

Sygn. akt: KIO 1457/22

WYROK
z dnia 23 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Rafał Malinowski
Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2022 r. przez **Dominex Sp.** z siedzibą w Bytomiu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach.

z

ul. Metalowców 3C, 41-600 Świętochłowice w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Spółce Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach.
2. Kosztami postępowania obciąża Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu na rzecz Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont budynku nadszybia szybu „Jan III” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział CZOK”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 2022/BZP 00147212/01.

W dniu 30 maja 2022 r. wykonawca Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, w której przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne ww. decyzji w ogóle nie dotyczy zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu przetargowym nr ZP-CZOK-0020/22;

2. Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której w sprawie nie wystąpiło zdarzenie

o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, a w konsekwencji nie mamy do czynienia z sytuacją, w której okres wykluczenia Odwołującego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego miałby trwać 3 lata od zaistnienia zdarzenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp;

w razie oddalenia ww. zarzutów:

3. Art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oraz Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, w której Zamawiający nie wykazał, że nie upłynęły 3 lata od zaistnienia zdarzenia

będącego podstawą wykluczenia z postępowania, a także nie przedstawił uzasadnienia faktycznego swojej decyzji odnoszącego się do art. 111 pkt 4) ustawy Pzp;

4. Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że istnieją wiarygodne przesłanki świadczące o tym, że w toku postępowania

nr ZP-BD-0012/20 Odwołujący zawarł z firmą NOMET S. N. porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Kwestionując decyzję Zamawiającego z dnia 25 maja 2022 r. Odwołujący wskazał, że okoliczność, na której oparta jest zaskarżona decyzja Zamawiającego, tj. wykluczenie z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z powołaniem się na rzekome zawarcie zmowy przetargowej w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 była przedmiotem szeregu spraw odwoławczych, tj. KIO 3012/21; KIO 3019/21; KIO 3106/21; KIO 3707/21; KIO 3637/21; KIO 296/21; KIO 344/21. W sprawach tych dotychczas wydane zostały dwa prawomocne orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie, tj. o sygn. akt XXIII Zs 156/21 oraz XXIII Zs 21/22.

Uzasadniając przedmiotowy zarzut Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Zarzut 1

Odwołujący na wstępie wskazał, że to Zamawiający prowadził postępowanie o nr ZP-BD-0012/20. Postępowanie to w zakresie cz. I, której dotyczy zarzut zmowy przetargowej, zostało zakończone w dniu 28 grudnia 2020 r. (moment zawarcia umowy). Odwołujący zaznaczył, że w toku prowadzenia ww. postępowania Zamawiający nie formułował żadnych zarzutów i twierdzeń dotyczących rzekomego zawarcia pomiędzy Odwołującym a NOMET S. N. zmowy przetargowej dotyczącej postępowania nr ZP-BD-0012/20. Zamawiający nie podjął w stosunku do tych podmiotów decyzji o wykluczeniu z postępowania nr ZP-BD-0012/20 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20) ówczesnej ustawy Pzp. Ponadto, żaden z wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu takich zarzutów nie formułował.

Zdaniem Odwołującego, brak zastosowania w stosunku do Odwołującego, w toku historycznego postępowania, przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 20) ówczesnej ustawy Pzp oznacza, że nie jest obecnie możliwe zastosowanie w stosunku do niego przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w toku innych postępowań przetargowych

z powołaniem się na rzekome zawarcie z umowy przetargowej w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20. Odwołujący podał, że gdyby w toku tego postępowania stwierdzono zawarcie z umowy przetargowej, to w tej sytuacji, ze względu na art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20) ustawy Pzp następowaloby na okres 3 lat, z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia.

Jak wskazał Odwołujący, wykluczenie na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp może mieć zastosowanie z powołaniem się na z umowę w historycznym postępowaniu, ale tylko pod warunkiem, że w toku tego historycznego postępowania nastąpiło stwierdzenie zawarcia z umowy przetargowej, co skutkowało zastosowaniem przesłanki wykluczenia.

Odwołujący zwrócił uwagę na art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, który stanowi, że wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis art. 111 pkt 4) ustawy Pzp ustanawia okres wykluczenia w razie stwierdzenia z umowy przetargowej, a w konsekwencji wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że celem art. 111 pkt 4) ustawy Pzp nie jest określenie, że badanie wystąpienia z umów przetargowych w postępowaniach historycznych może następować przez okres 3 lat.

Odwołujący podniósł, że dokonanie wykładni art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w ten sposób, że dopuszcza on możliwość badania wystąpienia z umowy przetargowej w jakichkolwiek postępowaniach następujących po postępowaniu objętym rzekomą z umową przetargową i prowadzonych przez jakichkolwiek zamawiających prowadziłoby do braku pewności prawa, na co Sąd w sprawach XXIII Zs 156/21 oraz XXIII Zs 21/22 wielokrotnie zwracał uwagę. Niezależnie od braku stwierdzenia podstaw do wystąpienia z umowy przetargowej przez zamawiającego prowadzącego postępowanie objęte rzekomą z umową, inni zamawiający mogliby wielokrotnie podejmować próby wykazywania, że w postępowaniu historycznym doszło do z umowy. Gdyby w danej sprawie odwoławczej Izba uznała, że nie ma podstaw do stwierdzenia z umowy, to nie oznaczałoby to braku możliwości kolejnego podnoszenia tych samych zarzutów, aż do skutku.

Odwołujący wskazał, że z literalnej treści art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wynika, że ta podstawa wykluczenia może znaleźć zastosowanie wyłącznie w razie zawarcia z umowy

przetargowej dotyczącej aktualnie prowadzonego postępowania, a nie historycznego. Powyższe wynika choćby z tej części przepisu, która wskazuje, że wykluczenie następuje jeżeli „wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie”. Podstawą wykluczenia jest zatem porozumienie zawarte pomiędzy podmiotami mającymi status wykonawcy w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający powołuje się na rzekome porozumienie zawarte pomiędzy Odwołującym, a NOMET S. N., który to podmiot bezsprzecznie nie ma statusu wykonawcy (nie składał oferty).

