

Sygn. akt: KIO 1267/18

POSTANOWIENIE
z dnia 5 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Irmina Pawlik

Klaudia Szczytowska – Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 lipca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego 25 czerwca 2018 roku przez wykonawcę **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wardyniu Górnym**

przy udziale wykonawcy **LOTOF SYSTEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chojnicy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Połczyn Zdrój w Połczynie Zdroju**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Wardyniu Górnym** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Wardyniu Górnym** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Połczyn – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Połczyn-Zdrój do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Wardyniu Górnym oraz wyposażenie nieruchomości zamieszkałych w pojemniki i/lub worki do gromadzenia odpadów komunalnych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lutego 2018 r. pod numerem 520564-N-2018.

W dniu 25 czerwca 2018 roku wykonawca Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wardyniu Górnym (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy LOTO SYSTEM sp. z o.o. (dalej: przystępujący) z postępowania;
 - zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego,
 - wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- o czym odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 czerwca 2018 r., przesłanego drogą elektroniczną.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

I. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumenta oraz w zw. z art. 7 ust. 1 P.z.p. poprzez, zaniechanie wykluczenia przystępującego, mimo że zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji z wykonawcą ATF w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

II. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumenta oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. jest działaniem sprzecznym z prawem i naruszeniem interesów innego wykonawcy.

III. art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

- wykluczenia przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej lub ewentualnie, w razie wątpliwości, o nakazanie zamawiającemu ponowienia wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. w zakresie naruszeń reguł konkurencji.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy P.z.p. interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżanych czynności Zamawiającego - poprzez nieodrzućenie oferty przystępującego - jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez ustawę P.z.p. oraz zamawiającego - spośród ofert złożonych w postępowaniu. Dodał, że oferta odwołującego jest obecnie sklasyfikowana na drugim miejscu listy rankingowej, a co za tym idzie może on uzyskać zamówienie, jeśli wykazane zostanie, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, względnie wykonawca winien zostać wykluczony.

W konsekwencji zaskarżone czynności zamawiającego powodują możliwość poniesienia przez odwołującego szkody w postaci utraty wynagrodzenia za wykonanie umowy (założonego zysku).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że dnia 6 kwietnia 2018 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Ofertę, oprócz odwołującego, złożyły jeszcze dwa podmioty: ATF Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: ATF) oraz przystępujący. Zamawiający wykluczył obu tych wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. a w konsekwencji odrzucił ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.201 8.419. dalej: uznk) oraz w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.201 8.419. dalej: uokik).

Zamawiający uznał, że ATF i przystępujący zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przystępujący oraz ATF wnieśli odwołania od powyższych czynności, uwzględnione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO 693/18. KIO 692/18). Odwołujący podniósł, że Izba we wskazanym wyroku nie przesądziła, że pomiędzy ATF i przystępującym nie doszło do niezgodnego z prawem porozumienia, a jedynie, że istnienie takiego porozumienia nie zostało należycie udowodnione przez zamawiającego w piśmie z 6 kwietnia 2018 r. Zdaniem Izby, zamawiający nie wykazał w piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r. faktu zawarcia przez przystępującego i ATF takiego porozumienia, opierając swoją argumentację na domniemaniach i niewystarczających poszlakach.

Odwołujący stwierdził, że nową okolicznością faktyczną w niniejszej sprawie jest to, że w toku ponownego badania i oceny ofert, tj. w dniu 30 maja 2018 r. zamawiający otrzymał oświadczenie ATF o braku zgody na ponowne przedłużenie terminu związania ofertą, w którym zawarty został również wniosek o zwrot wniesionego przez wykonawcę wadium.

Złożenie przez ATF oświadczenia wskazanego umożliwiło przystępującemu uzyskanie niniejszego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w prowadzonym równolegle przez Gminę Miasta Kołobrzeg postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych oraz z nieruchomości w części zamieszkałych, a w części wykorzystywanych do prowadzenia działalności gospodarczej z terenu Gminy Miasto Kołobrzeg " - część I, ATF i przystępujący złożyli ofertę wspólną (wystąpili w konsorcjum). W dniu 8 maja 2018r. ich oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przy czym wybór ten został zaskarżony przez wykonawcę Miejski Zakład Zieleni Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu Sp. z o.o. Jednym z zarzutów odwołania był zarzut, że ATF nie dysponuje zasobami osobowymi niezbędnymi do realizacji zamówienia, bowiem te same osoby przewidział do realizacji zamówienia na rzecz Gminy Kołobrzeg i m. in. Gminy Połczyn Zdrój. ATF w sprawie o sygn. akt KIO 985/18 wskazało, że sytuacja taka nie ma miejsca, bowiem w dniu 30 maja 2018r. ATF nie wyraziło zgody na dalsze związanie ofertą.

