym podmiotem, faktury wystawiane przez inny podmiot spółce Megatherm z realizacji innego przedmiotu zamówienia (stosunki gospodarcze i powiązania finansowe); współpraca przedsiębiorców w ramach przetargów.

Dowody nr 6: Pełnomocnictwa złożone w postępowaniu przez Konsorcjum Megatherm i Konsorcjum PUW zawierają w treści identyczny zakres umocowania. Pełnomocnictwa różnią w pozostałym zakresie.

Dowód nr 7 i 9: z formularzy rzeczowo – cenowych złożonych w zadaniu 11 i 24 przez Konsorcjum PUW oraz Megatherm wynika, że: „zapisane przez T. W.” (informacja wynikająca z właściwości i szczegółów dokumentu).

Dowód nr 8: z potwierdzeń przelewu wadium wynika, że Konsorcjum PUW wpłaciło wadium z tego samego Banku Pekao jak Konsorcjum Megatherm. Tytuł przelewu różni się od siebie treścią, nie jest identyczny.

Dowód nr 10: z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lutego 2021 r. dla zamawiającego Wrocławskie Mieszkania sp. z o.o. wynika, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Odwołującego. W przetargu złożyło ofertę Konsorcjum firm: ANN-POL INWESTYCJE 7 sp. z o.o. oraz PUW sp. z o.o. i ANN-POL INWESTYCJE.

Dowód nr 11: z informacji z otwarcia ofert z dnia 8 stycznia 2021 r. dla zamawiającego Wrocławskie Mieszkania sp. z o.o. wynika, że w przetargu złożyło ofertę Konsorcjum firm: MEGA-WAT sp. z o.o., SMGL sp. z o.o. oraz ANN-POL INWESTYCJE 22 sp. z o.o.

Dowód nr 12: z informacji z otwarcia ofert z dnia 11 stycznia 2021 r. dla zamawiającego Wrocławskie Mieszkania sp. z o.o. wynika, że w przetargu złożyło ofertę Konsorcjum firm: KILO-WAT sp. z o.o., SMGL 8 sp. z o.o. oraz SMGL 3 sp. z o.o.

Dowód nr 13: z informacji z otwarcia ofert z dnia 12 maja 2020 r. dla zamawiającego Wrocławskie Mieszkania sp. z o.o. wynika, że w przetargu złożyło ofertę Konsorcjum firm: ANN-POL INWESTYCJE 3 sp. z o.o. oraz ANN-POL INWESTYCJE 8 sp. z o.o.

Dowód nr 14: z informacji z otwarcia ofert z dnia 17 kwietnia 2020 r. dla zamawiającego Wrocławskie Mieszkania sp. z o.o. wynika, że w przetargu złożyło ofertę Konsorcjum firm: ANN-POL INWESTYCJE 16 sp. z o.o. oraz ANN-POL INWESTYCJE 14 sp. z o.o.

Dowód nr 15: z informacji z otwarcia ofert z dnia 9 marca 2018 r. dla zamawiającego ZUS Opole wynika, że w przetargu złożyło ofertę Konsorcjum firm: Megatherm sp. z o.o., PUH ANN-POL oraz PUW Ś. P. .

Z dowodu dołączonego do pisma procesowego Odwołującego wynika, że PUW sp. z o.o. oraz Megatherm sp. z o.o. sporządzili sprawozdania z działalności zarządu za rok 2019, które formą są do siebie identyczne (układ, czcionka i treść poza danymi danej Spółki).

Artykuł 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp stanowi: *„1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. (...) 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”*

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. d) oraz i) Dyrektywy 2014/24/UE: *„4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: (...) d) jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji; (...) i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.”*

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 17, 18 i 20 ustawy pzp: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; 18) wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia; 20) wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na*

celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”*

Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK: *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”*

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK: *„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.”*

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że dla spełnienia przesłanek z ww. przepisów, konieczna jest ocena zachowania przedsiębiorców na danym rynku polegająca na ustaleniu czy określone zachowania tych podmiotów mogą zostać uznane za „porozumienie” oraz czy mają antykonkurencyjny „cel lub skutek”.

