

Sygn. akt: KIO 321/18

**WYROK**  
z dnia 9 marca 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik  
**Członkowie:** Przemysław Dzierzędzki  
Jan Kuzawiński

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Vectra S.A. z siedzibą w Gdyni,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa,**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Supermedia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**
- 2) **Core Net Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawców Supermedia Sp. z o.o. oraz Core Net Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie wyboru oferty Supermedia Sp. z o.o. w częściach: 1, 7, 9, 11, 25, 28, 33, 35, 39, 44, 46, 48, 50, 52, 55, 57, oraz unieważnienie wyboru oferty Core Net Sp. z o.o. w częściach: 2, 8, 10, 12, 26, 29, 34, 36, 40, 45, 47, 49, 51, 53, 56, 58;
  - 1.2. wykluczenie – na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp – wykonawcy Supermedia Sp. z o.o. w częściach: 1, 7, 9, 11, 25, 28, 33, 35, 39, 44, 46, 48, 50, 52, 55, 57, oraz wykonawcy Core Net Sp. z o.o. w częściach: 2, 8, 10, 12, 26, 29, 34, 36, 40, 45, 47, 49, 51, 53, 56, 58;
  - 1.3. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. częściach;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi teletransmisji oraz usługi dostępu do Internetu*.

W dniu 22 lutego 2018 r. wykonawca Vectra S.A. wniósł odwołanie wobec wyboru oferty Supermedia Sp. z o.o. w zakresie części , 5, 6, 7, 9, 11, 15, 25, 27, 28, 30, 31, 33, 35, 39, 41, 44, 46, 48, 50, 52, 54, 55, 57, 61, 63, 65-69, 71, 74-78, 81, 84, 92, 99, 100, 116-118, 121, 122, 148 oraz oferty Core Net Sp. z o.o. w zakresie części 2, 8, 10, 12, 26, 29, 32, 34, 36, 40, 42, 45, 47, 49, 51, 53, 56, 58, 72, zaniechania wykluczenia tych wykonawców z postępowania oraz zaniechania odrzucenia złożonych przez nich ofert. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 20 i 23 w zw. art. 24 ust. 11 i 12, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz z ostrożności – art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 23 w zw. art. 24 ust. 11 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia został podzielony na 149 części, określonych w Załączniku Nr 2 do umowy. Częścią zamówienia zgodnie z SIWZ jest świadczenie usługi w danej lokalizacji, przy czym, w odniesieniu do niektórych Lokalizacji (np. części Zamówienia o Nr 1 i 2 oraz Nr 3 i 4) Zamawiający przewidział zamówienie dwóch usług dla jednej lokalizacji, przy czym każda z tych usług stanowiła odrębną część zamówienia. Z powyższym podziałem, w tym z wyodrębnieniem do dwóch różnych części zamówienia dwóch usług dostarczanych do jednej lokalizacji, korespondowały określone przez Zamawiającego zasady odpowiedzialności wykonawców z tytułu kar umownych za nienależyte wykonanie usług. Zamawiający w Załączniku Nr 6 do umowy przewidział bowiem kary umowne m.in. z tytułu awarii usługi, jednakże ekspozycja na te kary oraz sama wysokość kar z tego tytułu uzależniona została od tego, czy dany wykonawca dostarcza jedną czy dwie usługi do danej lokalizacji. Dla przykładu, w przypadku wystąpienia jednej awarii usługi w danym miesiącu, jeżeli wykonawca dostarczałby wyłącznie jedną usługę w danej lokalizacji, w ogóle nie byłby zobowiązany do zapłaty kary umownej, natomiast jeżeli wykonawca dostarczałby dwie usługi w danej lokalizacji, nawet pojedyncza awaria skutkowałaby naliczeniem temu wykonawcy kary w wysokości 50% miesięcznego wynagrodzenia. Analogiczne zróżnicowanie odpowiedzialności przewidziano w przypadku wystąpienia 4 awarii w danym miesiącu – jeżeli wykonawca dostarczałby wyłącznie jedną usługę w danej lokalizacji, wystąpienie 4 awarii skutkowałoby naliczeniem temu wykonawcy kary umownej w wysokości 75% miesięcznego wynagrodzenia za wykonanie usługi w tej