W ocenie odwołującego, brak zgody ATF na przedłużenie terminu związania ofertą, miał więc zwiększyć szanse na uzyskanie przez ATF zamówienia w Gminie Kołobrzeg, przy czym rezygnacja ta umożliwiała jednocześnie „przejęcie” zamówienia w Gminie Połczyn Zdrój przez przystępującego, który w drugim z postępowań był wykonawcą, z którym ATF wspólnie złożył ofertę. Co przy tym istotne, przystępujący uzyska zamówienie w Gminie Połczyn Zdrój za w zasadzie identyczną cenę. jak cena zaoferowana przez ATF (różnica jednego grosza w cenie obu wykonawców).

W ocenie odwołującego, powyższe potwierdza, że w niniejszej sprawie oferta przystępującego od początku miała charakter oferty kurtuazyjnej (ang. *cover bidding*,

complementary bidding), inaczej zabezpieczającej (zob. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Zmowy przetargowe. Wydanie II /aktualizowane 2013r.). Strony umówiły się, że potencjalny konkurent (przystępujący) złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego od oferty wytypowanej na zwycięską (ATF), co miało na celu wywołanie wrażenia, że cena z oferty wspieranej (ATF) jest względnie korzystna, a jednocześnie różnica pomiędzy cenami obu ofert była na tyle niewielka, że w sytuacji, gdyby oferta wspierana (ATF) została odrzucona lub wykonawca zrezygnował z ubiegania się o zamówienia (co w istocie nastąpiło), drugi z współpracujących wykonawców gwarantował sobie uzyskanie zamówienia za w zasadzie tożsamą ceną.

Odwołujący stwierdził dodatkowo, że analiza przetargów na odbiór odpadów komunalnych organizowanych przez gminy sąsiadujące z Gminą Połczyn Zdrój wskazuje, że ATF i przystępujący w zasadzie nie konkurują między sobą. Wskazane spółki w kilku przypadkach złożyły oferty wspólne, natomiast regułą jest, że w sytuacji, gdy ofertę w danym postępowaniu składa spółka ATF, w postępowaniu nie jest składana oferta przez przystępującego i odwrotnie. Przypadek Gminy Połczyn Zdrój jest więc wyjątkiem, przy czym w ocenie odwołującego, mimo iż niniejsze zamówienie nie jest duże, jego atrakcyjność wynika z faktu, że jest to zamówienie dla gminy „macierzystej” wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu (gminy, z której wywodzą się wykonawcy, gdzie zlokalizowane są ich bazy magazynowo — transportowe).

Odwołujący wskazał na postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2508/17, gdzie ATF, przedstawiając podjęte przez siebie działania „naprawcze” wobec nałożenia względem spółki przez Burmistrza Mirosławca kary administracyjnej za wykonywanie działalności regulowanej bez wymaganego prawem wpisu do rejestru działalności regulowanej, wskazał, że: "Spółka podjęła niezwłoczne i radykalne działania, których celem jest wyeliminowanie przyczyn leżących u podstaw wydanej decyzji", przy czym działaniem tym miało być zawarcie w dniu 31 października 2017r. umowy cesji praw i obowiązków ze spółką LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. Trudno przyjąć, by tego typu działania były podejmowane na rzecz podmiotu, z którym rzeczywiście konkuruje się.

W ocenie odwołującego, zamawiający, nie dokonując oceny oświadczenia ATF z 30 maja 2018r. przez pryzmat postawionych wcześniej wykonawcy zarzutów dotyczących istnienia pomiędzy nim a przystępującym niedozwolonego porozumienia, wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą, a ofertę ATF odrzucił z uwagi na nieprzedłużenie terminu związania, co w ocenie odwołującego jest działaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p. Zamawiający winien bowiem odrzucić także ofertę przystępującego, a wykonawcę tego wykluczyć ze względów opisanych w niniejszym odwołaniu.