Definiując „porozumienie” doktryna wskazuje, że jest to możliwość przypisania przedsiębiorcom będącymi stronami tego porozumienia minimum wzajemnych kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej. Doktryna uznaje szerokie rozumienie „porozumień”, które obejmuje zakresem także uzgodnienia przedsiębiorców, a więc również takie których antykonkurencyjny „cel” lub „skutek” nie wynika z umów, uchwał czy też innych pisemnych uzgodnień. Co do drugiego z elementów tj. „antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia”, to wskazać należy, że wymienione przesłanki mają charakter alternatywny. W piśmiennictwie podkreśla się, że cel danego zachowania należy określić poprzez obiektywnie ustalony cel samego porozumienia, przy czym ustalenie to powinno nastąpić z uwzględnieniem gospodarczego kontekstu, w jakim zawarte zostało (jest wykonywane) dane porozumienie. Cel porozumienia należy więc badać w oparciu o kryteria obiektywne i w okolicznościach konkretnej sprawy. Podkreślić należy także, że dla objęcia danego porozumienia zakazem z art. 6 UOKiK nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części). Stosowanie tego przepisu

nie jest bowiem zależne od faktu, czy porozumienie zostało tylko zawarte przez przedsiębiorców (ich związki), czy też strony rzeczywiście zrealizowały (lub realizują) je w praktyce. (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 marca 2003 r. XVII Ama 40/02). Dalej wskazać należy, że z art. 6 ust. 1 UOKiK wynika, że zakazem objęte są także porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Bez znaczenia jest brak występowania po stronie przedsiębiorców (subiektywnego) zamiaru ograniczenia konkurencji (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2006 r. XVII Ama 9/05). Oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia. Okoliczność, iż naruszenie przepisów ustawy nastąpiło w sposób niezamierzony przez przedsiębiorców, którzy nie mieli intencji wywoływania skutków antykonkurencyjnych, nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania.

Odnosząc się do porozumienia przetargowego, o którym stanowi art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK to niezbędne jest kumulatywne wystąpienie następujących okoliczności:

- zawarcia niedozwolonego porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (lub przedsiębiorców i organizatora przetargu), którego przedmiot stanowi uzgodnienie w zakresie warunków składanych ofert;
- antykonkurencyjnego charakteru porozumienia;
- braku podstaw do wyłączenia spod zakazu w oparciu o art. 8 ust. 1 UOKiK.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 431/21 z dnia 16 marca 2021 r. zgodnie z którym: *„zmowa przetargowa polega na ustalaniu zasad i warunków uczestnictwa między samodzielnymi przedsiębiorcami, której celem lub skutkiem jest pozyskanie zamówienia przez jednego z nich. W takim przypadku beneficjentem zdobycia zamówienia przez jednego z wykonawców stają się wszyscy wykonawcy uczestniczący w znowie, co dzieje się ze szkoda dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Formą znowy przetargowej są porozumienia wykonawców, których celem jest zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia przez któregośkolwiek z członków porozumienia i podział zysku pomiędzy uczestnikami znowy 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 (cover biding) lub jest wyłącznie powieleniem oferty jednego z oferentów. Jak podkreśla się w piśmiennictwie zakaz porozumień ograniczających konkurencję*

obejmuje swoim zakresem wszelkie formy skoordynowanych zachowań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców, które w sposób celowy prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, co prowadzi do powstania warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji (patrz: Decyzja Prezesa UOKiK z 6.9.2011 r., RKT 2/2011).”

Dla wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego możliwe jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Domniemanie takie pozwala na oparcie ustaleń faktycznych na uznaniu za ustalone faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów, czyli jest w istocie wnioskowaniem, rozumowaniem sądu orzekającego, którego konstrukcja, w odniesieniu do poszczególnych powiązanych ze sobą faktów, na zasadach opisanych w art. 231 KPC, powinna być przedstawiona w uzasadnieniu wyroku w sposób pozwalający skontrolować prawidłowość ustalenia faktów i wynikających z nich wniosków. (tak też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt: III SK 6/06). W sądownictwie powszechnym za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zmowy przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałaby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Istnienie więc zmowy przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z który łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek – o znowie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Następnie zaznaczyć należy, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego

wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Co istotne, ustalenie iż pomiędzy przedsiębiorcami doszło do niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w rozumieniu art. 6 UOKiK może również stanowić podstawę do uznania danego czynu wykonawców jako czynu nieuczciwej konkurencji. Jak podkreśla się w piśmiennictwie ustawy te są bowiem względem siebie komplementarne, zaś stan faktyczny danej sprawy może podlegać ocenie na gruncie obu ustaw.