Jak zauważył Odwołujący, gdyby w toku przedmiotowego postępowania odwoławczego Izba miała kompetencje do ustalenia zawarcia zmywy przetargowej w postępowaniu historycznym nr ZP-BD-0012/20, to podmiotem pozbawionym ochrony swojego interesu w toku takiego postępowania byłaby firma NOMET S. N. Podmiot ten, jako nie składający oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie miałby nawet możliwości przystąpienia do postępowania odwoławczego i ochrony swojego interesu.

Ponadto, Odwołujący podał, że przepis art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w części wskazującej jako przykład porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji złożenie odrębnych ofert przez wykonawców należących do jednej grupy kapitałowej wskazuje, że wykluczenie nie następuje jeżeli wykonawcy, którzy złożyli odrębne oferty wykażą, że przygotowali je niezależnie od siebie. Skoro zatem wykonawcy posądzeni o udział w znowie mogą wykazać, że oferty przygotowali niezależnie od siebie, to oczywistym jest, zdaniem Odwołującego, że w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp chodzi o wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Podmiot posądzony o udział w znowie, który nie składał oferty w postępowaniu, nie ma statusu wykonawcy i w ogóle nie miałby możliwości wykazania, że oferty w postępowaniu historycznym przygotował niezależnie od innych wykonawców.

W ocenie Odwołującego, użyte w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp sformułowanie „wykonawca zawarł z innymi wykonawcami” przesądza, że ta przesłanka wykluczenia może znaleźć zastosowanie wyłącznie w razie wykazania, że w toku aktualnego postępowania, wykonawcy ubiegający się o nie, zawarli porozumienie zakłócające konkurencję.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, przyjęcie, że wykazanie zaistnienia zmywy przetargowej w danym postępowaniu może nastąpić w jakimkolwiek innym postępowaniu, prowadzonym przez jakiegokolwiek innego zamawiającego, prowadziłoby do niedającego się zaakceptować wniosku, że to ten inny zamawiający miałby oceniać, czy oferty/wnioski złożone przez wykonawców z jednej grupy kapitałowej w toku innego postępowania były przygotowane przez nich niezależnie od siebie. Jak natomiast miałby oceniać powyższe

zamawiający, który danego postępowania nie przeprowadzał, nie zna jego specyfiki, przedmiotu, uwarunkowań itp.

Odwołujący powołał się również na treść rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. W §2 ust. 1 pkt 2) tego rozporządzenia mowa jest o dokumencie składanym w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że treść tego przepisu rozporządzenia potwierdza, że oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej dotyczy aktualnego postępowania i odnosi się do sytuacji, w której „wykonawca z innym wykonawcą” należącym do jednej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty. Chodzi zatem o podmioty mające status wykonawcy w aktualnym postępowaniu, a zatem art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp dotyczy zawarcia nielegalnego porozumienia wyłącznie pomiędzy podmiotami posiadającymi status wykonawcy w tym aktualnym postępowaniu.

Jak wskazał Odwołujący, ww. rozumienie art. 108 ust. 1 pkt 5) oraz art. 111 pkt 4) ustawy Pzp znajduje ponadto potwierdzenie w art. 57 ust. 4 lit. d) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), którego implementację do porządku krajowego stanowi art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp oraz art. 57 ust. 7 ww. dyrektywy, który implementowany jest przez art. 111 pkt 4) ustawy Pzp.

Przepis art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE, zdanie trzecie, stanowi:

– Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1 (wyjaśnienie własne: obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania), i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4 (fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania).

Odwołujący stwierdził, że brzmienie art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE jest w zasadzie tożsame do brzmienia art. 111 pkt 4) ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że w kwestii interpretacji użytego w art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE pojęcia „zdarzenie” wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 24.10.2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke München GmbH, a analiza Trybunału w tym zakresie potwierdza prezentowaną przez Odwołującego wykładnię art. 108 ust. 1 pkt 5) oraz art. 111 pkt 4) ustawy Pzp.

W pkt 34 ww. orzeczenia wskazano:

– „Poprzez pytania trzecie i czwarte, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować

w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia należy liczyć od daty wydania decyzji tego organu.”

Z powyższego wynika, jak uznał Odwołujący, że przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału była właśnie przesłanka wykluczenia z postępowania dotycząca zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (przesłanka wykluczenia z postępowania uregulowana w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy) i ocena, od jakiego momentu należy liczyć okres wykluczenia. Odwołujący wyjaśnił, że sprawa będąca przedmiotem rozstrzygnięcia TSUE dotyczyła decyzji federalnego urzędu antykartelowego, który nałożył na Vossloh Laeis karę za to, że brała ona do roku 2011 udział w porozumieniach dążących do zakłócenia konkurencji w ramach kartelu szynowego (wynika to wprost z pkt 35 orzeczenia). Trybunał rozstrzygał zatem, czy okres wykluczenia należy liczyć od dnia wydania decyzji przez federalny urząd antykartelowy, czy od dnia zakończenia uczestnictwa w kartelu.

Rozstrzygając powyższą kwestię Trybunał uznał:

– Pkt 37 Choć art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru „odnośnego zdarzenia”, ani w szczególności momentu, w którym ono następuje, należy zauważyć, że przepis ten przewiduje w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, że jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia.

W powyższym motywie Trybunał uznał zatem, że w świetle art. 57 ust. 7 dyrektywy zasadą jest, że okres wykluczenia liczy się nie od dnia popełnienia czynu wypełniającego znamiona naruszenia (np. zawarcia zмовы przetargowej), ale od daty skazania, która przypada niekiedy sporo po popełnieniu czynu.

W dalszej części orzeczenia TSUE wskazał:

– „38 W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiednią podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat

przewidziany

w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji.”

– 41 W rezultacie okres wykluczenia oblicza się nie od chwili uczestnictwa w kartelu, lecz od daty, w której to zachowanie stało się przedmiotem stwierdzenia naruszenia przez właściwy organ.