lokalizacji, natomiast jeżeli wykonawca dostarczałby dwie usługi, 4 awarie w miesiącu skutkowałyby naliczeniem kary w wysokości 300% miesięcznego wynagrodzenia. Analogicznie zróżnicowane zostały kary umowne z tytułu mniejszej niż deklarowana dostępności usługi w danym miesiącu, dla przykładu – jeśli dostępność taka byłaby większa lub równa 98%, lecz mniejsza niż 99%, w przypadku dostarczania jednej usługi dla danej lokalizacji, wykonawca zobowiązany byłby do zapłaty kary umownej w wysokości 35% miesięcznego wynagrodzenia, natomiast w przypadku dostarczania dwóch usług dla danej lokalizacji, wysokość naliczonej temu wykonawcy kary wyniosłaby 100% miesięcznego wynagrodzenia. Zatem wykonywanie dwóch części zamówienia w danej lokalizacji przez jednego wykonawcę bardzo istotnie zwiększało ryzyko odpowiedzialności z tytułu kar umownych, jak i samą wysokość tych kar. Zdaniem Odwołującego powyższe uregulowania miały na celu zapewnienie przez Zamawiającego dywersyfikacji dostawców usług w poszczególnych lokalizacjach (w razie niewłaściwego funkcjonowania jednej usługi dana jednostka Zamawiającego miałaby zapewnioną transmisję danych dzięki drugiej usłudze) oraz zapewnienie zwiększenia odpowiedzialności takiego wykonawcy, który mimo podziału zamówienia dla takiej lokalizacji na dwie części złożyłby ofertę na obie części i zostałby jedynym dostawcą usług.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę na części nr: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36., 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 63, 65, 66, 68, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 100, 101, 102, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 141, 142, 143, 144, 145, 147, 149. Wśród wykonawców konkurujących z Odwołującym o udzielenie Zamówienia znalazły się także spółki Supermedia Sp. z o.o. oraz Core Net Sp. z o.o.. Okolicznością bezsporną jest, że podmioty te należą do jednej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym za grupę kapitałową należy uznać wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Odwołujący powołał się ponadto na treść art. 4 pkt 6 ww. ustawy oraz opisał powiązania występujące między spółkami Supermedia i Core Net.

Odwołujący podniósł, że sam fakt istniejących między spółkami powiązań kapitałowych, mając na względzie w szczególności złożone przez tych wykonawców oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, winien skutkować wykluczeniem ich z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniem ich ofert zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 i art. 89 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego art. 24 ust. 1 pkt 23 stwarza

domniemanie, że ubieganie się przez dwa podmioty należące do jednej grupy kapitałowej o udzielenie jednego zamówienia, nawet jeśli każdy z nich swą ofertą obejmuje inne części zamówienia, zakłóca konkurencyjny przebieg postępowania. Domniemanie takie może zostać wzruszone wyłącznie przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, jeśli wykażą oni, że nie prowadzi to do zakłócenia konkurencji w danym postępowaniu. Tymczasem wykonawcy Supermedia i Core Net nie złożyli żadnych wyjaśnień ani nie wykazali braku wpływu powiązań między nimi na konkurencyjny przebieg postępowania. Już z tej tylko przyczyny, mając na względzie niewypełnienie obowiązku wykazania, że istniejące powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji, wykonawcy winni zostać wykluczeni z postępowania.

Odwołujący podniósł, że powiązania kapitałowe między Supermedia i Core Net nie tylko w sposób potencjalny, ale i jak najbardziej realny, zakłóciły konkurencyjny przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawca Supermedia objął ofertą zdecydowaną większość części zamówienia, natomiast wykonawca Core Net złożył ofertą wyłącznie te części, dla których Zamawiający przewidział świadczenie dwóch odrębnych usług dla jednej lokalizacji (w taki sposób, że ofertę na jedną z takich części dla danej lokalizacji złożyła spółka Supermedia, na drugą zaś spółka Core Net). Core Net nie złożył zaś oferty dla żadnej spośród tych części, dla których Zamawiający przewidział świadczenie jednej usługi w jednej lokalizacji, w takim przypadku oferta złożona została przez Supermedia. Zamawiający wyodrębnił 27 lokalizacji, dla których zamawiane były dwie odrębne usługi (łącznie zatem 54 części zamówienia). W odniesieniu do 26 takich lokalizacji ofertę na jedną z usług złożyła spółka Supermedia, natomiast ofertę na drugą z usług – spółka Core Net. W ocenie Odwołującego powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje na zamierzony, antykonkurencyjny cel podziału części, na które ww. spółki złożyły oferty i dowodzi, że wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Mając bowiem na względzie, że zamówienie zostało podzielone aż na 149 części, zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego niemożliwym jest, aby wykonawcy ci – w braku porozumień między sobą – uniknęli objęcia złożonymi przez siebie ofertami tych samych części zamówienia. Fakt, że Core Net złożył ofertę w taki sposób i w takim zakresie, aby była ona komplementarna względem oferty Supermedia, tj. obejmowała wyłącznie drugą z usług, jaka miała być świadczona w danej lokalizacji, bezspornie potwierdza porozumienie tych wykonawców, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Powyższe staje się tym bardziej oczywiste, że ofertę w imieniu obydwu wykonawców złożyła ta sama osoba (Piotr Cichocki jako Prezes Zarządu Supermedia i jako członek Zarządu Core Net).

Zdaniem Odwołującego, dzięki złożeniu przez dwa podmioty z grupy kapitałowej ofert obejmujących odrębne części zamówienia wybrane przez tych wykonawców w sposób

opisany powyżej, wykonawcy zakłócili konkurencyjny przebieg postępowania i osiągnęli korzyść względem pozostałych oferentów. Gdyby bowiem ofertę na wykonanie zamówienia złożył wyłącznie jeden z tych wykonawców, obejmując jej zakresem te wszystkie części zamówienia, to wówczas znacząco wzrosłoby ryzyko ekspozycji tego wykonawcy na odpowiedzialność z tytułu kar umownych, jak i wysokość ewentualnych kar. Współudział dwóch podmiotów z grupy kapitałowej w postępowaniu pozwolił więc tym podmiotom uniknąć obowiązku zapłaty istotnie wyższej lub zwielokrotnionej kary umownej.