Przechodząc natomiast do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp to stanowi on sankcję za wszelkie praktyki polegające na porozumieniu się wykonawców, najczęściej w celu manipulacji wynikiem postępowania, chodzi zatem o przypadki porozumień i zmów przetargowych naruszających uczciwą konkurencję. Najczęściej będą to wszystkie działania zmierzające do wyboru oferty jednego z wykonawców pozostających w zmwowie, jednakże możliwe są także porozumienia mające na celu eliminację innego wykonawcy z postępowania. Przepis ten nie obejmuje przypadku wystąpienia porozumienia wykonawcy z zamawiającym, czyli obejmuje tzw. porozumienia horyzontalne, czyli pomiędzy wykonawcami. Przepis nie obejmuje przypadku porozumienia wykonawcy z zamawiającym. Co istotne, wykluczeniu z postępowania podlega każdy uczestnik takiego porozumienia biorący udział w postępowaniu, a nie tylko ten, który może uzyskać zamówienie lub może nieuczciwie doprowadzić do ograniczenia konkurencji. Ponadto, pod uwagę bierze się porozumienie odnoszące się bezpośrednio do prowadzonego postępowania, jak i porozumienia zawarte w innych postępowaniach lub bez wskazywania konkretnego postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy pzp wykluczenie następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Aby zamawiający był uprawniony wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp zgodnie z dyspozycją tego przepisu, będzie zobowiązany dysponować dowodami potwierdzającymi spełnienie przesłanek z ww. przepisu. Zauważyć należy, że odpowiadający polskiemu przepisowi przepis art. 57 ust. 4 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE pozwala zamawiającemu stwierdzić, że doszło do zawarcia porozumienia na podstawie wiarygodnych przesłanek, w tym znaczeniu, że wystarczające jest wnioskowanie z zachowania wykonawców, że pozostają oni w porozumieniu i chcą wpływać na wynik postępowania.

Odnosząc się do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp to podkreślić należy, że podanie nieprawdziwych informacji stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Artykuł 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, czyli niedbalstwo lub lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Zaznaczenia wymaga, że stwierdzenie w art. 24 ust. 1 pkt 17: „istotny wpływ na decyzje zamawiającego” wskazuje na wszystkie decyzje zamawiającego. Co więcej, pkt 17 wprost wskazuje, że złożenie informacji powinno mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a więc chodzi tu o wszelkie decyzje, a nie jedynie wybór oferty najkorzystniejszej. Analizując w tym zakresie przepis art. 57 Dyrektywy nie sposób nie zauważyć, iż stanowi on o wpływie na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia (wyboru najkorzystniejszej oferty), a nie na wszystkie decyzje zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ma za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego. Aby uchylić się od sankcji wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 wykonawca musi wykazać, że nieprawdziwa informacja (wprowadzająca zamawiającego w błąd) została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub, że nieprawdziwa informacja pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt analizowanej sprawy wskazać należy, że dla zakwalifikowania działania Przystępującego oraz Konsorcjum Megatherm jako praktyki

ograniczającej konkurencję przybierającej postać niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w postaci zmywy przetargowej zasadnicze znaczenie ma rozstrzygnięcie czy podmioty te działały w porozumieniu, którego przedmiotem było ustalenie warunków ofert, w tym warunków cenowych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którego celem lub skutkiem było zakłócenie konkurencji. Zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz podniesione przez Strony oraz Uczestnika postępowania okoliczności pozwoliły Izbie na stwierdzenie, że takie porozumienie nie zostało zawarte, a bynajmniej nie zostało wykazane, aby przedstawione przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym domniemania faktyczne, jako zbór faktów i zachowań ww. przedsiębiorców łącznie prowadziły do jednego wniosku – o istnieniu w postępowaniu zmywy przetargowej.

Odnosząc się po kolei do podnoszonych przez Odwołującego twierdzeń i dowodów na wstępie wskazać należy, że opierały się one przede wszystkim na okoliczności, że Prezes Zarządu spółki PUW sp. z o.o. oraz Prezes Zarządu spółki Megatherm sp. z o.o. są małżeństwem oraz z faktu że prowadzą działalność gospodarczą w różnych formach prawnych i działają aktywnie na rynku zamówień publicznych. Przedstawione w postępowaniu odwoławczym dowody stanowią niejako konsekwencję nieprawidłowych wniosków wyprowadzanych przez Odwołującego z ww. okoliczności.