W powyższych motywach Trybunał stwierdził jednoznacznie, że liczenie okresu wykluczenia musi następować od dnia wydania decyzji właściwego organu z uwagi na troskę o przewidywalność i pewność prawa.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że zdaniem Trybunału, bez uprzedniego wydania decyzji nie może być mowy o wystąpieniu niezbędego do wykluczenia ustalenia kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych. Odwołujący podniósł, że takiej kwalifikacji prawnej okoliczności faktycznych świadczących o zawarciu niedozwolonego porozumienia może dokonać jedynie ten zamawiający, którego postępowanie zostało objęte znową, jak również wyłącznie ta Krajowa Izba Odwoławcza, która rozpoznaje odwołania od decyzji i zaniechań tego właśnie zamawiającego, prowadzącego to konkretne postępowanie. Art. 111 pkt 4) ustawy Pzp znajduje zatem zastosowanie wyłącznie w sytuacji, w której doszło do wydania niezbędnej decyzji, tj. zaistniało zdarzenie, o którym mowa w treści tego przepisu. Jeżeli brak jest decyzji wydanej w toku postępowania, w którym doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, to nie może być mowy o wykluczaniu wykonawcy na podstawie art. 111 pkt 4) ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, zasadność prezentowanej przez Odwołującego wykładni art. 108 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 111 pkt 4) ustawy Pzp znajduje potwierdzenie w świetle przepisów ustawy Pzp określających terminy na korzystanie ze środków ochrony prawnej (art. 515 ustawy Pzp). Zasadą jest, że podnoszenie zarzutów w stosunku do czynności, czy też zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego winno następować w ściśle określonych terminach liczonych od dnia, w którym wykonawca dowiedział się lub mógł się dowiedzieć o danym naruszeniu ze strony zamawiającego. Odwołujący przypomniał, że uregulowana w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przesłanka wykluczenia z postępowania znajduje zastosowanie, jeżeli zamawiający prowadzący dane postępowanie, jest w stanie stwierdzić, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie w tym postępowaniu, zawarli nielegalne porozumienie, mające na celu zakłócenie konkurencji w tym postępowaniu. Jeżeli zatem inny wykonawca uczestniczący w tym postępowaniu stwierdza, że pomimo istnienia wiarygodnych przesłanek co do zawarcia nielegalnego porozumienia (np. złożone dwie podobne oferty lub wykonawca wybrany celowo odmówił podpisania umowy, w celu umożliwienia udzielania zamówienia drugiemu wykonawcy) zamawiający zaniechał

wykluczenia wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, to zarzut ten winien on formułować w terminach określonych w art. 515 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że reguła ta jest niezbędna dla zachowania pewności prawa oraz realizacji zasady koncentracji środków ochrony prawnej - w przeciwnym razie, wykonawcy mogliby w dowolnym momencie, w dowolnym postępowaniu, wielokrotnie formułować zarzuty np. dotyczące zupełnie innych postępowań, które dawno zostały zakończone, gdzie nawet umowa została zrealizowana.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający prowadzący postępowanie nie może udzielić zamówienia wykonawcy podlegającemu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, tj. który wspólnie z innym wykonawcą uczestniczącym w tym postępowaniu zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie można stwierdzić najpóźniej w momencie ogłoszenia wyników postępowania, a zatem zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp winien być formułowany w terminie określonym w art. 515 ust. 1 ustawy Pzp. Podniesienie takiego zarzutu w innym terminie musi być uznane za spóźnione.

Powyższe potwierdza, jak stwierdził Odwołujący, że wykładnia art. 108 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 111 pkt 4) ustawy Pzp prowadząca do dopuszczenia możliwości badania zmywy przetargowej w innym postępowaniu niż to, w którym doszło do jej zawarcia, prowadziłaby do przywrócenia terminów do korzystania ze środków ochrony prawnej i zaburzenia wynikającej z przepisów ustawy Pzp zasady koncentracji środków ochrony prawnej. Z tych właśnie przyczyn w orzeczeniu o sygn. akt KIO 3019/21 oraz KIO 3012/21 Izba stwierdziła: „Przyjęcie tych zarzutów, jako skutecznie wniesionych licząc od terminu wskazanego w odwołaniu, tj. zawiadomienia z 4.10.2021 r. o wyborze ofert najkorzystniejszych w obecnym postępowaniu, prowadziłoby faktycznie do przywrócenia terminu na podważanie prawidłowości czynności zamawiającego w innym przetargu, gdyż dla wyniku sprawy decydującym byłaby dokumentacja i decyzje jakie były podstawą ustalenia wyniku przetargu, bez możliwości wzruszenia tego wyniku”.

W ocenie Odwołującego, przyjęcie prezentowanej przez Zamawiającego wykładni art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp prowadziłoby ponadto do sytuacji, w której wykonawca posądzony o udział w znowie w postępowaniu historycznym nie mógłby skorzystać z prawa samooczyszczenia. Skoro bowiem w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 nie stwierdzono wystąpienia zmywy przetargowej, jak również nie ma żadnego orzeczenia/decyzji stwierdzającej zawarcie takiego porozumienia, to brak podstawy do przyznawania się przez Odwołującego, że w ww. postępowaniu zawarł nielegalne porozumienie. Jak zaznaczył Odwołujący, gdyby rozpoznająca niniejszą sprawę Izba uznała, że zaistniała przesłanka wykluczenia z postępowania ze względu na znowę w postępowaniu historycznym, to

Odwołujący nie mógłby już skorzystać z samooczyszczenia. Gdyby natomiast w toku postępowania nr ZP-BD-0012/20 stwierdzono zawarcie z umowy i zapadła decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, to startując w kolejnych przetargach Odwołujący mógłby, przyznając się do tego „faktu” skorzystać z samooczyszczenia.

Odwołujący powołał się na wyroki Izby w sprawach KIO 3012/21; KIO 3019/21; KIO 3106/21, gdzie przedmiotem odwołań były żądania wykluczenia Odwołującego z postępowań z powołaniem się na zawarcie umowy w historycznym postępowaniu nr ZP-BD-0012/20. W każdej z tych spraw Izba uznawała, że zarzuty tego rodzaju są spóźnione, a zarzut dotyczący umowy w postępowaniu historycznym winien być podnoszony w tym postępowaniu historycznym, a nie jakimkolwiek innym prowadzonym przez jakiegokolwiek Zamawiającego.

