

Sygn. akt KIO 1854/21
KIO 2250/21

WYROK
z dnia 5 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Irmina Pawlik
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września i 1 października 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 22 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DOMINEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach** i **TREE Capital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łubnej**,

B. w dniu 27 lipca 2021 r. przez wykonawcę **FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach**

w postępowaniu prowadzonym przez

Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółkę akcyjną z siedzibą w Bytomiu

przy udziale:

A. wykonawcy **FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1851/21 po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DOMINEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach** i **TREE Capital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łubnej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2250/21 po stronie zamawiającego,

C. wykonawcy **Developer i Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2250/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1854/21 w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania FOXMET Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dla części II w odniesieniu do warunku dysponowania potencjałem technicznym w zakresie sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, tj. warunku dysponowania koparką Caterpillar 330 LN z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o minimalnym wysięgu ramienia roboczego do 50 m lub inną koparką z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o równoważnych parametrach zasięgu ramienia roboczego,**
2. **oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1854/21 w pozostałym zakresie,**
3. **oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2250/21,**
4. **kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1854/21 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DOMINEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i TREE Capital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DOMINEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i TREE Capital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
5. **kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2250/21 obciąża wykonawcę FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1854/21

KIO 2250/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „likwidację 14 obiektów budowlanych ZPMW wraz z wyposażeniem oraz likwidacją przyłączy i instalacji przesyłowych integralnie związanych z tymi obiektami wraz z przebudową linii energetycznej 6 kV dla SRK S.A. Oddział KWK <<Jas-Mos>> w Jastrzębiu-Zdroju. Część II – 5 obiektów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 17 lutego 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 513387. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego – odwołanie 1854/21

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DOMINEX Sp. z o.o. i TREE Capital Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Foxmet Sp. z o.o., pomimo iż osobę pełniącą w dacie składania ofert funkcję prokurenta tego wykonawcy skazano prawomocnie za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. za czyn zabroniony z art. 288 § 1 Kodeksu karnego i inne,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 i art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Fomxet Sp. z o.o., który w dacie składania ofert przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a dotyczące braku podstaw wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na karalność prokurenta Foxmet Sp. z o.o. za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:
 - a) zaniechanie wykluczenia z postępowania Foxmet Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dla części II w odniesieniu do warunku dysponowania potencjałem zawodowym, tj. minimum 1 osobą do obsługi

geodezyjnej w trakcie realizacji zadania (wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej),

b) zaniechanie wykluczenia z postępowania Foxmet Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dla części II w odniesieniu do warunku dysponowania potencjałem technicznym w zakresie sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, tj. warunku dysponowania koparką Caterpillar 330 LN z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o minimalnym zasięgu ramienia roboczego do 50 m lub inną koparką z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o równoważnych parametrach zasięgu ramienia roboczego oraz warunku dysponowania minimum dwoma żurawiami samochodowymi 12-16 t,

4. art. 24 aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zbadania, czy Foxmet Sp. z o.o., którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu,

5. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie obligatoryjnych działań przez Zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych zarzutów, i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Foxmet Sp. z o.o. w zakresie części II, wykluczenie z postępowania wykonawcy Foxmet Sp. z o.o. w zakresie części II, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 17 czerwca 2021 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, z którego wynika, że jako najkorzystniejsza dla części I i części II została wybrana oferta Foxmet Sp. z o.o. Oferta ta została złożona 11 marca 2020 r., do oferty wykonawca załączył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (załącznik nr 1 do oferty).

21 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Foxmet Sp. z o.o. do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i oceny ofert potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. m.in. do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającej, że osoby fizycznej, urzędującego członka jego organu zarządzającego, nadzorczego, współnika w spółce jawnej lub partnerskiej, komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, prokurenta prawomocnie nie skazano za przestępstwa określone

w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. 22 kwietnia 2021 r. Foxmet Sp. z o.o. przedłożył informację z KRK dotyczącą prezesa zarządu M. C. oraz informację z KRK dotyczącą Foxmet Sp. z o.o. wraz z informacją odpowiadającą aktualnemu na 21 kwietnia 2021 r. odpisowi z Rejestru Przedsiębiorców.

Oświadczenia lub dokumenty przekazywane przez wykonawcę na podstawie wezwania w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych powinny stanowić potwierdzenie wstępnego domniemania o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że oświadczenia dołączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winny być aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednocześnie w instytucję wstępnego potwierdzenia zdolności wykonawcy wpisane jest założenie, że wstępne oświadczenia zachowywać muszą aktualność przez cały okres trwania postępowania. Wstępne oświadczenia pełnią bowiem podobną funkcję w postępowaniu jak środki dowodowe będące dokumentami, tj. uprawdopodobniają, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji i nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia przez cały okres trwania postępowania. Niewystarczające jest zatem wykazanie zdolności do realizacji zamówienia tylko na konkretny dzień w postępowaniu. Brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu musi mieć charakter ciągły trwający przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym punktem początkowym jest termin składania ofert. W związku z powyższym wykonawca, wezwany do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, winien przedłożyć dokumenty i oświadczenia potwierdzające, że na dzień składania ofert wykonawca ten nie podlegał wykluczeniu oraz spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Prokurentem Foxmet Sp. z o.o. w dacie składania ofert (12 marca 2020 r.) był G. C., który został z tej funkcji odwołany 13 marca 2020 r., przy czym wykreślenie prokurenta z Rejestru Przedsiębiorców nastąpiło dopiero 8 maja 2020 r. Jak wynika z posiadanych przez Odwołującego informacji, G. C., na mocy wyroku Sądu Rejonowego w Rybniku z 5 kwietnia 2017 r. został skazany na karę pozbawienia wolności za czyn z art. 160 § 1 i art. 288 § 1 i art. 157 § 1 i art. 245 Kodeksu karnego. Wyrok ten uprawomocnił się 7 grudnia 2017 r.

Zgodnie z treścią przepisu art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce

komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w punkcie 13., m.in. za przestępstwa z art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 Kodeksu karnego. G. C. w dacie składania ofert pełnił funkcję prokurenta Foxmet Sp. z o.o. i był prawomocnie skazany m.in. za przestępstwo z art. 288 Kodeksu karnego, zatem Foxmet Sp. z o.o. podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Bez znaczenia pozostaje fakt, że po terminie składania ofert doszło do odwołania go z funkcji prokurenta tej spółki. Brak podstaw wykluczenia musi trwać przez całe postępowanie, w tym również musi istnieć w dacie składania ofert.

Ponadto działania (zaniechania) podjęte przez Foxmet Sp. z o.o. w toku postępowania przemawiają za przyjęciem, że wykonawca ten celowo wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, iż z uwagi na karalność prokurenta m.in. za czyn z art. 288 Kodeksu karnego wykonawca ten wraz z ofertą przedłożył Zamawiającemu nierzetelne pisemne oświadczenie o tym, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-22 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Faktu karalności prokurenta Foxmet Sp. z o.o. nie ujawnił również w piśmie z 22 kwietnia 2021 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z 21 kwietnia 2021 r. w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odpowiedzi na zobowiązanie Zamawiającego Foxmet Sp. z o.o. przedłożył Zamawiającemu jedynie KRK prezesa zarządu – M. C. oraz KRK Foxmet Sp. z o.o. Obowiązkiem biorących udział w postępowaniu wykonawców jest podawanie zamawiającym prawdziwych, rzetelnych informacji. Uniknięcie wprowadzenia w błąd na skutek działań własnych zamawiającego nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Foxmet Sp. z o.o. powinien był przedstawić Zamawiającemu informacje z KRK aktualne na dzień składania ofert, obejmujące wszystkie osoby uprawnione do reprezentacji spółki w tym czasie, a więc także KRK prokurenta spółki – G. C., czego wykonawca ten nie uczynił. Odwołanie prokurenta w toku postępowania o udzielnie zamówienia nie zwalniało Foxmet Sp. z o.o. z tego obowiązku. Przedstawiciele Foxmet Sp. z o.o. w dacie składania ofert posiadali informację o karalności prokurenta, a co za tym idzie – że podlegają obligatoryjnemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Pomimo tego nie tylko nie ujawnili tej okoliczności przed Zamawiającym, ale złożyli nierzetelne oświadczenie w tym zakresie.

Jak wynika z dokumentów przedłożonych przez Foxmet Sp. z o.o. w ramach innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego „Likwidacja 7 obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział w Rudzie Śląskiej KWK <<Śląsk>>”, znak sprawy ZP-S-0012/19, wykonawca ten informację z KRK G. C. pozyskał 5 marca 2020 r., a zatem przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Foxmet Sp. z o.o. jest spółką rodzinną i jedyny członek zarządu tejże spółki – M. C. jest żoną G. C., a jedyny wspólnik – E. C. jest jego ojcem. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, iż małżonkowie zamieszkują wspólnie. Jak wynika z treści postanowienia sądu przedłożonego przez Foxmet Sp. z o.o. w toku postępowania ZP-S-0012/19, G. C. w zakładzie karnym przebywał od listopada 2018 r. do listopada 2019 r., zatem żona musiała o tym wiedzieć. Tym samym uznać należy, iż Foxmet Sp. z o.o. celowo wprowadziła Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego takie działanie Foxmet Sp. z o.o. nosi znamiona działania zamierzonego, celowego. W zaistniałej sytuacji zrealizowały się zatem przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych obligujące Zamawiającego do wykluczenia Foxmet Sp. z o.o. z postępowania. Z orzecznictwa wynika, iż przepisy art. 24 ust. 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego. Skoro na skutek działania wykonawcy Foxmet Sp. z o.o. doszło do sytuacji, w której Zamawiający został wprowadzony w błąd co do braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, to niewątpliwie ziszczyły się przesłanki do wykluczenia wykonawcy Foxmet Sp. z o.o. również i na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem 5.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony dla części II, jeżeli wykonawcy dysponują m.in. minimum 1 osobą do obsługi geodezyjnej w trakcie realizacji zadania (wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej). Foxmet Sp. z o.o. nie spełnia tego warunku udziału w postępowaniu.