Po pierwsze, złożone przez Odwołującego odpisy z KRS ww. spółek potwierdzają jedynie argumentację przedstawioną przez Przystępującego i Konsorcjum Megatherm w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień. Wynika z nich bowiem, że na dzień składania ofert nie istniały pomiędzy Spółkami powiązania osobowe. P. Ś. nie jest Prezesem Zarządu w spółce Megatherm a A. Ś. nie jest obecnie Prezesem Zarządu w spółce PUW. Zmienione zostały już wcześniej w 2015 r. (PUW) i 2017 r. (Megatherm) adresy prowadzenia działalności. Z odpisów z KRS wynika, że siedziba spółki PUW jest we Wrocławiu, natomiast spółka Megatherm została zarejestrowana z siedzibą w Opolu. Brak jest zatem jakiegokolwiek zależności kapitałowej pomiędzy Spółkami. Jak wynika ze złożonego w postępowaniu aktu notarialnego, małżonkowie ustanowili w 2010 r. rozdzielność majątkową małżeńską. Odnosząc się do dowodu - zrzutu ekranu ze strony internetowej: rejestry.io to wykazują one relacje osobowe pomiędzy spółkami, które nie brały udziału w przedmiotowym postępowaniu. Okoliczność ta nie potwierdza w ocenie Izby zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w tym postępowaniu.

Po drugie, Izba nie podziela również argumentacji mającej na celu wykazanie, że ww. Wykonawcy sporządzili wspólnie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Ze złożonych dowodów, a także po analizie dokumentów składających się na oferty Konsorcjum PUW

i Megatherm nie sposób wyprowadzić takiego wniosku. W pierwszej kolejności Odwołujący wywodził, iż potwierdzeniem uzgodnień w trakcie składania ofert przez Konsorcja jest informacja wynikająca z właściwości plików – formularzy rzeczowo – cenowych złożonych przez ww. Wykonawców w postępowaniu o osobie, która zapisała dokumenty, że w przypadku obu Konsorcjów jest to ta sama osoba Pan T. W. . W ocenie Izby okoliczność ta nie potwierdza wspólnego złożenia oferty. Informacje zawarte w właściwościach pliku są pobierane z danych systemu i komputera, na którym pracuje się na danym dokumencie. Jak wynika z odpisów KRS obu Spółek Pan T. W. był przez długi okres czasu albo Prezesem Zarządu albo zastępcą Prezesa albo prokurentem w PUW sp. z o.o. i Megatherm sp. z o.o. Przystępujący wskazał, że z uwagi na pozostawanie w separacji faktycznej z A. Ś. małżonkowie podzielili się prowadzonymi przez siebie spółkami, dlatego obecnie spółka PUW jest zarejestrowana z siedzibą we Wrocławiu a spółka Megatherm w Opolu. Małżonkowie podzielili również zasoby pozyskane w trakcie prowadzenia wspólnie działalności, takie jak komputery czy samochody. W tym kontekście najbardziej prawdopodobną przyczyną, dlaczego oba pliki wskazują ich zapisanie przez tą samą osobę jest posiadanie przez każdego z małżonków komputerów, na których osoba Pana T. W. została zapamiętana w systemie. Tym samym nie zostało wykazane aby jedyną możliwością wskazania w właściwościach plików tej samej osoby było wspólne przygotowanie oferty na jednym komputerze. Wręcz przeciwnie, dowody – odpisy z KRS oraz argumentacja Przystępującego układają się w logiczną całość prowadzącą do wniosku, że Wykonawcy nie działali w porozumieniu. Podobnie Izba oceniła moc dowodową pozostałych dokumentów, jak tożsamy zakres umocowania zawarty w pełnomocnictwach składanych przez Konsorcja w postępowaniu. Mając na względzie, jak zresztą wywodził Odwołujący, że spółki PUW i Megatherm współpracowały ze sobą w przeszłości, a małżonkowie wspólnie prowadzili założone firmy, kwestią naturalną jest, iż obecnie działają na wypracowanych wspólnie wzorach dokumentów, pomimo że nie prowadzą już razem działalności w ramach tych spółek. Ponadto, pełnomocnictwa w pozostałym zakresie różnią się między sobą szatą graficzną i treścią. Odnośnie potwierdzeń przelewu wadium to po pierwsze, treść wskazana w tytule przelewu nie jest identyczna. Po drugie treść, która musi zawierać się w tytule przelewu została wskazana przez Zamawiającego w pkt XIV 10. SIWZ. Co do adresu wskazanego w potwierdzeniu to również nie przesądza on o prowadzeniu przez PUW sp. z o.o. działalności w Opolu. Zmiana adresu najprawdopodobniej nie została jeszcze zgłoszona w banku. Nie można jednak z tego faktu czynić Przystępującemu zarzutu. Trudno również uznać aby ta okoliczność świadczyła o zawarciu zmywy przetargowej. Zauważyć należy, że numery kont bankowych Spółek są inne, a fakt posiadania kont w tym samym banku stanowi