Ponadto, Odwołujący powołał się na orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 21/22 oraz dnia 4 kwietnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 156/21, gdzie Sąd potwierdził wykładnię art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4) ustawy Pzp prezentowaną w treści odwołania. Odwołujący podkreślił, że przedmiotem ww. spraw sądowych była właśnie kwestia zawarcia rzekomej umowy przetargowej w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20. W tym zakresie szczególnie godne uwagi jest uzasadnienie orzeczenia w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 21/22. Sąd stwierdził m.in.

- „W świetle art. 111 pkt 4) ustawy nPzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy nPzp, dopiero w sytuacji, w której dany zamawiający skutecznie wykluczy wykonawcę z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy nPzp powołując się na okoliczność zawarcia przez niego z innym wykonawcą nielegalnego porozumienia w toku tego postępowania, aktualizuje się przesłanka wykluczenia z art. 111 pkt 4) ustawy nPzp”;

- Dopiero prawomocna decyzja zamawiającego w tym zakresie oznacza, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez okres 3 lat i w tej sytuacji znajduje zastosowanie art. 111 pkt 4) ustawy nPzp;

- „[...] w ocenie Sądu Okręgowego, stwierdzenie zaistnienia przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy w aktualnym postępowaniu, jak i następujących, w tym zakresie może nastąpić jedynie w konkretnym (aktualnym) postępowaniu. Nie można zatem zgodzić się

z Izbą, że odwołujący mógł podnosić w niniejszym postępowaniu zarzuty dotyczące istnienia umowy przetargowej innego wykonawcy (skarżącego) w innym, zakończonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”;

- „Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy nPzp, z powołaniem się na okoliczność zawarcia nielegalnego porozumienia w toku postępowania

przetargowego, może być podniesiony i stwierdzony tylko w toku tego postępowania, które objęte zostało nielegalnym porozumieniem”;

- „W ocenie Sądu, rolą Izby w niniejszym postępowaniu nie jest zaś ocena zdarzeń jakie wystąpiły we wcześniejszych postępowaniach co do których nie składano nawet odwołania.”

- „Należy zaś przypomnieć, że uregulowana w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy nPzp przesłanka wykluczenia z postępowania, znajduje zastosowanie, jeżeli zamawiający prowadzący dane postępowanie, jest w stanie stwierdzić, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie w tym postępowaniu, zawarli nielegalne porozumienie, mające na celu zakłócenie konkurencji w tym postępowaniu.”

Odwołujący stwierdził, że w sytuacji, w której uzasadnienie faktyczne decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w ogóle nie dotyczy zawarcia nielegalnego porozumienia, które obejmowałoby swoim zakresem postępowanie nr ZP-CZOK-0020/22, to z samego tego faktu zaskarżona decyzja jest wadliwa.

Zarzut 2

Odwołujący ponownie wykazał, że w toku postępowania nr ZP-BD-0012/20 nie nastąpiło jego wykluczenie z postępowania, a w konsekwencji brak jest w sprawie zdarzenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp. Odwołujący wykazał ponadto, że w świetle przywołanego wyroku TSUE zdarzeniem, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp jest decyzja stwierdzająca zawarcie zmowy przetargowej i w konsekwencji stwierdzająca konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją.

Zdaniem Odwołującego, skoro brak jest w sprawie zdarzenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, to bezzasadne jest zastosowanie w stosunku do Odwołującego przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z powołaniem się na rzekomą znowę w postępowaniu historycznym nr ZP-BD-0012/20.

Zarzut 3

Odwołujący podniósł, że nawet gdyby uznać, że art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp umożliwia wykazanie zawarcia zmowy przetargowej w postępowaniu historycznym i wykluczenie z postępowania z powołaniem się na zawarcie takiej zmowy w postępowaniu historycznym, to o wadliwości decyzji Zamawiającego świadczy brak wykazania, że nie minęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp.

Jak podał Odwołujący, stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest przedstawić uzasadnienie prawne i faktyczne swojej decyzji. Zamawiający w treści swojej decyzji w ogóle nie uzasadniał zastosowania art. 111 pkt 4) ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że bez powołania się na ten przepis nie jest możliwe zastosowanie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z powołaniem się na rzekomą znowę w postępowaniu historycznym. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nawet nie podjął próby wykazania od kiedy 3 lata, o których mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp miałyby być liczone. Jak zauważył Odwołujący, wykazanie tej przesłanki spoczywało na Zamawiającym.

Zarzut 4

Jak wynika z decyzji Zamawiającego twierdzenie o zawarciu nielegalnego porozumienia w toku postępowania nr ZP-BD-0012/20 Zamawiający opiera na następujących okolicznościach:

- 1) Brak udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez NOMET S. N. Zdaniem Zamawiającego: „brak było racjonalnego uzasadnienia dla zachowania wykonawcy S. N. (NOMET), który po wygranej przez siebie aukcji nie udzielił odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny”;
- 2) istnienie powiązań osobowych pomiędzy Dominex Sp. z o.o. oraz NOMET S. N. oraz współpraca handlowa tych dwóch podmiotów;
- 3) posługiwanie się tym samym adresem na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej.

Ad. 1)

Odwołujący podniósł, że Zamawiający błędnie, całkowicie dowolnie oraz wybiórczo, stwierdził, że nie istnieje żadne inne, logiczne uzasadnienie, dla którego S. N. miałby nie zareagować na wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej przez siebie ceny. Błędnie Zamawiający uznaje, że jedynym logicznym uzasadnieniem dla takiej decyzji wykonawcy było umożliwienie uzyskania zamówienia Dominex Sp. z o.o.

a)

Odwołujący konsekwentnie wskazał, m.in. w oparciu o wyjaśnienia NOMET S. N., że przyczyną braku złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez NOMET S. N. było ustalenie, że zaoferowana przez niego w toku aukcji elektronicznej kwota jest zbyt niska i nie gwarantuje wykonania zamówienia bez poniesienia straty. Potwierdza to oświadczenie Pana S. N. wraz z załącznikami, tj. sporządzona przez niego na etapie postępowania nr ZP-BD-0012/20 kalkulacja.