Z oświadczenia Foxmet Sp. z o.o. – wykazu osób przedłożonego Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z 4 marca 2021 r. wynika, że Foxmet Sp. z o.o. dysponuje w sposób bezpośredni osobą geodety (umowa o pracę). Takie oświadczenie Foxmet Sp. z o.o. budzi wątpliwości Odwołującego, bowiem w przypadku geodety w toku innych postępowań toczących się przed tym samym Zamawiającym wykonawca ten w zakresie opracowania map geodezyjnych każdorazowo korzysta z usług firmy zewnętrznej, tj. Kamix B. M. Skoro zatem wykonawca ten na co dzień korzysta z usług zewnętrznego podmiotu w zakresie wykonania usług geodezyjnych, nie można przyjąć, że wykonawca ten dysponuje osobą geodety w sposób wskazany w oświadczeniu, a co za tym idzie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Foxmet Sp. z o.o. nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dla części II również w odniesieniu do warunku dysponowania koparką Caterpillar 330 LN z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o minimalnym wysięgu ramienia roboczego do 50 m lub inną koparką z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o równoważnych parametrach zasięgu ramienia roboczego oraz warunku dysponowania minimum dwoma żurawiami samochodowymi 12-16 t. W wykazie maszyn i urządzeń przedłożonych Zamawiającemu 9 marca 2021 r. Foxmet Sp. z o.o. wskazał, że dysponuje w sposób bezpośredni 4 dźwigami (umowa dzierżawy z dnia 02.01.2019 r.) oraz koparką wyburzeniową o wysięgu ramienia do 50 m, tj. koparką Hitachi ZX 870 LCH-3. Nie przedłożył jednak żadnych dowodów na poparcie swych twierdzeń w tym zakresie. Dodatkowo przedmiotowa koparka wykazana została w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny z 21 maja 2020 r., gdzie Foxmet Sp. z o.o. wskazał jednoznacznie, iż posiadanie przez niego własnego sprzętu, w tym koparki Hitachi ZX 870 LCH-3, zalicza się do wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, czego również nie poparł żadnymi dowodami czy wyliczeniami metody oszczędności.

II Stanowisko odwołującego – odwołanie KIO 2250/21

Odwołujący – Foxmet Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 7 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z tym przepisem dokonanie wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. błędne ustalenie, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy tymczasem Odwołujący takiego porozumienia nie zawarł,
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z tym przepisem dokonanie wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. dokonanie ustalenia, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy tymczasem Zamawiający nie dokonał pogłębionej analizy sprawy, bazując w swej decyzji na błędnych ustaleniach w wyroku w sprawie o sygn. KIO 1010/21, tym samym naruszając równe traktowanie Odwołującego w postępowaniu i naruszając bezstronność i obiektywizm,
3. art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z tym przepisem dokonanie wykluczenia Odwołującego z postępowania pomimo tego, że złożona przez niego oferta w części I oraz części II postępowania została wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający nie dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, czego skutkiem jest zachowanie w obrocie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i tym samym niezgodne z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych dokonanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a także przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka W. C. dla wykazania powodów niezłożenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w postępowaniu na „Rozbiórkę wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A. Oddział KWK Makoszowy w Zabrze”, którego dotyczył wyrok KIO 1010/21 oraz przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron M. C. – prezesa zarządu Odwołującego na okoliczność nie zawarcia z W. C. porozumienia mającego na celu ustalenie cen ofert składanych przez niego lub Odwołującego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta jest, zgodnie z oceną dokonaną przez Zamawiającego w piśmie z 17 czerwca 2021 r. zatytułowanym „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”, najkorzystniejszą dla części I i części II i gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny spełnienia się przesłanek wykluczenia z postępowania, oferta Odwołującego powinna pozostać ofertą najkorzystniejszą. Jednak pismem z 22 lipca 2021 r. „Zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty”, Zamawiający powiadomił Odwołującego, iż został on wykluczony z postępowania, a złożona przez niego oferta została uznana za odrzuconą z uwagi na zawarcie pomiędzy Odwołującym a W. C., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C., porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego, „co zostało dodatkowo potwierdzone w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1010/21.”

Kluczowe w decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jest orzeczenie zapadłe w sprawie KIO 1010/21. Wyrok w tej sprawie zapadł 24 czerwca 2021 r., po dokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co miało miejsce 17 czerwca 2021 r. Niewątpliwie w oparciu o ten wyrok Zamawiający zmienił decyzję co do podlegania przez Odwołującego wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem jeszcze w toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1010/21 bronił Odwołującego wskazując, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia i że nie przedstawiono dowodów na wystąpienie zмовы przetargowej.

Od czasu rozprawy 22 czerwca 2021 r. do 22 lipca 2021 r. nie miało miejsce jakkolwiek zdarzenie, za wyjątkiem wydania orzeczenia KIO 1010/21, które miałyby zmienić zdanie Zamawiającego na temat tego, czy Odwołujący jest winny porozumienia skutkującego

wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych. Prawdopodobnie w okolicach połowy lipca Zamawiający otrzymał odpis ww. wyroku. W tym okresie – już po wydaniu wyroku – Zamawiający prowadził z Odwołującym korespondencję zmierzającą do zawarcia umowy, potwierdzając, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia Odwołującego. Odwołujący otrzymał m.in. 28 czerwca 2021 r. projekt umowy, którą podpisał i przekazał Zamawiającemu.

Odwołujący podkreślił, że wyrok w sprawie KIO 1010/21 nie jest prawomocny i nie może stanowić dowodu w postępowaniu na wystąpienie porozumienia ograniczającego konkurencję. Odwołujący zamierza wnieść w na ten wyrok skargę, więc wyrok ten nie powinien wywoływać skutków z art. 365 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którym orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby. Zastosowanie art. 365 Kodeksu postępowania cywilnego w sferze zamówieniowej podnoszone jest na gruncie art. 185 § 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 1212 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego. W aktualnym stanie prawnym nie ma odesłania do przepisów o sędziu polubownym (arbitrażowym), ale ta okoliczność nie powinna zmieniać uznania, że jedynie prawomocne orzeczenie może wiązać strony (Zamawiającego i Odwołującego) oraz sąd (Krajową Izbę Odwoławczą). Tym samym Zamawiający powinien dokonać ponownie oceny tego, czy doszło do porozumienia ograniczającego konkurencję z udziałem Odwołującego, w tym powinien podjąć decyzję co do uznania wystąpienia takiego porozumienia w oparciu o zebrany przez siebie materiał dowodowy, a skład orzekający rozpoznający sprawę na skutek niniejszego odwołania powinien dokonać samodzielnie oceny faktycznej, czy Odwołujący brał udział w porozumieniu ograniczającym konkurencję, nie przyjmując za wiążące ustalenia składu orzekającego z wyroku KIO 1010/21.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania niedozwolonego porozumienia „stosownymi dowodami”. Również w orzecznictwie Izby wskazuje się, że zamawiający powinien udowodnić porozumienie, chociażby tzw. dowodami pośrednimi. W niniejszej sytuacji Zamawiający nie wykazał niedozwolonego porozumienia z udziałem Odwołującego, bowiem z przedstawionego powyżej stanu faktycznego wynika, że nie posiadał dowodów na istnienie niedozwolonego porozumienia, a jego ocenę sytuacji zmienił wyrok w sprawie KIO 1010/21, który za dowód nie może być poczytany.

Powyższe ma tym większe znaczenie, że w toku postępowania w sprawie KIO 1010/21 skład orzekający nie dokonał wnikliwej oraz kompleksowej analizy, czy porozumienie ograniczające konkurencję faktycznie miało miejsce. W uzasadnieniu wyroku odniesiono się m.in. do art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczący porozumienia ograniczającego konkurencję. Tymczasem

porozumienie, o którym mowa w tym przepisie, może stać się przedmiotem postępowania wyjaśniającego i ewentualnie także antymonopolowego prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. To UOKiK jest wyspecjalizowanym organem do stwierdzenia, czy wystąpiło porozumienie ograniczające konkurencję. Dokonując oceny takiej sytuacji UOKiK stara się nie bazować wyłącznie na poszlakach, dokonując kompleksowej oceny sprawy, m.in. poprzedzając postępowanie antymonopolowe postępowaniem wyjaśniającym, występując do przedsiębiorców o przekazywanie koniecznych informacji i dokumentów, czy prowadząc rozprawę, na którą może wezwać i przesłuchać strony, świadków oraz zasięgnąć opinii biegłego. W sprawie KIO 1010/21 nie przeprowadzono dowodu z zeznań świadków ani z przesłuchania stron. Tym samym Izba podjęła decyzję o stwierdzeniu niedozwolonego porozumienia przez Odwołującego pomimo tego, że nie jest podmiotem wyspecjalizowanym do stwierdzenia takiego porozumienia, a dodatkowo dokonując oceny stanu faktycznego w sposób pobieżny, nie sięgając do tych dowodów, które są kluczowe dla stwierdzenia wystąpienia porozumienia ograniczającego konkurencję. Koniecznych czynności do wyjaśnienia sprawy nie wykonał także Zamawiający, który w trakcie postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1010/21, jak i po wydaniu wyroku w tej sprawie utrzymywał, że w jego ocenie nie doszło do porozumienia zakłócającego konkurencję po stronie Odwołującego. W konsekwencji powierzchowna ocena sytuacji przez Izbę w sprawie KIO 1010/21 i związana z tym niefrasobliwość po stronie Zamawiającego spowodowała daleko idące negatywne konsekwencje dla Odwołującego. Wykraczają one poza wykluczenie z postępowania, godząc w dobre imię Odwołującego i jego interes oraz jego pracowników. Z wyrokiem KIO 1010/21 oraz decyzją Zamawiającego o wykluczeniu skorelowane są bowiem także: zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez 3 lata od zaistnienia zdarzenia, potencjalna odpowiedzialność administracyjna przed UOKiK, potencjalna odpowiedzialność karna na gruncie art. 305 ustawy Kodeks karny. Dysproporcja pomiędzy błędną oceną sprawy dokonaną w sprawie KIO 1010/21 narusza normę demokratycznego państwa prawa urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji) oraz zasadę dwuinstancyjności, zgodnie z którą każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji (art. 78 Konstytucji). Dopóki sprawa objęta wyrokiem KIO 1010/21 nie zostanie rozpatrzona przez sąd zamówień publicznych, poprzestawanie przez Zamawiającego lub składu orzekającego rozpoznającego niniejsze odwołanie na ocenie okoliczności faktycznych dokonanej przez skład orzekający w sprawie KIO 1010/21 powoduje naruszenie obu reguł, a także naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający w sprawie KIO 1010/21 w odniesieniu do istnienia powiązań rodzinnych prawidłowo zwrócił uwagę, że nie należy z nich wywodzić zawarcia niedozwolonego porozumienia między dwoma podmiotami uczestniczącymi w danym postępowaniu. Tym