Odwołujący podkreślił, że złożenie przez dwa podmioty z grupy kapitałowej Supermedia Holding S.A. odrębnych ofert częściowych wpłynęło też na wynik postępowania. W odniesieniu do usług transmisji danych i dostępu do Internetu, z uwagi na ich charakter, trudno jest bowiem zagwarantować ich absolutnie bezawaryjne funkcjonowanie oraz ciągłe i nieprzerwane utrzymanie deklarowanych parametrów, tym bardziej, że w ramach zamówienia wykonawca będzie integrował elementy własnych dostaw z elementami systemu należącego do Zamawiającego (np. wkładki optyczne). Stąd też wykonawcy działający w branży teletechnicznej i telekomunikacyjnej muszą ze szczególną uwagą oceniać ryzyko odpowiedzialności z tytułu kar umownych w przypadku awarii lub niedotrzymania deklarowanych parametrów swoich usług, albowiem ryzyko wystąpienia takich zdarzeń jest relatywnie większe niż w innych gałęziach przemysłu. Powyższe oznacza zaś, że ryzyko odpowiedzialności z tytułu kar umownych, a także sama wysokość tych kar musi zostać każdorazowo uwzględniona w cenie ofertowej, stanowiąc jeden z istotnych elementów takiej wyceny. W tym stanie rzeczy niemożliwe jest zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy dwoma oferentami, z których jeden w przypadku wystąpienia pojedynczej awarii w danym miesiącu nie ponosiłby żadnej odpowiedzialności odszkodowawczej, drugi zaś zobowiązany byłby do zapłaty kary umownej w wysokości 50% procent wynagrodzenia. Antykonkurencyjny skutek złożenia przez dwa podmioty z grupy kapitałowej odrębnych ofert częściowych na wykonanie Zamówienia staje się tym bardziej doniosły wraz ze wzrostem ilości ewentualnych awarii, dzięki złożeniu ofert częściowych przez dwóch wykonawców z tej grupy, ich odpowiedzialność względem Zamawiającego z tytułu kar umownych byłaby bowiem aż o 400% mniejsza w porównaniu do innych wykonawców, którzy złożyli samodzielne oferty na świadczenie dwóch usług w danej lokalizacji.

Zdaniem Odwołującego wykonawcy Supermedia i Core Net winni zostać wykluczeni z postępowania nie tylko w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 24, ale także art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, gdyż oczywistym jest, że porozumeli się oni co do podziału części zamówienia, na które oferty złożył każdy z nich, aby uzyskać opisane powyżej korzyści. Jakkolwiek zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dla zastosowania ww. przepisów nie jest wymagane, aby działania dwóch wykonawców należących do jednej grupy

kapitałowej wyczerpywały znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, to zdaniem Odwołującego, co najmniej rozważać można wyczerpanie znamion czynu nieuczciwej konkurencji w tym przypadku. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Porozumienie pomiędzy wykonawcami co do podziału części zamówienia, na które podmioty te złożyły swoje oferty, pozwoliło im nie tylko osiągnąć nieuprawnioną przewagę konkurencyjną względem pozostałych oferentów (naruszenie interesu innego przedsiębiorcy), ale także naruszyło interesy Zamawiającego, pozbawiając go w części i ograniczając wysokość kar umownych, jakie byłyby mu należne w przypadku, gdyby jeden wykonawca wykonywał obie usługi w danej lokalizacji (zagrożenie interesów klienta). Wreszcie o realności zakłócenia przez w/wym. wykonawców konkurencyjnego przebiegu postępowania najlepiej świadczą jego wyniki, gdzie dla istotnej liczby lokalizacji, dla których Zamawiający wyodrębnił dwie części zamówienia, to właśnie Supermedia i Core Net okazały się najkorzystniejsze. Analiza zawiadomienia o wyborze ofert pokazuje wręcz, jak oferty obu wykonawców „przeplatają się” wzajemnie jako najkorzystniejsze.

Odwołujący podniósł, że w przypadku, gdyby Zamawiający właściwie zastosował art. 24 ust. 1 pkt 20 i 23 oraz art. 89 pkt 5 ustawy Pzp, oferta złożona przez Odwołującego winna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza także dla części Zamówienia oznaczonych numerami: 5, 7, 8, 9, 10, 35, 36, 50, 51, 52, 53, 54, 63, 68, 75, 76, 77, 78, 81, 117.

Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący wskazał, że nie można wykluczyć sytuacji, kiedy oferty składane są przez podmioty należące do wspólnej grupy kapitałowej na różne części w danym postępowaniu, jako działania, które może prowadzić do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Także i w takim przypadku może bowiem dojść do zakłócenia konkurencji będącego wynikiem porozumienia podmiotów z grupy kapitałowej. Ponadto ustawodawca nie wymaga do wykazania przesłanki z art. 24 ust 1 pkt 23 ustalenia, że złożenie ofert częściowych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wystarczającym jest wykazanie, że doszło do zakłócenia konkurencji. Dodatkowo analizowana norma odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie wyodrębnionych jego części, Zamawiającemu nie wolno stosować tego przepisu jedynie w obrębie poszczególnych części, zakładając z góry, że nie może dojść do naruszenia konkurencji poprzez złożenie ofert w jednym postępowaniu na różne części zamówienia przez członków tej samej grupy kapitałowej. Odmienna wykładnia zaprzeczałaby bowiem celowości zmiany tego przepisu przez ustawodawcę, którego wyraźną wolą było objęcie badaniem całego postępowania pod kątem zakłóceń konkurencyjności, a nie wyłącznie jednej części

zamówienia. W przypadku, gdy w ramach danego zamówienia dwa podmioty z jednej grupy kapitałowej porozumiewają się między sobą i złożą oferty na odrębne nawet części tegoż zamówienia, to ich obowiązkiem jest wykazanie, iż złożenie ofert częściowych nie narusza konkurencji w postępowaniu. Brak takiego działania ze strony podmiotów należących do jednej grupy kapitałowej nakazuje zaś ich wykluczenie z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy Supermedia i Core Net złożyli oświadczenie o przynależności do jednej grupy kapitałowej, przyznając fakt powiązań między nimi, a jednocześnie w złożonych oświadczeniach w żaden sposób nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie zakłócają konkurencji w postępowaniu. Tym samym, stworzona przez art. 24 ust. 1 pkt 23 w zw. z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp możliwość wykazania przez tych wykonawców braku zakłócenia konkurencji poprzez ich wspólny udział w postępowaniu została przez nich bezpowrotnie utracona – domniemanie wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 23 nie zostało przez tych wykonawców skutecznie wzruszone, wobec czego konieczne stało się ich wykluczenie z postępowania i odrzucenie złożonych przez nich ofert.

Odwołujący wskazał, że z ostrożności poddaje pod rozagę Izby, czy Zamawiający nie powinien przed wykluczeniem w/wym. wykonawców wezwać ich do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stwierdził jednak, że w jego przekonaniu Zamawiający nie miał jednak takiego obowiązku, albowiem wykonawcy ci złożyli oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, a jako podmioty profesjonalne, winni być świadomi spoczywającego na nich w myśl art. 24 ust. 1 pkt 23 oraz art. 24 ust. 11 ustawy Pzp obowiązku, aby wraz z tymi oświadczeniami przedstawić dowody i wykazać brak wpływu ich powiązań na konkurencyjny przebieg postępowania, czego jednak nie uczynili.

Odnosząc się natomiast do kwestii realności wpływu powiązań pomiędzy spółkami Supermedia i Core Net na przebieg postępowania, Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby w zakresie kar i ich wpływu na ceny ofertowe i wskazał m.in., że wykonawca decydując się na dostarczenie w ramach zamówienia usługi o określonych parametrach w określonym czasie musi uwzględniać ryzyko związane z niewłaściwym funkcjonowaniem usługi, a kwestie związane z karami umownymi nie mogą więc stanowić skutecznego zarzutu wobec treści specyfikacji albowiem mają również charakter biznesowy oraz mogą być uwzględnione w wycenie usługi i ofercie cenowej. Kary umowne zastrzeżone w umowie na rzecz Zamawiającego stanowią element ryzyka wykonawcy, wprost wpływający na cenę ofertową, a co za tym idzie, na konkurencyjność oferty i szanse na udzielenie zamówienia. Stąd też – zdaniem Odwołującego – w pełni uzasadniony jest wniosek, że wspólny udział należących do jednej grupy kapitałowej wykonawców Supermedia i Core Net doprowadził do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Supermedia Sp. z o.o. w częściach: 1, 5, 6, 7, 9, 11,15, 25, 27, 28, 30, 31, 33, 35, 39, 41, 44, 46, 48, 50, 52, 54, 55, 57, 61, 63, 65-69, 71, 74-78, 81, 84, 92, 99, 100, 116-118, 121, 122, 148), unieważnienia czynności wyboru oferty Core Net Sp. z o.o. w częściach: 2, 8, 10,12, 26, 29, 32, 34, 36, 40, 42, 45, 47, 49, 51, 53, 56, 58, 72, wykluczenia tych wykonawców z postępowania oraz uznania złożonych przez nich ofert za podlegające odrzuceniu oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej także w częściach: 5, 7, 8, 9, 10, 35, 36, 50, 51, 52, 53, 54, 63, 68, 75, 76, 77, 78, 81, 117. Z ostrożności – na wypadek uwzględnienia wyłącznie zarzutu wskazanego w pkt 7 odwołania – Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawców Supermedia Sp. z o.o. oraz Core Net Sp. z o.o., w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 23 i art. 24 ust. 11 ustawy Pzp do złożenia dowodów potwierdzających, że powiązania pomiędzy nimi nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy Supermedia Sp. z o.o. oraz Core Net Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że w odniesieniu do tych części zamówienia, na które Odwołujący złożył ofertę, spełnia on określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Odwołujący nie ma natomiast legitymacji do wniesienia odwołania w odniesieniu do części zamówienia, na które oferty nie złożył, a które zostały objęte podniesionymi przez niego zarzutami (części nr: 31, 32, 41, 42, 67, 69, 71, 72, 74, 99, 148). W tym zakresie bowiem Odwołujący nie ubiega się o udzielenie zamówienia, nie ma zatem interesu w jego uzyskaniu, a ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy nie może spowodować poniesienia przez niego szkody. W związku z tym odwołanie w odniesieniu do ww. części podlegało oddaleniu bez merytorycznego rozpoznania.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania – na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp – Przystępującego Supermedia z w odniesieniu do części zamówienia nr: 1, 7, 9, 11, 25, 28, 33, 35, 39, 44, 46, 48, 50, 52, 55, 57 oraz Przystępującego Core Net w odniesieniu do części zamówienia nr 2,