Z notatek Pana S. N. wynika, że przy uwzględnieniu wymienionych w tym oświadczeniu ryzyk związanych z realizacją zamówienia, w tym możliwości kwalifikacji nawet 10% odpadów jako niebezpiecznych, czy też ryzyka przedłużenia wykonania zamówienia, koszty realizacji zamówienia wzrastają do kwoty 929.818 zł brutto. Tymczasem cena oferty złożonej w toku aukcji przez NOMET S. N. wynosiła 740.000 zł brutto. Zdaniem

Odwołującego, wobec świadomości istnienia tych okoliczności decyzja NOMET S. N. o braku złożenia wyjaśnień RNC miała zatem charakter obiektywny.

Odwołujący zaprzeczył sugestiom ze strony Zamawiającego, że przedmiar robót w postępowaniu ZP-BD-0012/20 rzekomo „z góry” przewidywał, że tłuczeń torowy będzie odpadem niebezpiecznym. Odwołujący wskazał, że przedmiary w pozycji „utilizacja kruszywa torowego”, jak również żaden inny dokument składający się na SWZ nie określał, że te pozycje obejmują utylizację odpadu niebezpiecznego. Każdy z wykonawców samodzielnie określał, czy, a jeżeli tak, to jaka ilość tłuczni może być kwalifikowana jako odpad niebezpieczny. Zamawiający zresztą sam przyznaje, że kruszywo torowe nie musi być kwalifikowane jako odpad niebezpieczny. Wskazuje bowiem: „[...] z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego wynika, że wykonawcy kwalifikują kruszywo torowe nie jako odpad niebezpieczny [...]”.

Odwołujący wyraził niezrozumienie dla odmowy przez Zamawiającego wiarygodności wyjaśnieniom S. N., który wskazał, że błędnie nie ujął w cenę złożonej w toku aukcji ryzyka wystąpienia tłuczni jako odpadu niebezpiecznego.

Odwołujący stwierdził ponadto, że argumentacja Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczna - z jednej strony Zamawiający twierdzi, że całość tłuczni należało skalkulować jako odpad niebezpieczny i odpowiednio podwyższyć cenę, z drugiej strony zaś Zamawiający kwestionuje odmowę złożenia wyjaśnień dotyczących ceny ze strony NOMET S. N., który powołał się na błąd w nie skalkulowaniu ryzyka wystąpienia takich odpadów. Odwołujący zauważył, że wobec stanowiska, że całość tłuczni należało skalkulować jako odpad niebezpieczny, Zamawiający w zasadzie potwierdza, że cena oferty NOMET S. N. była rażąco niska, a tym samym odmowa złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez ten podmiot miała obiektywny charakter. Wobec powyższego, jak wskazał Odwołujący, nie ulega wątpliwości, że za zaoferowaną przez NOMET S. N. nie było możliwe wykonanie całości zamówienia, w tym zagospodarowanie 100% tłuczni jako odpadu niebezpiecznego.

b)

W ocenie Odwołującego, dokonując oceny, czy okoliczność braku odpowiedzi NOMET S. N. na wezwanie do wyjaśnienia ceny może świadczyć o zawarciu zmywu przetargowej w postępowaniu Zamawiający winien był również uwzględnić okoliczność, w której samo wezwanie do wyjaśnienia ceny skierowane do NOMET S. N. nie było czynnością pozorną. Do dokonania tej czynności Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 90 ust. 1 ówczesnie obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843), w związku z okolicznością, w której cena oferty NOMET S. N. była o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie twierdzi, że to wezwanie było bezpodstawne. Już zatem sama ta okoliczność potwierdza, że nie składając wyjaśnień NOMET S. N. jedynie skorzystał z przysługującego mu prawa nie złożenia wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego, okoliczność ta w żadnym wypadku nie może być wykorzystana do wykazania faktu zawarcia pomiędzy NOMET S. N. a Dominex Sp. z o.o. porozumienia mającego na celu zaburzenie konkurencji w postępowaniu.

c)

Odwołujący stwierdził, że brak reakcji na wezwanie do wyjaśnienia ceny zdarza się często w postępowaniach przetargowych i jest prawem wykonawcy, którego konsekwencją jest odrzucenie złożonej oferty. Przepisy ustawy Pzp nawet nie wskazują, że konsekwencją odmowy złożenia wyjaśnień ceny jest utrata wadium, jak ma to np. miejsce w sytuacji, o której mowa w art. 98 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp. W opinii Odwołującego, gdyby brak złożenia wyjaśnień ceny miał być traktowany jako wyjątkowa okoliczność, przemawiająca za zumą przetargową, to konsekwencją braku ich złożenia niewątpliwie byłaby utrata wadium.

Odwołujący wskazał, że brak złożenia wyjaśnień ceny może być wynikiem stwierdzenia przez wykonawcę, że zaoferowana cena, w wyniku np. błędu w kalkulacji, nieuwzględnienia wszystkich wymagań SWZ, została skalkulowana na zbyt niskim poziomie i rodzi ryzyko wykonania zamówienia ze stratą, czego wykonawca w sposób naturalny chce uniknąć. Możliwość popełnienia błędu w kalkulacji ceny oferty może mieć miejsce szczególnie w tych postępowaniach, gdzie prowadzona jest aukcja elektroniczna. W postępowaniu, w którym NOMET S. N. nie złożył wyjaśnień, dokładnie taka sama sytuacja miała miejsce.

Na potwierdzenie, że brak wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest częstym zjawiskiem oraz prawem wykonawcy Odwołujący przywołał wyrok Izby o sygn. akt KIO 3637/21.