samym z samego faktu bycia spowinowaconym z innym przedsiębiorcą nie można wyciągać negatywnych konsekwencji dla Odwołującego. Potwierdza to także orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. To, że postępowaniu, którego przedmiotem była „Rozbiórka wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A. Oddział KWK Makoszowy w Zabrze”, którego dotyczył wyrok KIO 1010/21, Odwołujący oraz W. C. podobnie skonstruowali pierwotne oferty, nie jest okolicznością wskazującą na porozumienie. Gdyby miało mieć miejsce niedozwolone porozumienie pomiędzy Odwołującym a W. C., z pewnością nie podjęliby oni decyzji o tak jawnym „wyróżnieniu” się na tle innych złożonych ofert. Zasady doświadczenia życiowego wskazują, że dokonywanie czynności niezgodnych z prawem stara się być możliwie najsubtelniej przykrywane przez dokonujących daną czynność w celu uniknięcia jej zdemaskowania. Ww. wykonawcy dokonali czegoś zupełnie innego. Prawidłowej odpowiedzi na to pytanie nie zadał sobie skład orzekający w sprawie KIO 1010/21. Zresztą zjawisko formułowania abstrakcyjnie wysokich cen w przetargach organizowanych przez tego Zamawiającego jest sytuacją powszechną, a to z tego względu, że ostateczne ceny ofert ustalane są w ramach aukcji elektronicznej.

W postępowaniach prowadzonych z wykorzystaniem aukcji elektronicznej wykonawcy często oferują na początku wyższe ceny z zamiarem ich obniżenia w toku aukcji. Tak było również w innych, poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nie świadczy to o porozumieniu pomiędzy wykonawcami, lecz o przyjętej przez nich strategii składania ofert i ich dalszego licytowania. Jest to zjawisko podobne do kalkulowania ceny, gdzie czasami wykonawcy starają się przenieść ciężar kosztów projektu z OPEX na CAPEX. Jest to motywacja typowo taktyczna, bez szerszego, niecnego podtekstu. Ta okoliczność nie może prowadzić do wniosku o istnieniu pomiędzy wykonawcami niedozwolonego porozumienia, podobnie jak nie czyni tego np. podobieństwo składanych przez wykonawców wyjaśnień w toku postępowania (por. wyrok KIO 1172/19). Co zaś tyczy się kwestii korzystania przez Odwołującego i W. C. z tych samych zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci, to, jak słusznie zwrócił uwagę skład orzekający w sprawie KIO 1010/21, takie działanie samo w sobie nie wypełnia definicji czynu niedozwolonego naruszającego konkurencję, zwłaszcza w specyficznym rynku, na którym działa niewielki krąg podmiotów. W sprawie KIO 1010/21 Izba spuentowała wywód na temat tego, że doszło do niedozwolonego porozumienia tym, że „całokształt pozostałych okoliczności w przebiegu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zachowanie W. C. w toku i po aukcji elektronicznej, a także sposób działania Przystępującego i W. C. w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego obrazuje już pewien przyjęty model (wzór) zachowania (działania) określonych podmiotów wykonujących działalność gospodarczą o tożsamym zakresie...” Izba uznaje za istotne dla stwierdzenia niedozwolonego porozumienia zachowanie W. C., by

stwierdzić, że „poza sporem pozostaje okoliczność, że w postępowaniu będącym przedmiotem badania Izby Pan W. C. nie zareagował na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty po aukcji” oraz że „przyczyny takiego zachowania W. C. pozostają nieznane”. Jeśli Izba z czynności podejmowanych przez W. C. wnioskuje, że doszło do porozumienia zakłócającego konkurencję, to wywód ten jest wewnątrznie sprzeczny i prowadzi do błędnych wniosków. Skoro zachowanie W. C. jest „poza sporem”, a przyczyny zachowania są „nieznane”, to w oparciu o to nie można wywieść, że działanie W. C. miałyby dowodzić niedozwolonego porozumienia z Odwołującym. Tymczasem skład orzekający przyjął założenie, że W. C. nie złożył wyjaśnień z uwagi na niedozwolone porozumienie z Odwołującym, pomimo że w uzasadnieniu stwierdziła, że przyczyny zachowania pozostawały nieznane. Izba połączyła to automatycznie z domniemaniem winy po stronie Odwołującego, co nie powinno mieć miejsca. Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania innych wykonawców. To nie w ocenie Odwołującego jest bronienie ww. wykonawcy. Stwierdzenie niedozwolonego porozumienia wymaga jednak poznania stanowiska głównego zainteresowanego, czyli W. C. Tymczasem, Izba wydała wyrok nie poznając stanowiska głównego elementu w „układance” prowadzonego przez siebie wyvodu.

Niezależnie od powyższych okoliczności, które potwierdzają, że nie spełniły się przesłanki do uznania, że doszło do zawarcia przez Odwołującego porozumienia zakłócającego konkurencję, wykluczenie Odwołującego z postępowania nie jest możliwe z uwagi na to, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższego wniosku nie zmienia brzmienie art. 24 ust. 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Chociaż w doktrynie i orzecznictwie podnosi się, że przepis umożliwia wykluczenie wykonawcy na każdym etapie, to jednak nie jest logicznie do pogodzenia sytuacja, kiedy ten sam wykonawca jest wykluczony, a jego oferta wybrana jako najkorzystniejsza. Z tej perspektywy przepis może być rozumiany jako uprawnienie do wykluczenia z postępowania tych wykonawców, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza lub uprawnienie do wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, o ile wcześniej zostanie dokonana czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Dodatkowo powyższe wzmacnia wątpliwość na temat tego, kiedy dochodzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – jak się wydaje, z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej. Dotychczas decyzja w zakresie wykluczenia zapadała na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Informując o tej czynności wraz z zakończeniem postępowania zamawiający wykluczał wykonawcę z postępowania, przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego działania. Dopiero na gruncie art. 254 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. wprowadzono zasadę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo

unieważnienia postępowania. W przypadku uznania przez skład orzekający, że postępowanie na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych kończy się z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej, art. 24 ust. 12 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może stanowić podstawy do konwalidacji czynności Zamawiającego. Niezależnie od tego „uzdrowienie” czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nie jest możliwe z przyczyn wskazanych powyżej.

III Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie obu odwołań w całości, dopuszczenie dowodu ze wskazanych dokumentów oraz pominięcie wniosków odwołującego Foxmet o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka W. C. i przesłuchania strony – M. C.

W sprawie KIO 1854/21 Zamawiający wskazał, że wykluczenie Foxmet Sp. z o.o. z postępowania, dokonane 22 lipca 2021 r., ma bezpośredni wpływ na postępowanie odwoławcze o sygn. KIO 1854/21 i wniósł o uznanie bezprzedmiotowości zarzutów zawartych w odwołaniu KIO 1854/21.

Z „ostrożności procesowej” Zamawiający wskazał, iż na datę podejmowania decyzji w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej nie dopuścił się naruszenia przepisów. Podstawą bowiem ustalenia braku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów była treść wyroku KIO 697/20 z 12 czerwca 2020 r.

Zamawiający wskazał też, że w piśmie Foxmet Sp. z o.o. z 9 marca 2021 r. przedstawił wykaz pracowników, z którymi będzie realizował zadanie, w części II, dołączając kopię uprawnień geodety. W ocenie Zamawiającego wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. Natomiast w drugim piśmie z 9 marca 2021 r. przedstawił wykaz sprzętu, który zamierza wykorzystać przy realizacji zadania w części I oraz części II, w tym również ujęta została koparka Hitachi ZX 870 LCH-3 wraz z osprzętem o wysięgu do 50 m, jak również dwa dźwigi samochodowe 12-16 t. W ocenie Zamawiającego wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu.

W sprawie KIO 2250/21 Zamawiający wskazał, że, na podstawie, art. 24 ust. 7 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczył Foxmet Sp. z o.o. z postępowania.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący Foxmet swoją uwagę koncentruje głównie na odmiennym stanowisku Zamawiającego w toku postępowania KIO 1010/21, w którym Zamawiający popierał stanowisko Foxmet Sp. z o.o. w zakresie wystąpienia braku zmywy przetargowej. Dopiero przeprowadzone postępowanie KIO 1010/21 i ponowna analiza

czynności podejmowanych przez spółkę Foxmet oraz W. C. doprowadziły Zamawiającego do wniosku, iż spółka Foxmet oraz W. C. mogli zawrzeć niegodne z prawem porozumienie, którego celem i skutkiem było wyeliminowanie konkurencji na wolnym rynku.