8, 10, 12, 26, 29, 34, 36, 40, 45, 47, 49, 51, 53, 56, 58. W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt. 9 SIWZ: *Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Zamówienie podzielone jest na 149 części. Wykonawca może ubiegać się o udzielenie zamówienia na dowolną liczbę części.*

W odniesieniu do 27 lokalizacji Zamawiający przewidział udzielenie zamówień na dwie usługi, z których na każdą można było złożyć ofertę częściową. Dotyczy to następujących lokalizacji:

- 1) Urząd Dzielnicy Bemowo (części 1 i 2),
- 2) Urząd Dzielnicy Białołęka (część 3 i 4),
- 3) Urząd Dzielnicy Ochota (części 7 i 8),
- 4) Urząd Dzielnicy Praga Południe (części 9 i 10),
- 5) Urząd Dzielnicy Praga Północ (części 11 i 12),
- 6) Urząd Dzielnicy Rembertów (części 13 i 14),
- 7) Urząd Dzielnicy Targówek (części 16 i 17),
- 8) Urząd Dzielnicy Ursus (części 18 i 19),
- 9) Urząd Dzielnicy Wawer (części 22 i 22),
- 10) Urząd Dzielnicy Wesoła (części 23 i 24),
- 11) Urząd Dzielnicy Wilanów (części 25 i 26),
- 12) Urząd Dzielnicy Włochy (części 28 i 29),
- 13) Urząd Stanu Cywilnego Śródmieście, ul. Jezuicka 1/3 (części 31 i 32),
- 14) Urząd Stanu Cywilnego Mokotów, ul. Smyczkowa 14 (części 33 i 34),
- 15) Urząd Stanu Cywilnego Mokotów, ul. Falęcka 10 (części 35 i 36),
- 16) Urząd Stanu Cywilnego Wawer, ul. Włokiennicza 54 (części 37 i 38),
- 17) Urząd Stanu Cywilnego Praga Północ, ul. Kłopotowskiego 1/3 (części 39 i 40),
- 18) Urząd Stanu Cywilnego Śródmieście, pl. Zamkowy 6 (części 41 i 42),
- 19) Urząd m. st. Warszawy, ul. Smolna 4 (części 44 i 45),
- 20) Urząd m. st. Warszawy, ul. Smolna 10a (części 46 i 47),
- 21) Urząd m. st. Warszawy, ul. Górskiego 7 (części 48 i 49),
- 22) Urząd m. st. Warszawy, ul. Nowy Świat 18/20 (części 50 i 51),
- 23) Urząd m. st. Warszawy, ul. Dzielna 15 (części 52 i 53),
- 24) Urząd m. st. Warszawy, ul. Nałkowskiej 11 (części 55 i 56),
- 25) Urząd m. st. Warszawy, al. Jerozolimskie 28 (części 57 i 58),
- 26) Polish Internet Exchange (części 59 i 60),

27) Zarząd Zieleni m. st. Warszawy (części 71 i 72).

W załączniku nr 6 do umowy Zamawiający przewidział następujący system naliczania kart umownych:

Liczba awarii w okresie jednego miesiąca, dla lokalizacji, w której dostarczona jest usługa	Kara umowna: % miesięcznego wynagrodzenia za realizację usługi w danej lokalizacji	
	Wykonawca dostarcza do lokalizacji jedną usługę w ramach umowy	Wykonawca dostarcza do lokalizacji więcej niż jedną usługę w ramach umowy
1	-	50
2	25	100
3	50	200
4	75	300
5 i więcej	100	400
Dostępność usług w okresie miesięcznym	Kara umowna: % miesięcznego wynagrodzenia za realizację usługi w danej lokalizacji	
	Wykonawca dostarcza do lokalizacji jedną usługę w ramach umowy	Wykonawca dostarcza do lokalizacji więcej niż jedną usługę w ramach umowy
Dostępność $\geq$ 99,9%	-	-
99,9% > Dostępność $\geq$ 99,0%	15	50
99,0% > Dostępność $\geq$ 98,0%	35	100
98,0% > Dostępność $\geq$ 97,0%	55	150
97% > Dostępność	100	200

W odniesieniu do 18 spośród 27 lokalizacji, w których mają być świadczone dwie usługi, Przystępujący złożyli oferty w taki sposób, że wykonawca Supermedia złożył ofertę na jedną z usług w danej lokalizacji, wykonawca Core Net – na drugą z tych usług. Dotyczy to następujących części zamówienia: 1 i 2, 7 i 8, 9 i 10, 11 i 12, 25 i 26, 28 i 29, 31 i 32, 33 i 34, 35 i 36, 39 i 40, 41 i 42, 44 i 45, 46 i 47, 48 i 49, 50 i 51, 52 i 53, 55 i 56, 57 i 58. W zakresie pozostałych części objętych zarzutami odwołania Izba ustaliła, że nie dotyczyły one lokalizacji, dla których przewidziano dwie usługi (części nr: 5, 6, 15, 27, 30, 54, 61, 63, 65, 66-69, 71, 74-78, 81, 84, 92, 99, 100, 116-118, 121, 122, 148). Ofertę na te części złożył tylko wykonawca Supermedia.