Dodatkowo, Odwołujący zauważył, że w cz. II postępowania nr ZP-BD-0012/20 inny wykonawca tj. Complex L. W. również nie złożył wyjaśnień ceny, czym otworzył możliwość uzyskania zamówienia firmie M. C. FOXMET. W tym przypadku Zamawiający nie dostrzegł zmywu przetargowej. W cz. II postępowania nr ZP-BD-0012/20 wyjaśnień ceny nie złożył także NOMET S. N., lecz w tym przypadku Zamawiający nie formułował zarzutu zmywu, pomimo że w tej części, tak samo jak w cz. I, gdzie zмова rzekomo wystąpiła, ofertę składał również Odwołujący.

d)

Zdaniem Odwołującego, błędnie Zamawiający uznaje, że okoliczność braku złożenia wyjaśnień ceny przez NOMET S. N. świadczy o zawarciu zmywu przetargowej pomiędzy nim, a Odwołującym również z tej przyczyny, że brak złożenia tych wyjaśnień nie skutkowało

wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzieleniem zamówienia temu wykonawcy. Oferta Odwołującego znajdowała się bowiem na trzecim miejscu za ofertą innego wykonawcy, tj. P.H.U. „COMPLEX” L. W., co skutkowało tym, że konsekwencją braku złożenia wyjaśnień ceny przez NOMET S. N. był wybór oferty tego wykonawcy, a nie Odwołującego. W ocenie Odwołującego, przedmiotowa okoliczność powinna być zakwalifikowana jako wykluczająca możliwość przyjęcia domniemania, że jedynym logicznym wytłumaczeniem braku złożenia wyjaśnień ceny przez NOMET S. N. jest zмова przetargowa.

Analizując, czy zaskarżenie przez Odwołującego wyboru P.H.U. „COMPLEX” L. W. jako najkorzystniejszej, może wskazywać na istnienie zмowy przetargowej, Odwołujący zauważył, że takie twierdzenie mogłoby co najwyżej być przyjęte tylko wtedy, gdyby w momencie odmowy złożenia wyjaśnień ceny przez NOMET S. N. treść zarzutów odwołania na wybór P.H.U. „COMPLEX” L. W. była znana Odwołującemu lub NOMET S. N. Tymczasem zarzuty odwołania wobec P.H.U. „COMPLEX” L. W. dotyczyły dokumentów złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 2 starej ustawy Pzp, tj. na wezwanie Zamawiającego już po fakcie niezłożenia wyjaśnień ceny przez NOMET S. N., a zatem nie były i nie mogły być mu wcześniej znane.

Odwołujący podkreślił, że w momencie, w którym NOMET S. N. nie złożył wyjaśnień ceny, nie istniały żadne podstawy do założenia możliwości zakwestionowania wyboru P.H.U. „COMPLEX” L. W., co z kolei otwierałoby drogę do zamówienia Odwołującemu. Nie składając wyjaśnień ceny NOMET S. N. nie miał zatem podstaw zakładać, że skutkiem tej decyzji będzie udzielenie zamówienia Odwołującemu.

Na potwierdzenie, że wbrew ustaleniom Izby zawartym w zaskarżonym orzeczeniu, okoliczność braku złożenia wyjaśnień ceny przez NOMET S. N., nie prowadząca do udzielenia zamówienia Odwołującemu, nie świadczy o zмowie przetargowej Odwołujący ponownie przywołał orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 3637/21.

Ad. 2) i 3)

W odniesieniu do stwierdzenia przez zamawiającego istnienia relacji rodzinnych pomiędzy NOMET S. N., a Odwołującym Odwołujący wskazał, że w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 oferty nie były złożone przez męża i żonę, ale przez Pana S. N. oraz całkowicie odrębny podmiot, tj. Dominex Sp. z o.o. Niezależnie od tego, istnienie powiązań osobowych pomiędzy wykonawcami nie wyklucza istnienia konkurencji pomiędzy nimi i nie świadczy o zмowie. Ponownie Odwołujący przywołuje orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 3637/21, gdzie odnosząc się do argumentacji FOXMET dotyczącej powiązań osobowych stwierdziła:

– „Z kolei powiązania osobowe, na które odwołujący zwracał uwagę same w sobie również nie przesądzają, że taka zмова miała miejsce”.

W odniesieniu do argumentu Zamawiającego, że relacje handlowe pomiędzy NOMET S. N., a Odwołującym potwierdzają domniemanie o zawarciu zmony przetargowej Odwołujący zauważył, że Zamawiający nigdy nie twierdził, że powiązania te, a także osobowe pomiędzy ww. podmiotami świadczą, że są one w jednej grupie kapitałowej, co samo z siebie byłoby podstawą wykluczenia w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Ponadto, powiązania handlowe pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie są bardzo często spotykane i nie są niczym nietypowym. Powszechnym jest, że wykonawcy startujący w tym samym postępowaniu udostępniają sobie nawzajem potencjał, a także współpracują ze sobą przy realizacji umów np. będąc dla siebie podwykonawcami. Odwołujący podnosił, że rynek przedmiotowych usług jest specyficzny i ograniczony do konkretnego rejonu. Powiązania handlowe pomiędzy tymi wykonawcami są zatem normalną sytuacją, wymuszoną okolicznościami. Odwołujący ponownie przywołał orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 3637/21.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba stwierdziła, że na uwzględnienie zasługują zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, w której przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne ww. decyzji w ogóle nie dotyczy zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu przetargowym nr ZP-CZOK-0020/22;