Odwołujący Foxmet twierdzi, iż w sprawie KIO 1010/21 skład orzekający ustalił stan faktyczny w oparciu o niepełny materiał dowodowy, bowiem nie został przeprowadzony dowód z zeznań świadków i przesłuchania stron, jednak Foxmet Sp. z o.o. nie złożył wniosku o przeprowadzenie takich dowodów. Dowód z zeznań świadków wnoszony na obecnym etapie postępowania jest spóźniony i stanowi próbę bezzasadnego uzupełnienia materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie KIO 1010/21. Jednocześnie zawnioskowane dowody są nieprzydatne dla niniejszego postępowania, bowiem przedstawianie rzekomego przebiegu okoliczności faktycznych przez osoby bezpośrednio zainteresowane wynikiem rozstrzygnięcia nie może być podstawą ustaleń w zakresie braku istnienia zmowy przetargowej. Nadto w każdym z postępowań Foxmet Sp. z o.o. na tożsame okoliczności przedkładała dowody w postaci oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia, w związku z czym bezprzedmiotowe jest przesłuchiwanie M. C. na te same okoliczności, które zostały wskazane w oświadczeniu.

Odwołujący podniósł również, iż od czasu wydania wyroku w sprawie KIO 1010/21 nie nastąpiły żadne nowe okoliczności uzasadniające zmianę stanowiska Zamawiającego. Wbrew powyższemu dogłębna analiza charakterystycznego zachowania spółki Foxmet oraz W. C., a nadto bierność odwołującego Foxmet w toku rozprawy KIO 1010/21, polegająca na: braku wyjaśnienia, z czego wynikała rozbieżność w zakresie cen zaoferowanych przez W. C. i Foxmet Sp. z o.o.; braku uzasadnienia niezłożenia przez W. C. wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego

w zakresie rażąco niskiej ceny; braku wyjaśnienia, z jakich względów W. C. odmówił podpisania umowy w postępowaniu, którego przedmiotem była „likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Katowicach, KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I”; braku wyjaśnienia okoliczności uzasadniających brak przedłużenia terminu związania ofertą w postępowaniu: „Rozbiórka obiektów w Czerwionce Leszczynach” prowadzą do jednoznacznego wniosku, iż wystąpienie zdarzeń w postaci: braku składania wyjaśnień przez W. C., podobieństwo cenowe ofert W. C. i spółki Foxmet w sytuacji, gdy oferenci składając kolejne postąpienia nie mogą, chyba że pozostają w zmowie, znać szczegółów dotyczących wysokości oferty składanej przez innego oferenta, nieuzasadnionej rezygnacji z postępowań nie jest przypadkowe i wskazuje na istnienie zmowy przetargowej. Oczywistym jest, iż każda z poszczególnych okoliczności badana osobno może wskazywać na przypadek, jednakże zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego stwierdzić należy, iż ilość podobnych okoliczności faktycznych, będących skutkiem czynności podejmowanych przez W. C. i spółkę Foxmet prowadzi do wniosku, iż nie jest to kwestia

niezaplanowanego zbiegu okoliczności, a ściśle ustalona taktyka, której szczegóły zostały wypracowane w ramach wspólnego niedozwolonego porozumienia.

Wydanie wyroku w sprawie KIO 1010/21 z uwagi na wagę ujawnionych naruszeń skłoniło Zamawiającego do niezwłocznego ponownego przeanalizowania zachowania W. C. i Foxmet Sp. z o.o. w różnych postępowaniach. Ponowna analiza prowadzi do wniosku, iż mogły zaistnieć przesłanki wskazujące na wystąpienie zmywy przetargowej. Zamawiający nie zgadza się ze stwierdzeniem, iż wydanie wyroku w sprawie KIO 1010/21 nastąpiło w oparciu o błędne ustalenia faktyczne. Wykazanie niedozwolonego porozumienia nie musi się wiązać z koniecznością przedstawienia dowodów bezpośrednich na okoliczność zawarcia takiego porozumienia. Izba w wyroku KIO 1010/21 słusznie podkreśliła, iż „Odwołujący uprawdopodobnił, że określony sposób, czy też mechanizm postępowania przyjęty został przez Wykonawców: Przystępującego i Pana W. C. także w innych prowadzonych postępowaniach i nie był elementem strategii biznesowej. Działania podmiotów nie miały zatem przymiotu jednostkowego przypadku, ale były działaniem powtarzalnym w innych postępowaniach w różnych modelach działania, które jednak zawsze prowadziły do eliminacji jednego z podmiotów z postępowania celem zwiększenia szans drugiego podmiotu na uzyskanie zamówienia.” Powyższe stanowisko podziela również Zamawiający. W toku rozprawy KIO 1010/21 Foxmet Sp. z o.o. nie ustosunkował się do wszystkich zarzutów, zachowanie wskazywało przy tym, iż pominięcie niektórych kwestii nie jest wynikiem przypadku, a brakiem możliwości rzetelnego i nie budzącego wątpliwości uzasadnienia przebiegu zdarzeń, tak, aby zarówno Zamawiający, jak i skład orzekający był przekonany, że poszczególne zdarzenia były wynikiem niezamierzonego działania.

Podobieństwo w zakresie ceny zaoferowanej przez Foxmet Sp. z o.o. i W. C. (postępowanie KIO 1010/21) jest na tyle uderzające w porównaniu do pozostałych oferentów, iż budzi uzasadnione wątpliwości. Spółka Foxmet nie wyjaśniła, dlaczego zarówno ona, jak i W. C. zaoferowali ceny 45-krotnie wyższe niż pozostali oferenci. Zamawiający, po przeanalizowaniu działań podejmowanych w toku innych postępowań, doszedł do wniosku, iż Foxmet Sp. z o.o. i W. C. podejmowali działania mogące świadczyć o pozostawaniu w zmywie przetargowej. Zmiana stanowiska Zamawiającego wynika z wyczerpującego zbadania przez Zamawiającego powtarzalności czynności, których nie można w żaden sposób uzasadnić zgodnie z logiką i doświadczeniem życiowym. Odwołujący w treści odwołania wskazał, iż gdyby miało mieć miejsce niedozwolone porozumienie, to nie złożyliby ofert tak wyróżniających się na tle innych ofert, jak też, że składanie ofert znacznie przekraczających budżet Zamawiającego jest zjawiskiem powszechnym. Powyższe twierdzenia dowodzą jedynie tego, iż odwołujący Foxmet jako podmiot stale uczestniczący w postępowaniach Zamawiającego wiedział, iż wielokrotnie wykonawcy przeszacowują budżet zamówienia, w związku z czym był przekonany, iż złożenie dwóch podobnych ofert nie

wzbudzi podejrzeń Zamawiającego co do istnienia zmywy przetargowej, a może pozwolić na wyeliminowanie konkurencji poprzez uzyskanie zamówienia przez jednego z nich. Zamawiający zgadza się z twierdzeniem, iż wielokrotnie dochodzi do zaoferowania przez oferentów cen, które są rażąco wysokie i odrealnione od ceny przedmiotu zamówienia, jednakże w większości tego typu sytuacji praktycznie wszyscy oferenci oferują ceny na podobnym poziomie, a nie tylko dwóch bezpośrednio ze sobą powiązanych oferentów. Powyższa okoliczność początkowo nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, bowiem rozpatrywana jednostkowo mogła być wynikiem przypadku, jednakże w sytuacji spojrzenia kompleksowego budzi uzasadnioną obawę co do tego, czy zachowanie obu oferentów było uczciwe. Oferowanie cen na wysokim poziomie wynika z okoliczności podobieństwa w zakresie profilu działalności przedsiębiorców, posiadania podobnych rozwiązań technologicznych, w związku z czym tym bardziej nie ma podstaw do uznania, iż zaoferowanie 45-krotnie wyższej ceny przez dwóch oferentów o podobnym profilu działalności w stosunku do pozostałych oferentów jest wynikiem niezamierzonego działania, w szczególności w sytuacji, gdy spółka Foxmet nie wyjaśniła, co było podstawą ustalenia ceny na tak wysokim poziomie. Odwołujący Foxmet nie potrafił też wyjaśnić, z jakich względów W. C. nie złożył odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo iż jego oferta uplasowała się na pierwszym miejscu. Brak złożenia wyjaśnień skutkowało odrzuceniem tej oferty. Sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego jest zrezygnowanie z udziału w postępowaniu podmiotu, który zaangażował swój czas i środki bez żadnej uzasadnionej przyczyny. Przyczyny takiej rezygnacji mogą być różne, ale rolą spółki Foxmet było wówczas wyjaśnienie, z jakich względów odpowiedź nie została udzielona.

Do wykazania zmywy przetargowej nie jest wymagane istnienie dowodów bezpośrednich, które w tego typu przypadkach są niemal niemożliwe do uzyskania. Wykazanie zmywy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo i w przeważającej ilości przypadków podmioty dokonujące uzgodnienia, z uwagi na świadomość bezprawności swoich działań, starają się zachować swoje działania w tajemnicy. Pozwala to na przyjęcie obniżonych standardów dowodowych dla tej kategorii spraw – jako dopuszczalne uznaje się dowodzenia na podstawie dowodów pośrednich. W praktyce przeprowadzenie tego typu dowodu sprowadza się do zastosowania domniemań faktycznych.

W toku postępowania KIO 1010/21 została poruszona również kwestia postępowania „Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. Oddział w Katowicach KWK <<Boże Dary – Mysłowice – Wesola I>> Ruch KWK <<Mysłowice – Wesola I>>, znak ZP-MW 0007/20. W odwołaniu KIO 3095/20 Foxmet Sp. z o.o. zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej we wszystkich częściach postępowania poza tą, w której została wybrana oferta W. C. (część II). W zakresie części II wybór W. C. uprawomocnił się, lecz W. C. bez żadnego

wyjaśnienia odmówił zawarcia umowy. W związku z powyższym w rankingu pierwsze miejsce zajęła oferta wykonawcy Tree Capital Sp. z o.o., a W. C. zaskarżył tę czynność wyboru. Foxmet Sp. z o.o. na rozprawie w sprawie KIO 1010/21 nie wyjaśniła okoliczności, które miały miejsce w ww. postępowaniu.