W dniu 8 stycznia 2018 r. obaj Przystępujący złożyli oświadczenia, że należą do tej samej grupy kapitałowej, nie złożyli natomiast żadnych dowodów mających wykazać brak wpływu tych powiązań na konkurencję w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in.:

- 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 (pkt 20);
- wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 23).

Przepis art. 24 ust. 11 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca, w terminie 3 dni od dnia przekazania informacji, o której mowa w art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1 lub art. 60d ust. 1, albo od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5, przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt 23. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W niniejszej sprawie bezsporne było, że Przystępujący należą do tej samej grupy kapitałowej. Istotą sporu było natomiast to, czy w przypadku podzielenia zamówienia na części i dopuszczenia składania ofert częściowych, wykonawcy z tej samej grupy kapitałowej, którzy złożyli oferty na odrębne części zamówienia, mieli obowiązek wykazać – pod rygorem wykluczenia z postępowania – że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji.

Nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie Zamawiający prowadzi jedno postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiot został podzielony na 149 części. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu, opublikowane 21 listopada 2017 r., obejmowało wszystkie 149 części. Stosownie do art. 36aa ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający określił zakres i przedmiot tych części oraz wskazał, że nie ogranicza liczby części, na które można złożyć ofertę. Jest to więc jedno postępowanie, w którym dopuszczono składanie ofert częściowych,

nie zaś udzielenie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania.

Po nowelizacji ustawy z 22 czerwca 2016 r. przepis stanowiący podstawę wykluczenia wykonawców z tej samej grupy kapitałowej odnosi się wprost także do wykonawców, którzy złożyli oferty częściowe. Rozstrzygnięcia wymaga, czy dyspozycją tego przepisu objęte są sytuacje złożenia przez wykonawców z jednej grupy kapitałowej ofert częściowych na te same, czy również – jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie – na odrębne części zamówienia. Kwestia ta była w niniejszym postępowaniu odwoławczym przedmiotem sporu. Odwołujący prezentował pogląd, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp znajduje zastosowanie także w sytuacji, gdy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli oferty na różne części zamówienia. Zamawiający i Przystępujący twierdzili natomiast, że każda część zamówienia miała charakter autonomiczny, zatem kwestia przynależności do jednej grupy kapitałowej powinna być rozpatrywana wyłącznie w zakresie poszczególnych części.

Ustalenie zakresu zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp w odniesieniu do zamówień, których przedmiot został podzielony na części, wymaga odwołania się do celu tej regulacji, którym jest przeciwdziałanie zakłóceniu konkurencji polegającemu na tym, że podmioty z jednej grupy kapitałowej składając oferty w ramach jednego postępowania zapewniają sobie określone uprzywilejowanie względem innym wykonawców. Przepis ten powinien być interpretowany w sposób pozwalający urzeczywistnić wskazany wyżej cel.

Jakkolwiek w przypadku postępowania, w którym udziela się zamówień na wyodrębnione części, weryfikacja sytuacji podmiotowej wykonawców oraz ocena ofert dokonywana jest odrębnie dla każdej części, to jednak nie można wykluczyć takiego ukształtowania relacji pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia, które umożliwiają uzyskanie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej przez wykonawców powiązanych kapitałowo, ubiegających się odrębnie o różne części zamówienia. Przewaga ta może polegać m.in. na obejściu pewnych ograniczeń ustalonych przez Zamawiającego (np. obejściu ograniczenia liczby części zamówienia, o których udzielenie może ubiegać się jeden wykonawca), uzyskaniu uprzywilejowanej pozycji w toku postępowania przetargowego bądź korzystniejszych warunków przyszłej umowy. Gdyby zatem przyjąć – jako bezwzględną zasadę – że ocena dopuszczalności ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców powiązanych kapitałowo zawsze powinna być dokonywana wyłącznie w obrębie poszczególnych części zamówienia, to interpretacja taka, prowadząc do tolerowania sytuacji, w której równowaga konkurencyjna zostaje w postępowaniu zachwiana na skutek udziału w nim podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, nie pozwoliłaby na zrealizowanie celu regulacji ustawowej. Skutkowałoby to bowiem – nawet w przypadku