jedynie konsekwencję wcześniejszego wspólnego prowadzenia działalności. W ten sam sposób Izba ocenia złożone jako dowód sprawozdania finansowe Spółek za 2019 r. oraz twierdzenia odnośnie aktów notarialnych przedłożonych przez spółkę Megatherm oraz PUW na etapie postępowania, że Konsorcjum PUW złożyło egzemplarz wydany na A. Ś. . Zauważyć należy także, że jedna ze Spółek złożyła dokument czarno – biały a druga w kolorze, co oznacza najprawdopodobniej, że jedna z nich dysponuje kopią, a druga oryginałem. Nie dziwi fakt korzystania przez małżonków z wypracowanych wcześniej wzorów czy posiadanych dokumentów. Ponadto, mając na względzie, że na ofertę składało się kilka dokumentów, Izba z urzędu porównała złożone w postępowaniu przez Konsorcja oświadczenia – załącznik nr 9 do SIWZ. Oba dokumenty zostały wypełnione w inny sposób wskazujący na ich samodzielne przygotowanie przez ww. Wykonawców. Ponadto, jak wskazał Przystępujący Spółki prowadzą w dalszym ciągu swoje sprawy w tych samych biurach rachunkowych czy kancelarii prawnej, co również potwierdza podobieństwa w niektórych dokumentach, jak np. pełnomocnictwa.

Na zawarcie porozumienia nie wskazuje również dowód w postaci decyzji UOKiK wydanej m.in. w związku ze zdarzeniami, które miały miejsce w 2015 r. Kwestią bezsporną pomiędzy Stronami i Uczestnikiem Postępowania było, że decyzja ta nie jest jeszcze prawomocna. Jak wynika z jej treści, stan faktyczny sprawy różnił się znacznie od okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy, dlatego też Izba uznała dowód za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia. Nawet jeśli Konsorcja dopuściłyby się zawarcia niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w dalekiej przeszłości (2015 r.) to taka sytuacja nie może mieć automatycznego przełożenia na negatywną ocenę zachowania ww. Wykonawców w każdym kolejnym postępowaniu przetargowym.

Przechodząc do dowodów nr 10 do nr 15 zaznaczyć należy, że sam fakt działania na rynku i podejmowania współpracy przez przedsiębiorców nie oznacza automatycznie, iż nie mogą konkurować ze sobą w różnych postępowaniach. W zależności od wymagań zamawiających w przetargach, przedsiębiorcy są uprawnieni uczestniczyć w postępowaniu w ramach konsorcjum, aby wspólnie spełnić warunki udziału i zrealizować zamówienie, w sytuacji gdy nie posiadają doświadczenia i zasobów, które umożliwiłyby ubieganie się o udzielenie zamówienia samodzielnie. W tym kontekście zachowanie A. Ś. i P. Ś. nie odbiega od działania innych przedsiębiorców na rynku i nie potwierdza, że w tym postępowaniu zawarli porozumienie antykonkurencyjne.

Następnie wskazania wymaga, że wbrew twierdzeniom Odwołującego również przebieg aukcji, jak i całej procedury o udzielenie zamówienia publicznego nie wykazuje, aby