Z uwagi na wagę naruszeń ujawnionych w toku postępowania KIO 1010/21 Zamawiający postanowił zbadać czynności podejmowane przez Foxmet Sp. z o.o. i W. C. w innych postępowaniach. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że Foxmet Sp. z o.o. i W. C. przyjęli model działania, w którym W. C. składa ofertę, a następnie rezygnuje z postępowania, zwiększając tym samym szansę na wygraną spółki Foxmet. Większość wykonawców składających oferty u Zamawiającego dysponuje tym samym zapleczem technicznym i rozwiązaniami technologicznymi, co prowadzi w konsekwencji do tego, iż różnice w punktacji pomiędzy poszczególnymi oferentami są niewielkie, zaś rezygnacja przez W. C. z postępowania prowadzi do realnej szansy na wygraną przez Foxmet Sp. z o.o. (w postępowaniu KIO 1010/21 wygrała spółka Foxmet, która zaoferowała cenę o 4.000.000 zł wyższą niż cena zaoferowana przez W. C.). Podczas rozprawy KIO 1010/21 spółka Foxmet podnosiła, iż należy zwrócić uwagę na to, czy faktycznie W. C. miał szansę na uzyskanie zamówienia. Zdaniem Foxmet Sp. z o.o. W. C. niejako przypadkiem złożył ofertę na tak niskim poziomie. Składając ofertę dla pozorów, zawierającą rażąco niską cenę, W. C. nie miał szans na udzielenie zamówienia, jednakże jego zamiarem nie było wygranie przetargu, a zwiększenie szansy na jego wygraną Foxmet Sp. z o.o. za kwotę odpowiednio wyższą. Drugim ze skutków działania W. C. i Foxmet Sp. z o.o. jest zmniejszenie zaoferowanej ceny przez pozostałych oferentów do ceny zaoferowanej przez W. C., która jest rażąco niska. W związku z działaniami ww. oferentów dochodzi do odrzucenia ofert niektórych oferentów. Działania oferentów wpływają zatem na realne zmniejszenie konkurencyjności, której efektem jest sztuczne zawężanie kręgu podmiotów biorących udział w postępowaniu, co bezpośrednio przekłada się na możliwość uzyskania zamówienia przez spółkę Foxmet.

Praktyka ograniczania ofert przetargowych dotyczy zatem porozumień pomiędzy pozornie konkurującymi oferentami, tj. Foxmet Sp. z o.o. i W. C., na mocy których W. C. decyduje się na wycofanie wcześniej złożonej oferty, ponieważ tak powinno być postrzegane niezłożenie wyjaśnień czy brak przedłużenia terminu związania ofertą. Praktyka ograniczania ofert przetargowych polega w istocie na tym, że W. C. nie składa swojej oferty do ostatecznego rozpatrzenia.

Stosownie do treści art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji,

w szczególności jeżeli, należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, iż przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Ustawodawca w tym przepisie posługuje się tylko pojęciem zakłócenia konkurencji, nie wskazując, iż zakłócenie to ma mieć miejsce tylko w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Prowadzi to do wniosku, że każde porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji zawarte z innymi wykonawcami jest podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przepisie tym wprowadzono także pojęcie wiarygodnych przesłanek, które należy rozumieć jako przesłanki przekonywające – godne zaufania. Mogą to być dowody poszlakowe, bowiem zamawiający nie ma obowiązku udowodnienia, a jedynie obowiązek stwierdzenia na podstawie wiarygodnych przesłanek, iż mogło dojść na podstawie występujących okoliczności do zmywy przetargowej. Analiza postępowań przeprowadzona przez Zamawiającego po wydaniu wyroku KIO 1010/21 wskazuje, iż wystąpił szereg okoliczności, które przemawiają za tym, iż oferta W. C. wielokrotnie była składana nie po to, aby oferent wygrał postępowanie, ale po to, aby umożliwić wygraną spółce Foxmet. Rolą Zamawiającego jest czuwanie nad prawidłowym przebiegiem postępowania, w związku z czym wykluczenie spółki Foxmet i W. C. wobec ujawnionych naruszeń było konieczne.

Co do wprowadzenia Zamawiającego w błąd Zamawiający wskazał, że dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania zarówno z uwagi na zawarcie porozumienia, jak i z uwagi na wprowadzenie w ramach rażącego niedbalstwa Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz z powodu niedbalstwa przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Odwołujący Foxmet kwestionuje, iż dopuścił się takiego wprowadzenia w błąd wskazując, iż fakty na jakie powołał się Zamawiający, wynikają z nieprawomocnego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1434/21. Jak wynika z treści pisma Zamawiającego z 22 lipca 2021 r., Zamawiający wskazał, iż okoliczność wprowadzenia Zamawiającego w błąd została dodatkowo potwierdzona w toku postępowania przed Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 25 czerwca 2021 r., sygn. KIO 1434/21. Nie oznacza to jednak, iż w tym zakresie Zamawiający nie dokonał ponownej analizy przedmiotowej sprawy. Ponadto oceny tej zmienić nie może stanowisko prezentowane w czasie posiedzenia w sprawie KIO 1434/21. Na skutek wyroku KIO 1434/21 Zamawiający dokonał ponownej weryfikacji odnośnie tego, czy Odwołujący wprowadził go w błąd, w szczególności w zakresie, czy Odwołujący przekazał Zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje co do polegania na

zasobach W. C. w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia oraz co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

IV Stanowisko przystępującego Foxmet Sp. z o.o.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1854/21 po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Foxmet Sp. z o.o.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu dokonał samooczyszczenia pismem z 23 kwietnia 2020 r. Wyjaśnił także, że w kwestii odwołania prokurenta zostało złożone oświadczenie o odwołaniu prokury z 15 listopada 2018 r., które stanowiło załącznik do wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców z 30 listopada 2018 r., którego wpływ do sądu potwierdza prezentata sądu z 5 grudnia 2018 r., który to jednak wniosek z powodu braków formalnych został zwrócony zarządzeniem z 11 grudnia 2018 r. Wniosek taki został złożony ponownie w 2020 r. i postanowieniem sądu z 8 maja 2020 r. zostały dokonane zmiany w KRS. Jeśli chodzi o przyczyny złożenia ponownego oświadczenia o odwołaniu prokury z 13 marca 2020 r. wyjaśnił, że prawdopodobnie doszło do zaginięcia oryginału oświadczenia z 15 listopada 2018 r. Sprawa formalnie powinna zostać załatwiona wcześniej, jednak nie została.

Na pytanie, czy poza wskazanymi jako dowód wnioskiem o zmianę danych i oświadczeniem z 15 listopada 2018 r. istnieją jakieś inne dokumenty potwierdzające odwołanie prokury, stwierdził, że nie. 23 kwietnia 2020 r. Przystępujący poinformował Zamawiającego o okolicznościach związanych ze skazaniem i podjętych środkach naprawczych. Skutek w postaci odwołania prokury nastąpił 15 listopada 2018 r., nie było więc obowiązku przedstawiania oświadczenia o braku skazania w stosunku do G. C. oraz stosowania samooczyszczenia, procedura ta została przeprowadzona z ostrożności.

Na pytanie, dlaczego w piśmie z 22 kwietnia 2020 r. odwoływał się do oświadczenia o odwołaniu prokury z 13 marca 2020 r., a nie do oświadczenia z 15 listopada 2018 r. odpowiedział, że dokument z 15 listopada 2018 r. na dzień złożenia przedmiotowego pisma nie był w dyspozycji wykonawcy, zaginął; oryginał tego oświadczenia znajduje się w aktach rejestrowych. Przedstawiona przez niego fotokopia wniosku została wykonana z akt sądowych, co potwierdza treść postanowienia sądu i kopia koperty. Natomiast oświadczenie zostało wykonane ze skanu, który odnalazł się u wykonawcy już po złożeniu pisma z 22 kwietnia 2020 r.

Przystępujący stwierdził, iż oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu było prawdziwe, ponieważ prokura wygasła wraz z oświadczeniem o odwołaniu prokury z listopada 2018 r. Wyjaśnienia z 22 kwietnia 2020 r. wynikały z niepewności co do stanu faktycznego

i zawierały błąd wynikający z bałaganu w dokumentach w zakresie oświadczenia z 2018 r. Podkreślił, że zgodnie z art. 109⁷ Kodeksu cywilnego prokura jest odwoływana na skutek oświadczenia zarządu, natomiast wpis jest deklaratoryjny. Wiara publiczna rejestru, na którą powołał się Odwołujący, dotyczy kwestii zobowiązaniowych i możliwości uchylecia się od skutków oświadczenia woli takiego odwołanego prokurenta, nie zaś podstaw wykluczenia zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Co do pozostałych zarzutów Przystępujący stwierdził, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie wymagał dodatkowych dokumentów. Przystępujący posługiwał się innymi podmiotami, jednak w tym postępowaniu Zamawiający zastrzegł obowiązek dysponowania geodetą, dlatego Przystępujący wskazał Z. L. Na potwierdzenie przedstawił oświadczenie Z. L. o zamiarze zawarcia umowy o pracę ze spółką Foxmet dla przedmiotowego zadania wraz z kopią uprawnień zawodowych.

Również w przypadku urządzeń wykaz był jedynym wymaganym dowodem. Foxmet Sp. z o.o. nie przedstawił innych dowodów, ponieważ Zamawiający ich nie wymagał. W innych postępowaniach przedstawiono dokumenty w tym zakresie, ale dlatego, że Zamawiający w ramach badania poziomu ceny rutynowo żądał wykazu środków trwałych. W wezwaniu do przedstawienia dokumentów Zamawiający wskazał na wykaz. Odwołanie KIO 1851/20 dotyczyło tego, że Odwołujący nie dysponował wymaganą koparką o wskazanych przez Zamawiającego parametrach, ponieważ członek konsorcjum opublikował na stronie internetowej wykaz posiadanego sprzętu, który jednak nie spełniał wymagań Zamawiającego. Foxmet zatem nie kwestionował dysponowania daną koparką czy przedstawionych dowodów na jej posiadanie, tylko jej parametry. Zarzuty Odwołującego w tym zakresie oparte są na gołosłownych twierdzeniach.

V Stanowisko przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DOMINEX Sp. z o.o. i TREE Capital Sp. z o.o.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2250/21 po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DOMINEX Sp. z o.o. i TREE Capital Sp. z o.o.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił stanowisko w piśmie z 31 sierpnia 2021 r.