wystąpienia pomiędzy poszczególnymi częściami takiego rodzaju powiązań, które w sposób oczywisty mogą stanowić pole do nadużyć – niemożliwością wyeliminowania takich sytuacji, mimo wyraźnej woli ustawodawcy, aby powiązania kapitałowe wykonawców nie wpływały na konkurencyjność postępowania. O ile możliwe jest, że z uwagi na konstrukcję postępowania i relacji pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia, można z całą pewnością stwierdzić brak, nawet teoretycznej, możliwości zakłócenia konkurencji przez wykonawców powiązanych kapitałowo, a składających oferty na różne części zamówienia (w przypadku gdy części te są od siebie całkowicie niezależne i w żaden sposób nie wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu czy na etapie realizacji umowy), to nie można z tego wywodzić zasady nakazującej w każdym przypadku odstąpienie od badania wpływu powiązań kapitałowych na zachowanie konkurencji, niezależnie od sposobu ukształtowania przez Zamawiającego relacji między poszczególnymi częściami zamówienia.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że w analizowanej sprawie poszczególne części zamówienia pozostawały z sobą w takim związku, który pozwalał na uzyskanie przewagi konkurencyjnej przez wykonawców z tej samej grupy kapitałowej w sytuacji złożenia przez nich ofert na różne części zamówienia. Zamawiający bowiem w taki sposób określił postanowienia w zakresie kar umownych, że liczba części, o które ubiega się wykonawca, w sposób zasadniczy wpływa na wysokość potencjalnych kar. W odniesieniu do lokalizacji, dla których Zamawiający udziela zamówienia na dwie usługi, przyjęta została taka konstrukcja, że wykonawca świadczący jedną z tych usług narażony jest na ryzyko zapłaty kilkakrotnie niższych kar umownych niż wykonawca realizujący zamówienie na obie usługi. Wobec powyższego wykonawcy postawieni zostali przed koniecznością podjęcia decyzji, czy ubiegać się o obie części zamówienia, przyjmując na siebie ryzyko wyższych kar umownych i konieczność wkalkulowania tego ryzyka w cenę oferty, czy też ubiegać się tylko o jedną z tych części, uwzględniając w cenie oferty ekspozycję na znacznie mniejsze kary umowne. W innej (korzystniejszej) sytuacji znaleźli się natomiast wykonawcy powiązani kapitałowo. Mogli oni bowiem ubiegać się o zamówienie na obie usługi w danej lokalizacji, będąc jednocześnie narażonym na konieczność zapłaty istotnie niższych kar umownych. Tym samym wykonawcy tacy mogli zwiększyć swoje szanse na uzyskanie zamówień w większej liczbie części, mogąc jednocześnie złożyć ofertę cenową nieuwzględniającą ryzyka wyższych kar. Nie ulega bowiem wątpliwości, że ryzyko związane z karami umownymi jest jednym z czynników cenotwórczych. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja podniesiona przez Zamawiającego podczas rozprawy, jakoby o niezasadności zarzutów miał świadczyć fakt, że Odwołujący, mimo – jak twierdził – działającej na jego niekorzyść konieczności uwzględnienia w cenie oferty ryzyka zapłaty wyższych kar umownych, w niektórych częściach zamówienia złożył ofertę korzystniejszą cenowo niż Przystępujący.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że Odwołujący, chcąc złożyć ofertę na dwie usługi w poszczególnych lokalizacjach, musiał liczyć się ze znacznie większym ryzykiem związanym z karami umownymi, a zaoferowanie niższej ceny może być wynikiem zupełnie innych okoliczności, które pozwoliły mu tę cenę obniżyć. Podniesiona przez Zamawiającego okoliczność nie może więc stanowić argumentu podważającego twierdzenie, że poszczególne części zamówienia dla danej lokalizacji są ze sobą tak skorelowane, że wpływają na sposób kalkulacji ceny.

Jednocześnie nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby zarzuty odwołania zmierzały do zakwestionowania określonych w SIWZ zasad składania ofert na poszczególne części oraz sposobu ukształtowania postanowień dotyczących kar umownych, co na obecnym etapie postępowania należałoby uznać za spóźnione. Postanowienia SIWZ w żadnej mierze nie są istotą podniesionych zarzutów, a ich zgodność z przepisami prawa nie jest kwestionowana. Niemniej jednak ustalone przez Zamawiającego w SIWZ zasady, wprowadzające określone zależności między poszczególnymi częściami zamówienia, muszą być wzięte pod uwagę przy ocenie możliwości zakłócenia konkurencji w postępowaniu, a w konsekwencji – istnienia podstaw do wykluczenia wykonawców. Są one więc okolicznością istotną dla oceny zasadności podniesionych zarzutów, nie zaś podstawą tych zarzutów.

W związku z powyższym uzasadnione jest twierdzenie, że w przedmiotowym postępowaniu złożenie ofert na odrębne części zamówienia przez wykonawców z jednej grupy kapitałowej mogło zakłócić konkurencję w postępowaniu. Nie sposób zatem twierdzić, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp nie znajdował w takiej sytuacji zastosowania. Stanowisko przeciwne, opierające się na tezie, że odrębne części zamówienia są od siebie całkowicie niezależne, nie znajduje oparcia w stanie faktycznym sprawy i co więcej – prowadzi do zezwolenia na wykorzystanie przez wykonawców powiązań kapitałowych dla zapewnienia sobie korzystniejszej pozycji w postępowaniu. Taka sytuacja nie zasługuje na akceptację.