w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji. Izba przeanalizowała Raport z przeprowadzonej aukcji i doszła do przekonania, że zachowania Konsorcjów nie wskazują na zawarcie przez nich porozumienia. Zauważyć należy, że Przystępujący kilka razy z rzędu obniżał cenę swojej oferty pomimo, że utrzymywał trzecią pozycję w rankingu. Mając na względzie, że celem zawartego porozumienia jest najczęściej chęć uzyskania i podziału jak największym zyskiem z uwagi na wybór droższej oferty, to takie działanie Przystępującego byłoby nielogiczne. Ponadto, jeśliby zakładać, iż Konsorcja działając w porozumieniu znali nawzajem ceny, które oferują w wyniku kolejnych postąpień to Przystępujący miałby świadomość, że obniżając nieznacznie cenę nie będzie w stanie zająć drugiej pozycji w rankingu, bowiem kolejna oferta była prawie o połowę niższa (o czym Przystępujący wiedziałby będąc w zмовie, gdyż Konsorcjum Megatherm i Zakłady Usługowe „Centrum Usługa” dokonywali dużej ilości postąpień i Megatherm raz był na pierwszej raz na drugiej pozycji). W ocenie Izby jedyne racjonalne wytłumaczenie zachowania Przystępującego podczas aukcji to takie, że Wykonawca chcąc uzyskać zamówienie obniżał kilka razy nieznacznie cenę (w granicach realnego wykonania zamówienia za oferowaną cenę) licząc, że przelicytuje konkurentów i wygra aukcję. Ponadto, Odwołujący w zasadzie nie wytłumaczył jak w jego ocenie utrzymywanie przez Przystępującego trzeciej pozycji w rankingu przekłada się na wykazanie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Na tym etapie Przystępujący nie mógł zakładać, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone w postępowaniu przez drugiego z Oferentów będą lakoniczne i Zamawiający odrzuci ofertę.

Na zawarcie takiego porozumienia nie wskazuje również przebieg samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający uznał pierwotne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny spółki Megatherm za wystarczające i dokonał wyboru oferty tej spółki jako najkorzystniejszej. Sam fakt złożenia przez Konsorcjum PUW odwołania na tą czynność Zamawiającego nie jest potwierdzeniem realizacji z góry ustalonego planu czy układu, a raczej racjonalnym działaniem przedsiębiorcy, który dąży do uzyskania zamówienia. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownie badał oferty pod względem rażąco niskiej ceny uznając ostatecznie wyjaśnienia Wykonawców z pozycji pierwszej i drugiej rankingu za niewystarczające. Wiele czynników w tym postępowaniu znacznie utrudniałoby jakiegokolwiek zaplanowanie i wykonanie z góry ustalonych działań mających na celu zakłócenie konkurencji. Wykonawcy nie mają bowiem wpływu na decyzje Zamawiającego, a do manipulacji w postaci „wycofania” oferty czy też nie złożenia dokumentów w przedmiotowym postępowaniu nie doszło. Spółka Megatherm odpowiedziała na wszystkie wezwania Zamawiającego. Co więcej, na skutek szczegółowego

wezwania Zamawiającego wyjaśnione zostały wszystkie kwestie i okoliczności, które mogłyby budzić jakiegokolwiek wątpliwości co do rzeczywistego konkurowania w postępowaniu obu Konsorcjów.

Mając na względzie powyższe, w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zostało zawarte porozumienie mając na celu zakłócenie konkurencji. Zbór wszystkich faktów przedstawionych przez Odwołującego oraz zawartych w materiale dowodowym prowadził do wniosku, że sytuacja taka nie miała miejsca, dlatego też Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK oraz naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. Odwołujący wywodził, iż Przystępujący w złożonych na wezwanie wyjaśnieniach wprowadził Zamawiającego w błąd co do niepodejmowania współpracy ze spółką Megatherm. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie stoją w sprzeczności z przedstawionymi przez Odwołującego dowodami. Przesłankę wprowadzenia Zamawiającego w błąd bada się na moment przedstawienia ewentualnych nieprawdziwych informacji. Odwołujący nie wykazał aby na dzień składania wyjaśnień Przystępujący i spółka Megatherm brali wspólnie udział w jakimś postępowaniu przetargowym. Przedstawione dowody dotyczą postępowań z początku roku 2020 r., 2021 r. oraz z roku 2018 r. (postępowanie dla ZUS Opole). W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący opisał relacje rodzinne łączące P. Ś. i A. Ś., a także kwestie związane z prowadzeniem przez nich działalności. Wskazał, że na etapie poprzedzającym złożenie oferty (przy czym nie określił w jakim okresie przed) oraz na dalszym etapie postępowania nie istniały między spółkami powiązania kapitałowe lub faktyczne. Złożone przez Odwołującego dowody nie wykazują aby te twierdzenia były nieprawdziwe. Odwołujący nie przedstawił także dowodu aby w trakcie postępowania podmioty te realizowały wspólnie jakieś przedsięwzięcie biznesowe np. umowę o zamówienie publiczne. Dlatego też, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....