VI Stanowisko przystępującego Developer i Recykling Sp. z o.o.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2250/21 po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Developer i Recykling Sp. z o.o.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił stanowisko w piśmie z 2 września 2021 r.

Podczas rozprawy Przystępujący podkreślił, iż Odwołujący w swojej argumentacji odnosi się do postępowania KIO 1010/21 – tamten wyrok był zainspirowany jednym postępowaniem przetargowym, ale Izba nie skupiła się tylko na tym jednym postępowaniu, lecz został przywołany szereg różnych postępowań, na podstawie których Izba stwierdziła, że mamy do czynienia z powtarzalnym mechanizmem działań wykonawcy. Argumentem Odwołującego co do nieprawidłowości wyroku KIO 1010/21 było to, że Izba nie oparła się na kluczowym, zdaniem Odwołującego, dowodzie z przesłuchania W. C. W tym postępowaniu odwoławczym Izba taki dowód dopuściła, jednak przesłuchanie świadka nie odbyło się.

Również w wyroku KIO 2254/21, KIO 2255/21, KIO 2258/21, w którym Izba oddaliła odwołania Foxmet i W. C., Izba podzieliła ustalenia ze sprawy KIO 1010/21, ale nie oparła się jedynie na wyroku KIO 1010/21, ale ponownie zbadała stan faktyczny. Kontrola merytoryczna wyroku KIO 1010/21 dokonywana będzie przez sąd okręgowy, a nie przez inny skład Izby.

Nawet jeśli niniejszy przetarg jest wcześniejszy, to Zamawiający musi wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania. Przesłanka zmaterializowała się dopiero później. Z tego powodu nikt nie zarzuca spółce Foxmet wprowadzenia Zamawiającego w błąd na etapie złożenia oferty, ale późniejsze oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu należałoby zaktualizować i można było skorzystać z *self-cleaningu*. Odwołujący z niego nie skorzystał, zatem nie przyznaje się do zmywy.

W przetargu rozpatrywanym w postępowaniu odwoławczym KIO 3095/20 przetarg obejmował pięć części, przy czym pan C. zajął pierwsze miejsce dla części II. Foxmet Sp. z o.o. złożył odwołanie w pozostałych czterech częściach, w których wybrano innego wykonawcę, a nie złożył w stosunku do części II. Następnie pan C. odmówił podpisania umowy w części II, a Foxmet Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie wyboru nowego wykonawcy, choć wcześniej części II nie kwestionował. Ustalenia w tym zakresie zostały poczynione w ramach postępowania KIO 1010/21. Zgadza się z Zamawiającym, że, aby ustalić mechanizm działania wykonawców, trzeba zbadać więcej niż jedno postępowanie przetargowe.

VII Stanowisko Izby

Rozpatrując złożone odwołania Izba na wstępie stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień

publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.).

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów, w szczególności treść dokumentów złożonych przez spółkę Foxmet w trakcie postępowania przetargowego nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego, pism oraz stanowisk Stron i Przystępujących przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W odwołaniu o sygn. akt KIO 1854/21 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1. art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Foxmet Sp. z o.o., pomimo iż osobę pełniącą w dacie składania ofert funkcję prokurenta tego wykonawcy skazano prawomocnie za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. za czyn zabroniony z art. 288 § 1 Kodeksu karnego i inne,

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 i art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Fomxet Sp. z o.o., który w dacie składania ofert przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a dotyczące braku podstaw wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na karalność prokurenta Foxmet Sp. z o.o. za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:

a) zaniechanie wykluczenia z postępowania Foxmet Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dla części II w odniesieniu do warunku dysponowania potencjałem zawodowym, tj. minimum 1 osobą do obsługi geodezyjnej w trakcie realizacji zadania (wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej),

b) zaniechanie wykluczenia z postępowania Foxmet Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dla części II w odniesieniu do warunku dysponowania potencjałem technicznym w zakresie sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, tj. warunku dysponowania koparką Caterpillar 330 LN z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o minimalnym zasięgu ramienia roboczego do 50 m lub inną koparką z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o równoważnych parametrach zasięgu ramienia roboczego oraz warunku dysponowania minimum dwoma żurawiami samochodowymi 12-16 t,

4. art. 24 aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zbadania, czy Foxmet Sp. z o.o., którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu,

5. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie obligatoryjnych działań przez Zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych zarzutów, i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Odwołujący wycofał zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania FOXMET Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dla części II w odniesieniu do warunku dysponowania potencjałem technicznym w zakresie sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, tj. warunku dysponowania koparką Caterpillar 330 LN z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o minimalnym zasięgu ramienia roboczego do 50 m lub inną koparką z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o równoważnych parametrach zasięgu ramienia roboczego, zatem, w oparciu o art. 520 ust. 1 i art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania

odwoławcze w formie postanowienia. *Per analogiam* odwołujący jest uprawniony także do cofnięcia poszczególnych zarzutów odwołania, a Izba orzeka w zakresie pozostałych zarzutów, zaś postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w wycofanym zakresie może zawrzeć także w wyroku.

Powołane przez Odwołującego art. 24 ust. 1 pkt 12, 13, 14, 16, art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 24aa ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 24 ust. 1: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

13) wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) o którym mowa w art. 165a, art. 181–188, art. 189a, art. 218–221, art. 228–230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270–309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, z późn. zm.5)) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1468 i 1495),

b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny,

c) skarbowe,

d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769);

14) wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13;

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Art. 22 ust. 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 24aa ust. 1: Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Art. 7 ust. 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.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 i art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku rozprawy Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Izba ustaliła, że w chwili składania ofert, tj. 12 marca 2020 r. G. C. figurował w Krajowym Rejestrze Sądowym jako prokurent spółki Foxmet Sp. z o.o. Zmiana wpisu w rejestrze nastąpiła w maju 2020 r., na wniosek spółki złożony 17 marca 2020 r., do którego załączono oświadczenie o odwołaniu prokury z 13 marca 2020 r. Powyższe nie było sporne pomiędzy Stronami i Przystępującym.

Nie było również sporne, że G. C., wyrokiem Sądu Rejonowego w Rybniku z 5 kwietnia 2017 r. został skazany na karę pozbawienia wolności za czyn z art. 160 § 1 Kodeksu karnego i art. 288 § 1 Kodeksu karnego i art. 157 § 1 Kodeksu karnego i art. 245 Kodeksu karnego. Wyrok ten uprawomocnił się 7 grudnia 2017 r.

O tym fakcie Zamawiający został poinformowany pismem pełnomocnika innego z wykonawców z 27 marca 2020 r. (na taką okoliczność powołał się Zamawiający w wezwaniu do spółki Foxmet).

W trakcie postępowania przetargowego Foxmet Sp. z o.o., pismem z 10 kwietnia 2020 r., poinformował Zamawiającego „na zasadzie art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych”, że w toku wewnętrznego audytu przeprowadzonego przez wykonawcę ustalono, iż w chwili upływu terminu składania ofert w postępowaniu wykonawca nie mógł potwierdzić braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie był w stanie uzyskać zaświadczenia z KRK dla G. C., które potwierdzałoby niekaralność prokurenta w zakresie czynów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z dniem 13 marca 2020 r. zarząd Foxmet Sp. z o. o. odwołał prokurę samoistną udzieloną G. C. W dniu 17 marca 2020 r. złożono wniosek do sądu o wykreślenie wpisu dotyczącego prokury z rejestru przedsiębiorców KRS. Wykonawca ustalił, że wyrokiem z 5 kwietnia 2017 r. Sąd Rejonowy w

Rybniku uznał G. C. za winnego umyślnego doprowadzenia do zderzenia dwóch samochodów. W chwili obecnej G. C. został już całkowicie zresocjalizowany, albowiem po odbyciu części kary został przedterminowo zwolniony. G. C. realizuje na bieżąco pozostałe obowiązki nałożone na niego w wyżej wymienionym wyroku. Pomimo braku związku pomiędzy czynem popełnionym przez G. C. a działalnością prowadzoną przez wykonawcę w ramach realizowanych zamówień publicznych, dążąc do zapewnienia maksymalnej transparentności swoich działań, zarząd Foxmet podjął decyzję o odwołaniu prokury udzielonej G. C. z dniem 13 marca 2020 r. Odwołanie prokury jest skuteczne z momentem jego dokonania. Wpis do rejestru przedsiębiorców KRS (wykreślenie prokury) jest obowiązkowy, ale ma charakter deklaracyjny. Z powyższego wynika, że z dniem 13 marca 2020 r. G. C. nie jest już prokurentem Foxmet Sp. z o. o. W zaistniałej sytuacji wykonawca wprowadził nową procedurę weryfikacji dokumentów przedkładanych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Podjęte czynności pozwolą w przyszłości uniknąć sytuacji, w której dokumenty przedkładane Zamawiającemu mogą budzić jakiegokolwiek wątpliwości. Okoliczność pełnienia funkcji prokurenta przez G. C. w okresie od 7 grudnia 2017 r. do 13 marca 2020 r. nie miała wpływu na zdolność wykonawcy do należytego wykonywania zobowiązań wynikających z zawartych umów, w tym udzielonych zamówień publicznych, a wykonawca z sukcesem realizował szereg kontraktów, w tym również zamówień publicznych. Zważywszy na podjęte działania naprawcze brak jest obaw o należyte wykonanie zamówienia publicznego objętego

Zamawiający, 21 kwietnia 2020 r., wskazując na uzyskanie od innego z wykonawców 27 marca 2020 r. informacji, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Foxmet Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego do oferty oświadczenia wykonawcy w trybie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wskazał, że posiadane przez niego informacje wskazują na wątpliwości co do rzetelności wykonawcy koniecznej do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał też, że, w oparciu o art. 24 ust.8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wzywa wykonawcę do przedstawienia wyjaśnień i dowodów w zakresie naprawienia szkody lub zadośćuczynienia krzywdzie doznanej przestępstwem, wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz rodzaju współpracy podjętej z organami ścigania oraz podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Okoliczności te nie wynikają z pisma Wykonawcy z 10 kwietnia 2020 r.