W ocenie odwołującego, pomiędzy wykonawcami ATF i przystępującym, istniało niedozwolone prawem porozumienie, które uzasadnia wykluczenie przystępującego z postępowania i odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie, co pozostaje okolicznością bezsporną, istnieją powiązania rodzinne pomiędzy osobami zarządzającymi spółkami ATF i LOTOF. Jak wynika z aktualnego orzecznictwa Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), tzw. „kartel rodzinny”, a więc porozumienia między przedsiębiorcami oparte na relacjach rodzinnych i osobistych, stanowią najczęstszy przypadek niedozwolonych porozumień pomiędzy przedsiębiorcami.

Dodatkowo, w niniejszej sprawie obaj wykonawcy złożyli oferty w zasadzie z identyczną ceną (różnica 1 grosza).

Ponadto, brak między wykonawcami rzeczywistej konkurencji i wzajemne „ustępowanie” sobie zamówień, które w niniejszej sprawie przybrało postać braku zgody ATF na przedłużenie terminu związania ofertą w sytuacji, gdy zagrożone stało się uzyskanie przez konsorcjum ATF/LOTOF innego (większego) zamówienia (Gmina Kołobrzeg), gdy jednocześnie wykonawcy mieli pewność, że drugi z współpracujących wykonawców uzyska niniejsze zamówienie za w zasadzie tą samą cenę, świadczy o istnieniu między wykonawcami porozumienia.

Odwołujący powołał się na szereg decyzji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w tym: UOKiK Nr RŁO 11/2015 z dnia 15 grudnia 2015 r., UOKiK nr RKR - 10/2016 z dnia 30 listopada 2016 r, KWK 1/2017 z dnia 15 maja 20 17 r. , DOK - 2/2017 z dnia 2 października 2017 r. i inne.

Izba ustaliła, co następuje:

Dnia 6 kwietnia 2018 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Ofertę, oprócz odwołującego, złożyły jeszcze dwa podmioty: ATF Sp. z o.o. Sp. k. oraz przystępujący. Zamawiający wykluczył obu tych wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. a w konsekwencji odrzucił ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Zamawiający uznał, że ATF i przystępujący zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przystępujący oraz ATF wnieśli odwołania od powyższych czynności.

W odwołaniu z dnia 11 kwietnia 2018 roku przystępujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, iż przystępujący zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji wykluczenie przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia;

2. art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez przyjęcie, iż przystępujący dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub zamawiającego;

3. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez przyjęcie, iż przystępujący 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 przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie ceny;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, poprzez odrzucenie oferty przystępującego wskutek przyjęcia, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec ww. zarzutów przystępujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu przystępującego oraz odrzuceniu jego oferty oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie uznania za taką oferty złożonej przez odwołującego,

2. powtórzenie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu ponownej oceny ofert.

W dniu 11 kwietnia 2018 r. wykonawca ATF wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 8 i 9 ustawy P.z.p., poprzez przyjęcie, że ATF nie wykazał, że zachodzą przesłanki do oczyszczenia się z podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy P.z.p., podczas gdy ATF w toku postępowania przedstawił dowody potwierdzające, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności wyczerpująco opisał stan faktyczny, przedstawił dowody na okoliczność zapłaty wymierzonych kar, jak również udowodnił podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, a tym samym wykazał swoją rzetelność;

2. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p., poprzez przyjęcie, że ATF zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy ATF nie zawarł z innym wykonawcą, tj. przystępującym takiego porozumienia, a nadto zamawiający nie wykazał tego faktu za pośrednictwem odpowiednich środków dowodowych;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 uokik w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, poprzez przyjęcie, że złożenie przez ATF oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie ceny;
4. art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p., poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia odwołującego z uwagi na fakt, iż radca prawny zamawiającego Wojciech Jankowski jest również członkiem rady nadzorczej ww. wykonawcy, zaś zgodnie z zasadą obiegu dokumentów radcowie prawni co najmniej opiniują dokumenty takie jak np. s.i.w.z.;
5. art. 7 ustawy P.z.p., poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, polegające na wielokrotnych wezwaniach ATF do złożenia wyjaśnień, wyznaczaniu krótkich, sprzecznych z P.z.p. terminów na udzielenie odpowiedzi, przesłaniu informacji o wykluczeniu w piątek o godz. 14:17, podczas gdy termin do wniesienia odwołania wynosi 5 dni, zaś informacja o ww. czynności została przesłana odwołującemu po 24 dniach od złożenia przez spółkę ostatecznych wyjaśnień;
6. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 uokik oraz w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, poprzez jego niezastosowanie a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia odwołującego, w sytuacji gdy pomiędzy tym podmiotem a zamawiającym doszło do zawarcia porozumienia, którego celem i skutkiem było wykluczenie pozostałych wykonawców z udziału w postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów ATF wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu ATF z postępowania, a w konsekwencji odrzuceniu oferty ATF oraz nakazanie powtórzenia czynności ponownego badania ofert;
2. nakazanie wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na okoliczność, iż złożona przez tego wykonawcę oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz ATF zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów koniecznych do celowego dochodzenia praw.

Wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2018 roku wydanym w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 692/18, KIO 693/18 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła obydwie odwołania i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wykluczenia przystępującego i ATF z postępowania oraz odrzucenia ich ofert, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty przystępującego i ATF.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. polegający na wykluczeniu wykonawców ATF oraz przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwagi na przyjęcie, że ww. wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Izba wskazała na art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.

Izba stwierdziła, że istota sporu zawisłego przed Izbą sprowadzała się do oceny, czy okoliczności faktyczne podane przez zamawiającego w piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r. zawierającym motywy decyzji o wykluczeniu z postępowania wykonawców ATF oraz przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. oraz odrzuceniu ofert ww. wykonawców stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uokik oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik potwierdzały zawarcie przez ww. wykonawców niedozwolonego prawem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w niniejszym postępowaniu, w tym by ww. wykonawcy uzgadniali warunki składanych ofert, w szczególności w zakresie ceny.

Zdaniem składu orzekającego Izby okoliczności niniejszej sprawy nie pozwalały na wyprowadzenie takiego wniosku. W szczególności, w ocenie Izby zamawiający nie wykazał w piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r. faktu zawarcia przez przystępującego oraz ATF takiego porozumienia, opierając swoją argumentację na domniemaniach i niewystarczających poszlakach.

W zakresie zaferowania przez przystępującego i ATF cen za wywóz jednej tony odpadów z różnicą 1 grosza, Izba uznała za spójne i logiczne wyjaśnienia przystępującego złożone w toku postępowania odwoławczego, który w sposób szczegółowy wytłumaczył z czego wynika różnica w cenie za wywóz jednej tony odpadów w ofertach przystępującego i ATF. Przystępujący wskazał, że zaferowana przez niego cena za odbiór jednej tony odpadów różniącą się 1 groszem od ceny zaferowanej przez wykonawcę ATF, wynikała z faktu wykorzystania wiedzy o stosowanej przez ATF metodzie wyliczenia cen, którą to wiedzę posiadał w związku z wcześniejszą współpracą pomiędzy dwoma podmiotami.

Pozostałe okoliczności, jako towarzyszące czynności zaofierowania przez obu Odwołujących zbliżonych cen za wywóz jednej tony odpadów, podane przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu przystępującego oraz ATF na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p., tj. wspólny adres siedziby ww. wykonawców, powiązania rodzinne i osobowe między wspólnikami oraz członkami zarządów obu wykonawców, w ocenie Izby, a *priori* nie przesądzały o zawarciu przez ww. wykonawców niedozwolonego prawem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Izba stwierdziła, że na gruncie przepisów ustawy P.z.p. brak jest zakazu ubiegania się o to samo zamówienie publiczne przez wykonawców powiązanych więzami rodzinnymi, czy też przez wykonawców posiadających siedziby pod tym samym adresem. Co więcej, również okoliczność wspólnej siedziby obu wykonawców została uzasadniona przez przystępującego, który wskazał, że wynikała ona z faktu oddania przez wykonawcę ATF nieruchomości przystępującemu w podnajem.

W ocenie Izby, o zawarciu nielegalnego porozumienia między wykonawcami nie świadczyła również podnoszona przez zamawiającego okoliczność, iż w pierwotnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości Gminy Połczyn - Zdrój, które zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w imieniu ATF Sp. z o.o. Sp. k. na otwarciu ofert w dniu 15.01.2018 r. był obecny Pan T. F. . Trudno bowiem odmówić komandytariuszowi spółki ATF Sp. z o.o. Sp. k. możliwości interesowania się losami ww. podmiotu, w tym obecności podczas jawnego otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei sam fakt uczestniczenia ww. osoby w czynności otwarcia ofert, w ocenie Izby, nie podważa stanowiska ATF o podjęciu, na mocy uchwały z dnia 9 marca 2015 r., działań mających na celu odsunięcie Pana T. F. od przygotowania ofert składanych przez ATF w postępowaniach przetargowych, jak również nie potwierdza, by ww. osoba brała udział w przygotowaniu oferty złożonej w niniejszym postępowaniu.