Należy więc stwierdzić, że złożenie ofert przez Przystępujących stanowiło okoliczność uzasadniającą wykluczenie ich z postępowania, a wykluczeniu temu mogłoby zapobiec wykazanie, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem Przystępujący nie podjęli nawet próby takiego wykazania, ograniczając się do złożenia oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej. W ocenie Izby stanowiło to okoliczność zobowiązującą Zamawiającego do ich wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, bez wezwania do złożenia wyjaśnień lub dowodów w tym zakresie. Należy bowiem zauważyć, że przepis art. 24 ust. 11 ustawy Pzp przyznaje wykonawcom uprawnienie do przedstawienia

dowodów, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, nie można jednak twierdzić, że uprawnieniu temu odpowiada po stronie zamawiającego obowiązek wezwania do ich złożenia. Skoro w świetle ww. przepisu wykonawca może złożyć dowody, to brak ich złożenia należy uznać za rezygnację z przyznanej przez ustawę możliwości, a rezygnując z niej wykonawca musi liczyć się z wykluczeniem z postępowania.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępujących z postępowania. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że wykluczenia tego Zamawiający zobowiązany był dokonać w odniesieniu do tych części zamówienia, w zakresie których każdy z Przystępujących złożył ofertę na odrębne usługi w ramach jednej lokalizacji. Między tymi częściami istniała bowiem zależność dająca wykonawcom powiązanym kapitałowo uprzywilejowaną pozycję.

Odnosząc się natomiast do objęcia zarzutami odwołania również tych części zamówienia, w których dla jednej lokalizacji przewidziana była tylko jedna usługa (i tylko jeden z Przystępujących złożył ofertę) stwierdzić należy, że poza sformułowaniem w odniesieniu do tych części zarzutów i żądań, Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów ani nie powołał okoliczności, które pozwalałyby stwierdzić, że części te nie pozostawały od siebie niezależne, co powodowałoby konieczność zbadania wpływu powiązań kapitałowych na zachowanie konkurencji. Wobec braku przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych, które miałyby uzasadniać zarzuty w odniesieniu do tych części, odwołanie w tym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie. Dotyczy to części nr: 5, 6, 15, 27, 30, 54, 61, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 74, 75, 76, 7, 78, 81, 84, 92, 99, 100, 116, 117, 118, 121, 122 i 148.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że analiza zakresu tego przepisu w porównaniu do art. 24 ust. 1 pkt 23 wskazuje, że właściwą i wystarczającą podstawą wykluczenia Przystępujących powinien być drugi z tych przepisów, odnoszący się wprost do wykonawców z grupy kapitałowej. Skoro art. 24 ust. 1 pkt 23 nakazuje wykluczyć wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, to oczywiste jest, że ustawodawca założył działanie takich wykonawców w porozumieniu prowadzącym do zakłócenia takiej konkurencji. W zakresie tego przepisu mieści się więc szczególnie przypadek porozumienia wykonawców wynikający z faktu, że powiązania kapitałowe między nimi dają możliwość ustalenia określonych decyzji lub ich podejmowania przez wspólny dla nich ośrodek decyzyjny. Zatem kiedy dwóch wykonawców powiązanych kapitałowo, a w konsekwencji –

działających w porozumieniu, uczestniczy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to sytuacja taka podlega normie z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, zauważenia wymaga, że Odwołujący wskazał na możliwość wyczerpania znamion czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie Odwołujący ograniczył się do wskazania na naruszenie interesu innego przedsiębiorcy oraz Zamawiającego, całkowicie pomijając znamiona odnoszące się do sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Nawet jeżeli spełnienia tych znamion można by się dopatrzeć analizując stan faktyczny niniejszej sprawy, to Izba nie może wyręczać Odwołującego w precyzyjnym określeniu zarzutów oraz wykazaniu uzasadniających je okoliczności faktycznych i prawnych. Należy przy tym zwrócić uwagę, że w zakresie analizowanej przesłanki odrzucenia oferty ustawa nie określa żadnych szczególnych zasad w odniesieniu do obowiązków dowodowych, zatem zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu obowiązek wykazania wszystkich okoliczności uzasadniających odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp spoczywał na Odwołującym. Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że wnioskowane przez Odwołującego wykluczenie Przystępujących z postępowania jest czynnością uprzednią w stosunku do oceny oferty pod kątem istnienia przesłanek do jej odrzucenia, a sama czynność wykluczenia powoduje, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Jeśli chodzi o zarzucane przez Odwołującego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, stwierdzić należy, że trudno uznać ten przepis za prawidłową podstawę prawną zarzutu. Określa on bowiem jedynie konsekwencje czynności wykluczenia wykonawcy, których określenie jest konieczne w odniesieniu do postępowań wieloetapowych, w których odrębnie prowadzi się ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ocenę ofert. Znajduje on zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca złożył ofertę mimo wykluczenia z postępowania lub niezaproszenia do składania ofert. Zarzut naruszenia tego przepisu nie mógł więc być w niniejszej sprawie zasadny.

Wobec powyższego orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....