W odpowiedzi, pismem z 22 kwietnia 2020 r. Foxmet Sp. z o.o. ponownie „na zasadzie art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych” potwierdził, że podjęte przez niego środki są

wystarczające do wykazania swojej rzetelności. Z dniem 13 marca 2020 r. zarząd Foxmet Sp. z o. o. odwołał ww. prokurę, a 17 marca 2020 r. złożył wniosek o wykreślenie wpisu dotyczącego prokury z rejestru przedsiębiorców KRS. W celu udowodnienia naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem były prokurent przekazał wykonawcy dokumenty potwierdzające uiszczenie kosztów postępowania sądowego w wysokości 1.561,20 zł, zapłatę kwoty 5.000,00 zł tytułem nawiązki, zapłatę kwoty 528,00 zł tytułem zwrotu wydatków związanych z ustanowieniem pełnomocnika w sprawie w I instancji, zapłatę kwoty 840,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym. Ponadto powiadomił wykonawcę o przebiegu wykonywania orzeczonej przez sąd kary – 7 listopada 2019 r. został on przedterminowo zwolniony. Równocześnie realizuje na bieżąco pozostałe obowiązki nałożone na niego w wyroku skazującym. Czyn, za który skazano G. C. nie ma związku z działalnością prowadzoną przez wykonawcę. Wykonawca wskazał też, że próba odwołania prokury miała miejsce już w 2017 roku, ale z przyczyn proceduralnych oraz formalnych nie została pozytywnie zakończona. Pomimo braku związku pomiędzy czynem a działalnością wykonawcy w ramach realizowanych zamówień publicznych, wykonawca podjął decyzję o odwołaniu prokury udzielonej G. C z dniem 13 marca 2020 r. Podjęcie konkretnych działań kadrowych w postaci odwołania prokurenta jest wystarczające dla zapobiegania nieprawidłowościom w dokumentach składanych przez wykonawcę w toku postępowań przetargowych w przyszłości. Odwołanie prokury pozwala uznać, iż skazanie byłego prokurenta nie będzie wpływać w żaden sposób na realizację bieżących zamówień publicznych. Podjęte decyzje personalne stanowią potwierdzenie dla Zamawiającego, iż Foxmet Sp. z o. o. może być uznana za wiarygodnego partnera w umowie. Jednocześnie w ramach nowych środków organizacyjnych wykonawca wprowadził nową procedurę weryfikacji dokumentów przedkładanych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Pracownicy wykonawcy odpowiedzialni za przygotowywanie ofert oraz prowadzenie korespondencji z Zamawiającym zostali zobligowani do ścisłego przestrzegania nowo wdrożonej procedury we współpracy z kancelarią adwokacką świadczącą na rzecz wykonawcy wyspecjalizowane doradztwo prawne w zakresie zamówień publicznych. Podjęte środki pozwolą w przyszłości uniknąć sytuacji, w której dokumenty przedkładane Zamawiającemu mogą budzić jakiegokolwiek wątpliwości. Zważywszy na podjęte działania naprawcze brak jest obaw o należyte wykonanie zamówienia publicznego objętego przedmiotowym postępowaniem przetargowym.

Następnie, 17 czerwca 2020 r. Zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty spółki Foxmet jako najkorzystniejszej dla części I i II.

Jak wynika z powyższej informacji o odwołaniu G. C. prokury 15 listopada 2018 r. pojawiła się dopiero podczas rozprawy 2 września 2021 r., nie została wcześniej przekazana Zamawiającemu i nie stanowiła podstawy podejmowanych przez niego działań. Tym samym, w opinii Izby, nie może być brana jako okoliczność przesądzająca o nieistnieniu tej prokury w dniu składania ofert, tj. 12 marca 2020 r.

Dodatkowo Izba stwierdziła, że Foxmet Sp. z o.o. nie przedstawił jednoznacznie wiarygodnych dowodów na powyższą okoliczność, ponieważ powołał się na oświadczenie załączone do złożonego do sądu wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców z 30 listopada 2018 r. (który z powodu braków formalnych został zwrócony zarządzeniem z 11 grudnia 2018 r.). Jednak przystępujący Foxmet podczas rozprawy 2 września 2021 r. przedstawił jedynie kopie powyższych dokumentów, niepotwierdzone nawet za zgodność z oryginałem. Także podczas rozprawy 1 października 2021 r., pomimo że wskazał, że przedstawia dowód w postaci „odpisu akt związanych ze złożeniem zwróconego wniosku o zmianę wpisu w KRS z 2018 r.”, w istocie złożył jedynie odpis zarządzenia z 11 grudnia 2018 r. o zwrocie wniosku z 30 listopada 2018 r., które w swojej treści nie wskazywało, jakich konkretnych danych dotyczy, a także odpis akt dotyczący wniosku o zmianę wpisu z roku 2020. Zatem powyższe może być potwierdzeniem, że Foxmet Sp. z o.o. złożyła przedmiotowy wniosek, natomiast nie potwierdza treści tego wniosku.

Tym samym Izba przyjęła, że nie ma podstaw do stwierdzenia, że 12 marca 2020 r. G. C. nie był już prokurentem spółki Foxmet, a tym samym, uznała, że na ten dzień (dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu) istniała wobec spółki przesłanka wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z związku z powyższym zaś – w dalszej kolejności, Izba ustaliła, czy wobec spółki Foxmet zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub art. 24 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu

zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Art. 24 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8.

Foxmet Sp. z o.o. do oferty załączył oświadczenie z 5 marca 2020 r. „Oświadczenie wykonawcy w trybie art. 25 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych”, w którym oświadczył m.in.: „Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust I pkt 12-22 ustawy Pzp. Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1 ustawy Pzp. Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu i w SIWZ.” Oświadczenie zostało podpisane przez prezes zarządu Monikę Czaplińską.

Niezależnie od poglądów, czy tzw. *self-cleaning*, o którym mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi być dokonany już w momencie składania wraz z ofertą oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i z własnej inicjatywy wykonawcy, czy też może on dokonać tego dopiero na wniosek zamawiającego, w ocenie Izby bezsporne jest, że takie działanie wykonawcy jest spóźnione w momencie, gdy zamawiający w danym postępowaniu podejmie informacje o podstawach wykluczenia wykonawcy od innych, konkurujących z nim wykonawców i rozpocznie wyjaśnienia w kierunku weryfikacji, czy nie został wprowadzony w błąd (niezależnie, czy taką okoliczność wyartykułuje w wezwaniu do wyjaśnień, czy też nie). Należy zwrócić uwagę, że w przywoływanym podczas rozprawy wyroku sygn. KIO 697/21 z 12 czerwca 2021 r. skład orzekający sam podkreślił okoliczność, że w badanym postępowaniu przetargowym Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, gdyż wiedzę o karalności pana C. powziął od samej spółki Foxmet w wyniku przedstawienia przez nią informacji z KRK zawierającej adnotację o takiej karalności – w niniejszym postępowaniu natomiast okoliczności sprawy były odmienne i Zamawiający powołał się na informację od pełnomocnika innego, konkurującego wykonawcy.

W kwestii zaś wprowadzenia Zamawiającego w błąd Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że wyjątkowo mało prawdopodobne jest, by prezes zarządu spółki – M. C., będąca prywatnie małżonką G. C., nie posiadała wiedzy o karalności G. C. Jako wykonawca biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powinna też była zapoznać się z przepisami dotyczącymi podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, w tym art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i wymienionymi tam rodzajami przestępstw oraz osobami, których takie wykluczenie dotyczy. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie doszukała się żadnych okoliczności ekskulpujących, które pozwalałyby na stwierdzenie, że składając przedmiotowe oświadczenie, jak też dokonując

innych działań w postępowaniu związanych z omawianymi przesłankami wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca nie działał co najmniej w warunkach rażącego niedbalstwa.

W związku z powyższym Izba uznała, że wskazane zarzuty potwierdziły się.

Izba uznała natomiast, że zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Foxmet Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunku dysponowania minimum 1 osobą do obsługi geodezyjnej w trakcie realizacji zadania (wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej) oraz warunku dysponowania minimum dwoma żurawiami samochodowymi 12-16 t nie potwierdziły się.

Zgodnie z punktem 5.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu” podpunkt 1. Zamawiający miał uznać za spełniony warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykonawca wykaże się:

a) dysponowaniem osobami skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi posiadającymi uprawnienia w zakresie, w tym m.in. minimum 1 osobą do obsługi geodezyjnej w trakcie realizacji zadania zgodnie z ustawą Prawo budowlane (wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej) oraz

c) dysponowaniem potencjałem technicznym w zakresie sprzętu niezbędnego do realizacji zadania objętego zamówieniem, w tym m.in. minimum dwoma żurawiami samochodowymi 12-16 t.

Zgodnie z punktem 8. podpunkt A specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Oświadczenia i dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, które na wezwanie zamawiającego składa wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona” Zamawiający żąda od wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

1) Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wzór dokumentu,

3) Wykaz urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – załącznik wzór dokumentu.

Przystępujący Foxmet przedstawił wymagane wykazy osób i urządzeń technicznych, w których wskazał odpowiednio geodetę – Z. L. oraz żurawie samochodowe. Podczas rozprawy przedstawił także oświadczenie Z. L. o zamiarze zawarcia umowy o pracę ze spółką Foxmet dla przedmiotowego zadania wraz z kopią uprawnień zawodowych. Co do wymaganych urządzeń stwierdził, że przedmiotowy wykaz był jedynym wymagany przez Zamawiającego dowodem.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie kwestionował poprawności przedstawionego wykazu osób ani wykazu urządzeń. Swój wniosek, że spółka Foxmet nie będzie dysponowała osobą geodety, Odwołujący oparł na fakcie, że w przeszłości, w innych postępowaniach spółka ta nie zatrudniała geodety na umowę o pracę, lecz korzystała z usług innego przedsiębiorstwa. Jednak w ocenie Izby nie jest to żadnym dowodem, że w niniejszym postępowaniu również musi podjąć taką decyzję i że nie zatrudni geodety bezpośrednio. Nie jest przeszkodą także to, że osoba taka zostanie zatrudniona dopiero w przyszłości, na okres wykonywania danej pracy. Jak już Izba wskazywała wielokrotnie, trudno bowiem wymagać od wykonawców, by ponosili koszty utrzymania zasobów potrzebnych do wykonania jednego konkretnego zadania przez okres do wykonania tego zadania niepotrzebny, zanim jeszcze nawet powezmą pewność, że dane zamówienie uzyskają.