Izba nie podzieliła także argumentacji zamawiającego, jakoby wykonawcy ATF oraz przystępujący w wyniku wezwania zamawiającego wystosowanego pismem z dnia 9 marca 2018 r. mieli możliwość szczegółowego wyjaśnienia zaistniałych w niniejszej sprawie okoliczności dotyczących wzajemnych powiązań, w tym więzi rodzinnych, a zatem – by mieli możliwość skorzystania z procedury *self – cleaningu*.

Na wskazany wyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej strony i przystępujący nie wnieśli skargi do właściwego sądu okręgowego.

W dniu 30 maja 2018 r. zamawiający otrzymał oświadczenie ATF o braku zgody na ponowne przedłużenie terminu związania ofertą, w którym zawarty został również wniosek o zwrot wniesionego przez wykonawcę wadium.

W dniu 20 czerwca 2018 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p.

Art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p. zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 ustawy P.z.p.

Zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Hipoteza tej normy obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienia w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym. Jeżeli czynność stanowi wykonanie wyroku Izby, wykonawca nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Art. 189 ust. 2 pkt 5 stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 27 sierpnia 2015 roku, sygn. akt KIO 1744/15).

We wskazanym wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2018 roku sygn. akt KIO 692/18, KIO 693/18 Izba stwierdziła zasadność podniesionych w odwołaniach zarzutów i uznała za bezpodstawne wykluczenie przystępującego i ATF z postępowania oraz odrzucenie ich ofert z uwagi na zawarcie przez nich porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu.

Bez znaczenia pozostaje tu argument odwołującego, iż Izba we wskazanym wyroku nie przesądziła, że pomiędzy ATF i przystępującym nie doszło do niezgodnego z prawem porozumienia, a jedynie, że istnienie takiego porozumienia nie zostało należycie udowodnione przez zamawiającego w piśmie z 6 kwietnia 2018 r. oraz że zamawiający nie wykazał w piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r. faktu zawarcia przez przystępującego i ATF takiego porozumienia, opierając swoją argumentację na domniemaniach i niewystarczających poszlakach. Stwierdzenie Izby nie powinno bowiem być interpretowane w oderwaniu od pozostałych ustaleń Izby i motywów wydania orzeczenia, w których Izba wyraźnie stwierdziła brak istnienia porozumienia pomiędzy wykonawcami. Izba przeprowadziła w tym zakresie postępowanie

dowodowe i na podstawie jego wyników orzekła, iż pomiędzy przystępującym i ATF nie było niedozwolonego porozumienia. Podkreślenia wymaga, że Izba odparła wszystkie zarzuty i argumenty będące podstawą zaskarżonych czynności zamawiającego, wskazując w uzasadnieniu, że okoliczności, na których oparł się zamawiający, nie stanowią o istnieniu nielegalnego porozumienia stronami. Stwierdzenie, że orzeczenie Izby opierało się wyłącznie o brak skutecznego dowodzenia w sprawie, prowadziłyby do sytuacji, w której strona, która nie udowodniła swoich racji, wnosząc kolejne odwołanie na czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z orzeczeniem Izby, otrzymywałaby kolejną możliwość rozpoznania sprawy i zaprezentowania dowodów, których nie przedstawiła podczas pierwszego rozpoznania sprawy. Takie rozumowanie pozostaje w sprzeczności z *ratio legis* art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., którego celem jest zapobieżenie orzekaniu w sprawach, o których raz już prawomocnie orzeczono.

W związku z tym, że zamawiający wykonał czynności nakazane wyrokiem Izby wydanym w sprawach KIO 692/18, KIO 693/18 zgodnie ze wskazanym wyrokiem, odwołanie na te czynności podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. Jedynie w sytuacji, gdyby zamawiający wykonał czynności niezgodnie z orzeczeniem, uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przysługiwałoby odwołanie na nowe czynności zamawiającego, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Odnosząc się natomiast do faktu, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nastąpiła nowa okoliczność, polegająca na nieprzedłużeniu przez wykonawcę ATF terminu związania ofertą, wskazać należy, iż art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. stanowi przesłankę odrzucenia odwołania niezależnie od wystąpienia w postępowaniu nowych okoliczności, o ile zamawiający wykonał czynność zgodnie z wyrokiem Izby.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p. oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.) stosownie do jego wyniku.

Przewodniczący:

.....

.....