Co zaś do kwestii dysponowania żurawiami Izba stwierdziła, że spółka Foxmet spełniła wymogi formalne związane z wykazaniem dysponowania dwoma żurawiami samochodowymi, tj. wskazała je w wykazie przedstawionym na żądanie Zamawiającego, a sam Odwołujący żadnych konkretnych zarzutów w tym zakresie nie sformułował.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się

Jak wskazano powyżej, Izba uznała, że zarzuty częściowo potwierdziły się. Jednak, zgodnie z dyspozycją art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Izba może uwzględnić odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, zatem *a contrario* – pomimo stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie uwzględnia odwołania, jeśli naruszenie to nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania. W niniejszym postępowaniu przetargowym Zamawiający finalnie wykluczył spółkę Foxmet z postępowania z innych przyczyn, tym samym zaistnienie innych podstaw do wykluczenia tego wykonawcy nie ma obecnie wpływu na wynik postępowania. W związku z tym Izba postanowiła oddalić odwołanie w całości.

W odwołaniu o sygn. akt KIO 2250/21 odwołujący Foxmet Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1. art. 24 ust. 7 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z tym przepisem wykluczenie go z postępowania, tj. błędne ustalenie, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy tymczasem Odwołujący takiego porozumienia nie zawarł,
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z tym przepisem wykluczenie go z postępowania, tj. dokonanie ustalenia, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy tymczasem Zamawiający nie dokonał pogłębionej analizy sprawy, bazując w swej decyzji na błędnych ustaleniach w wyroku w sprawie o sygn. KIO 1010/21, tym samym naruszając równe traktowanie Odwołującego w postępowaniu i naruszając bezstronność i obiektywizm,
3. art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z tym przepisem wykluczenie go z postępowania pomimo tego, że złożona przez niego oferta w części I oraz części II postępowania została wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający nie dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, czego skutkiem jest zachowanie w obrocie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i tym samym niezgodne z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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.

Art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 18 i 20 lub ust. 5 pkt 2 i 4, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba stwierdziła, że zasadniczym zarzutem przedmiotowego odwołania jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych związany z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z 22 lipca 2021 r.

Jak wskazał Zamawiający w informacji o wykluczeniu z 22 lipca 2021 r. Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 7 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r., ponieważ z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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. W ramach uzasadnienia swojej decyzji Zamawiający wskazał, że wykluczenie wykonawcy nastąpiło z uwagi na zawarcie pomiędzy Foxmet Sp. z o.o. a W. C. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co zostało dodatkowo potwierdzone w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie KIO 1010/21. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-M-0024/20 pn. *Rozbiórka wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze* Foxmet Sp. z o.o. wraz z W. C. zawarli niedozwolone porozumienie zakłócające konkurencję. Z uwagi na zawarcie niedozwolonego porozumienia zakłócającego konkurencję Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucić ofertę Foxmet Sp. z o.o. W związku z treścią art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku stwierdzenia, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Jak wynika więc z powyższej informacji o wykluczeniu Odwołującego, jego podstawą było zawarcie niedozwolonego porozumienia zakłócającego konkurencję w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-M-0024/20 pn. *Rozbiórka wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze*, co, jak wskazał Zamawiający, „zostało dodatkowo potwierdzone w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie KIO 1010/21”.

W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający nie wskazał na inne podstawy faktyczne wykluczenia niż jedynie postępowanie na *Rozbiórkę wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze*, nawet na sam wyrok KIO 1010/21, który jedynie „dodatkowo potwierdził” wskazane porozumienie. Zatem dalsze wywody dotyczące innych okoliczności (innych postępowań przetargowych), w szczególności wskazane w odpowiedzi na odwołanie wykraczają poza zakres wykluczenia – na co słusznie podczas rozprawy zwrócił uwagę Odwołujący.

Odwołujący podczas rozprawy także słusznie zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający wyjątkowo lakonicznie uzasadnił powody wykluczenia go z postępowania – jednak Odwołujący nie podniósł takiego zarzutu w odwołaniu, zatem Izba nie ma podstaw do nakazania Zamawiającemu powtórzenia tej czynności i sporządzenia bardziej wyczerpującego uzasadnienia swojej decyzji. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Powyższe ma też odwrotną implikację – otóż podobny skutek ma brak wskazania w odwołaniu pewnych istotnych okoliczności (zarzutów i ich uzasadnienia), które mogą przesądzić o uwzględnieniu lub nieuwzględnieniu przez zamawiającego odwołania, a w konsekwencji także jego uwzględnieniu lub nieuwzględnieniu przez Izbę. I podobnie jak w przypadku odpowiedzi na odwołanie, która nie może zastąpić informacji o wykluczeniu, tak późniejsze działania odwołującego nie mogą zastąpić braków odwołania.

W przedmiotowym odwołaniu Odwołujący, zamiast odnieść się do wykazania, że nie zaszyły w stosunku do niego przesłanki wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, kwestię tę niejako pominął, skupiając się na przywoływaniu przepisów prawa i ogólnych stwierdzeniach, które nic nie wnoszą do niniejszej sprawy, zwłaszcza w zakresie dowodowym, oraz na wskazywaniu wad wyroku w sprawie KIO 1010/21 i błędach i niekonsekwencjach logicznych, jakie jego zdaniem popełnił skład orzekający w tamtej sprawie. Jednak – na co słusznie zwrócił uwagę Przystępujący – temu służy skarga na orzeczenie do sądu okręgowego, a nie środek ochrony prawnej w postaci odwołania w niniejszej sprawie. Tym samym Izba w niniejszym wyroku nie czuje się uprawniona do oceny wcześniejszego orzeczenia, zaś brak argumentacji Odwołującego zmierzającej do wykazania braku przesłanek powoduje, że nie ma podstaw do oceny, czy zaistniały przesłanki wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przy czym Izba, pomimo powyżej wskazanego braku argumentacji w odwołaniu, zaaprobowała wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka W. C. i taki dowód dopuściła – wniosek następnie przez Odwołującego wycofany. Jak też dopuściła

wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony – M. C. (finalnie pani Czaplińska złożyła oświadczenie jako pełnomocnik strony).

Co do przedstawionego przez Odwołującego oświadczenia W. C. z 30 czerwca 2021 r. Izba stwierdziła, że jest ono lakoniczne i trudne do weryfikacji, na ile odpowiada okolicznościom faktycznym, niewiele więc wnosi w kwestii dowodowej w zakresie niniejszej sprawy.

W konsekwencji odroczenia rozprawy w celu wezwania świadka Odwołujący zyskał też dodatkowy miesiąc na przygotowanie się do rozprawy, zaś od wskazywanej rozprawy z 18 czerwca 2021 r., gdzie, jak twierdzi, został zaskoczony nowymi informacjami, upłynęły ponad trzy miesiące, w czasie których również mógł przygotować stosowną argumentację i zgromadzić dowody.

Należy podkreślić, że niezależnie od ewentualnie stwierdzonych braków w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, postępowanie odwoławcze kieruje się prawami postępowania kontradyktoryjnego i z chwilą wniesienia odwołania ciężar udowodnienia, że zarzuty odwołania są słuszne, spoczywa na odwołującym, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ma tu też zastosowanie generalna zasada wynikająca z art. 6 Kodeksu cywilnego, według której ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Ciężarowi temu Odwołujący nie sprostał.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z tym przepisem wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo tego, że złożona przez niego oferta w części I oraz części II postępowania została wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający nie dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Z proceduralnego punktu widzenia nie ma bowiem przesądzającego znaczenia, czy zamawiający daną czynność formalnie unieważni, a następnie dokona nowej lub innej czynności, czy też jedynie dokona nowej czynności, która niweczy czynność wcześniejszą, czyli *de facto* automatycznie ją unieważnia. Oczywiście jest, że oferta wykonawcy wykluczonego nie może być jednocześnie ofertą najkorzystniejszą, którą może być tylko oferta nie podlegająca odrzuceniu, złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu. Z drugiej strony – sam fakt uznania oferty za najkorzystniejszą nie chroni jej w żaden sposób przed późniejszym jej odrzuceniem lub późniejszym wykluczeniem wykonawcy – w szczególności, jeśli przesłanki odrzucenia lub wykluczenia zajdą dopiero później lub też dopiero później zostaną ujawnione albo czynność zamawiającego zostanie skorygowana – czy to w wyniku rozstrzygnięcia środków ochrony

prawnej, kontroli prezesa Urzędu Zamówień Publicznych lub własnej czynności zamawiającego.

W zakresie podnoszonych wątpliwości Odwołującego co do znaczenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba zwraca uwagę, że zasadniczy spór w tej kwestii został zakończony jeszcze przed wprowadzeniem art. 254 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., wraz z wydaniem uchwały Sądy Najwyższego z 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10, w której Sąd wskazał, że „postępowanie <<o udzielenie zamówienia publicznego>> na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.” Zatem nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego o niemożności późniejszego wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Co zaś do samego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, że przepis ten w ogóle nie ma zastosowania w niniejszej sytuacji, ponieważ Odwołujący nie podnosił kwestii nieprawidłowej oceny ofert według kryteriów oceny ofert, którego to zagadnienia dotyczy ten przepis.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1, § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 10.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis, obejmujący m.in. wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego lub uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z kolei zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący, a Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez obu Odwołujących wpis w wysokości 10.000 złotych, natomiast Zamawiający nie wniósł o zasądzenie kosztów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....