- art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której w sprawie nie wystąpiło zdarzenie o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, a w konsekwencji nie mamy do czynienia z sytuacją, w której okres wykluczenia Odwołującego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego miałby trwać 3 lata od zaistnienia zdarzenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 25 maja 2022 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stwierdzając, że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na istnienie wiarygodnych przesłanek wskazujących na zawarcie przez wykonawców Dominex Sp. z o.o. oraz S. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NOMET S. N. porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 pn. „Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary” Część I”. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający stwierdził, że w chwili obecnej dysponuje wiarygodnymi przesłankami wskazującymi na to, że wykonawcy NOMET S. N. i Dominex Sp. z o.o. zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu przetargowym nr ZP-BD-0012/20. Jak podał Zamawiający, przebieg przetargu ZP-BD-0012/20 ujawnia budzące wątpliwości zachowania wykonawców Dominex Sp. z o.o. i NOMET S. N.. Na podstawie ich zachowania po ujawnieniu informacji o wynikach aukcji można dostrzec, że wykonawcy mogli wejść w porozumienie faktyczne wyłączające konkurencję między nimi – uczestniczyli w zмовie przetargowej o charakterze horyzontalnym. W aukcji elektronicznej w dniu 8 października 2020 r. dla części I zwycięską ofertę złożył NOMET S. N., na kolejnych miejscach uplasowali się zaś P.H.U. Complex L. W. oraz Dominex Sp. z o.o. Zamawiający wezwał S. N. oraz Dominex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W dniu 12 października 2020 r. Dominex Sp. z o.o. złożyła wyjaśnienia, w których powołała się na współpracę w zakresie usług transportowych w zakresie odbioru odpadów ze S. N. według stawek 18 zł na tonę wywozu i zagospodarowania odpadu – tłucznia. S. N., pomimo wygrania aukcji, nie złożył wyjaśnień, co skutkowało odrzuceniem jego oferty. Następnie, celem eliminacji z postępowania wykonawcy, który plasował się na 2 miejscu, Dominex

Sp. z o.o. złożyła odwołanie domagając się unieważnienia wyboru oferty P.H.U. Complex L. W.. Zamawiający uznał, że fakt, że ostatecznie nie doszło do wyeliminowania tego wykonawcy z postępowania na skutek odwołania, jest irrelevantny dla oceny czy w przedmiotowym postępowaniu doszło do zмовы przetargowej. Zdaniem Zamawiającego, brak było racjonalnego uzasadnienia dla zachowania wykonawcy NOMET S. N., który po wygranej aukcji nie udzielił odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Wątpliwości Zamawiającego co do zachowania ww. wykonawców na obecnym etapie budzi nie tylko przebieg postępowania ZP-BD-0012/20, ale również argumentacja przedstawiona przez Dominex Sp. z o.o. dla wycofania się z postępowania NOMET S. N. Zamawiający uznał wyjaśnienia motywacji NOMET S. N. składane w toku postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą za niewiarygodne. Zamawiający wskazał ponadto na powiązania osobowe, podmiotowe i kapitałowe pomiędzy Dominex Sp. z o.o. a NOMET S. N. Uwzględniając zachowanie S. N. i Dominex Sp. z o.o. podczas aukcji, powiązania podmiotowe oraz wyjaśnienia co do przyczyny braku odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Zamawiający podał, że na podstawie wiarygodnych przesłanek nabrął daleko idących wątpliwości i obecnie stwierdza, że wykonawcy uzgodnili cenę ofert, które padły w toku aukcji i wycofanie się S. N. z postępowania na jego końcowym etapie. Zamawiający uznał, że ostatecznie ujawnione okoliczności zachowania wykonawców po aukcji w postępowaniu ZP-BD-0012/20 część I wskazują na to, że NOMET S. N. pozostawał w porozumieniu z Dominex

Sp. z o.o. celowo doprowadzając do sytuacji, w której Zamawiający za realizację zamówienia zapłaciłby kwotę o 200 tys. zł wyższą niż cena najniższej oferty złożonej w toku aukcji.

W przedmiotowej sprawie bezsporna jest między stronami okoliczność, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w obecnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu stały się okoliczności zaistniałe w postępowaniu o nr ZP-BD-0012/20 pn. „Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesoła I” Ruch KWK „Boże Dary” Część I”.

Wskazać należy, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest doniosłą instytucją ustawy Pzp służącą eliminacji z postępowania wykonawców, którzy nie spełniają ustawowych wymagań związanych z właściwością samego wykonawcy. Jednocześnie, ww. instytucja pociąga za sobą daleko idące skutki dla wykonawców, jako że stwierdzenie przez zamawiającego zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy co do zasady skutkuje utratą możliwości pozyskania zamówienia. W toku każdego prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający zobowiązany jest do badania wykonawców pod kątem obligatoryjnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ustawy Pzp, a także pod

kątem wybranych fakultatywnych podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ustawy Pzp. Przesłanki, wykluczenia określone w art. 108 i 109 ustawy Pzp powinny być interpretowane wąsko z uwagi na swój eliminacyjny charakter.

Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Już literalna treść ww. przepisu wskazuje, że zamawiający prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest m.in. do zbadania czy zaistniały przesłanki do stwierdzenia zawarcia porozumienia pomiędzy wykonawcami, przy czym do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie wystarczy stwierdzenie zaistnienia ww. przesłanek zawarcia porozumienia, ale niezbędne jest też stwierdzenie, iż takie porozumienie zawarte pomiędzy wykonawcami ma na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Treść ww. przepisu jasno wskazuje, że badaniu przez zamawiającego podlegają okoliczności zaistniałe w danym, prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, zaś analiza obejmuje porozumienia pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o dane zamówienie.

W sytuacji, w której zamawiający z dużą dozą prawdopodobieństwa może stwierdzić zawarcie pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, zobowiązany jest wykluczyć wykonawców z postępowania. Konsekwencją takiej decyzji zamawiającego jest to, że wykluczony w danym postępowaniu wykonawca podlega także wykluczeniu z udziału w kolejnych postępowaniach przez okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 111 pkt 4 ustawy Pzp).

Izba stwierdziła, że interpretacja art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp w taki sposób, który dopuszczałby podejmowanie decyzji o wykluczeniu wykonawcy na podstawie zdarzeń mających miejsce w innym postępowaniu, w którym nie stwierdzono zawarcia niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami, byłaby wykładnią *contra legem*, sprzeczną nie tylko z literą ww. przepisów, ale również z ich celem.

Powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie m.in. w tym, że art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi o porozumieniu zawartym pomiędzy wykonawcami. Tymczasem podmioty, które, w ocenie Zamawiającego, dopuściły się zawarcia porozumienia mającego

na celu zakłócenie konkurencji, nie są wykonawcami w obecnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu – o zamówienie nie ubiega się S. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NOMET S. N. Dominex Sp. z o.o. oraz S. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NOMET S. N. byli wykonawcami w postępowaniu pn. „Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary” Część I” o nr ZP-BD-0012/20. Jednakże, w historycznym postępowaniu prowadzonym w 2020 r. Zamawiający nie stwierdził zawarcia porozumienia pomiędzy wymienionymi powyżej wykonawcami. Już ten fakt nie pozwala przyjąć, że w obecnie prowadzonym postępowaniu Zamawiający może badać działanie podmiotów, które nie są wykonawcami.

W tym miejscu warto również wskazać, że gdyby uznać, że uprawnione jest stwierdzenie przez Zamawiającego w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia zawarcia porozumienia pomiędzy Dominex Sp. z o.o. a NOMET S. N., powinno to odnieść skutek nie tylko wobec Dominex Sp. z o.o., ale w takim samym stopniu wobec NOMET S. N.. NOMET S. N., jako że nie ubiega się o obecne zamówienie, nie miałby jednak możliwości obrony własnych interesów, w tym zaskarżenia decyzji Zamawiającego czy nawet przystąpienia do postępowania odwoławczego (nie jest wykonawcą w obecnym postępowaniu).

Izba zważyła ponadto, że w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako przykład porozumienia pomiędzy wykonawcami mającego na celu zakłócenie konkurencji ustawodawca wskazał złożenie przez wykonawców odrębnych ofert w sytuacji, gdy wykonawcy ci przynależą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Ustawodawca dopuścił jednak odstępianie przez zamawiającego od wykluczenia wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, jeżeli wykażą, że przygotowali oferty niezależnie od siebie. W ocenie Izby, nie może budzić wątpliwości, że wspomniane w przywołanym przepisie „wykazanie” powinno odbyć się w toku postępowania, w którym wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty choćby z tego względu, że owo wykazanie odbywa się przez złożenie podmiotowych środków dowodowych. Wykonawcy mogą wykazać brak podstaw do wykluczenia z postępowania m.in. przez złożenie oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej (§ 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń,

jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415). Odnosząc się do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy zauważyć należy, że NOMET S. N. w obecnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu pozbawiony byłby możliwości wykazania braku podstaw wykluczenia przez złożenie ww. oświadczenia, jako że nie jest wykonawcą w obecnym postępowaniu.

Przyjęcie, wbrew argumentacji opisanej powyżej, że zamawiający na etapie toczącego się obecnie postępowania jest uprawniony do badania zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy w innym postępowaniu skutkowałoby niebywałym chaosem i brakiem pewności prawa, bowiem każdy zamawiający przez okres 3 lat miałby prawo badać prawidłowość czynności innych zamawiających podjętych w innych postępowaniach wobec danego wykonawcy. To stawiałoby pod znakiem zapytania ważność zawartych w historycznych postępowaniach umów, ale także skutkowałoby nieustanną niepewnością wykonawców co do własnego statusu w poszczególnych postępowaniach.

Izba wzięła ponadto pod uwagę okoliczność, że art. 110 ust. 2 Pzp przewiduje możliwość samooczyszczenia wykonawcy m.in. w sytuacji, gdy wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Aby jednak instytucja samooczyszczenia mogła znaleźć zastosowanie, niezbędne jest stwierdzenie przez zamawiającego, że doszło do zawarcia między wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Po takiej decyzji zamawiającego, wykonawca ubiegając się o kolejne zamówienia jest uprawniony do przyznania, że podlega wykluczeniu i podjęcia próby wykazania, że przedsięwziął niezbędne środki zmierzające do usunięcia skutków zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia oraz wdrożył środki zapobiegające wystąpieniu takich zdarzeń w przyszłości. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy skorzystanie przez Odwołującego z ustawowego prawa do samooczyszczenia nie byłoby możliwe z uwagi na brak stwierdzenia w pierwotnym postępowaniu z 2020 r. zawarcia porozumienia pomiędzy Dominex Sp. z o.o. a NOMET S. N. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy, że pomimo braku stwierdzenia zawarcia niedozwolonego porozumienia na etapie postępowania nr ZP-BD-0012/20, wykonawca w kolejnych postępowaniach złoży oświadczenia, że brał udział w takim porozumieniu. Takie przyznanie byłoby zasadne w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego w toku postępowania z 2020 r., że porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji zostało zawarte.

Izba podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 21/22, w którym Sąd odnosząc się do tego samego stanu faktycznego przyjął, że „Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy nPzp, z powołaniem się na okoliczność zawarcia nielegalnego porozumienia w toku postępowania przetargowego, może być podniesiony i stwierdzony tylko w toku tego

postępowania, które objęte zostało nielegalnym porozumieniem. Dopiero w sytuacji spełnienia tych przesłanek możliwe jest powoływanie się przez wykonawców na przesłanki wykluczenia konkurującego wykonawcy w bieżącym postępowaniu (...) Należy zaś przypomnieć, że uregulowana w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy nPzp przesłanka wykluczenia z postępowania, znajduje zastosowanie, jeżeli zamawiający prowadzący dane postępowanie, jest w stanie stwierdzić, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie w tym postępowaniu, zawarli nielegalne porozumienie, mające na celu zakłócenie konkurencji w tym postępowaniu (...)

W świetle art. 111 pkt 4) ustawy nPzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy nPzp, dopiero w sytuacji, w której dany zamawiający skutecznie wykluczy wykonawcę z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy nPzp powołując się na okoliczność zawarcia przez niego z innym wykonawcą nielegalnego porozumienia w toku tego postępowania, aktualizuje się przesłanka wykluczenia z art. 111 pkt 4) ustawy nPzp. Dopiero prawomocna decyzja zamawiającego w tym zakresie oznacza, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez okres 3 lat i w tej sytuacji znajduje zastosowanie art. 111 pkt 4) ustawy nPzp.”. Analogicznie orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 4 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 156/22.

Izba zważyła ponadto, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uprawniony do badania podstaw do stwierdzenia zawarcia przez wykonawców nieuprawnionego porozumienia na dwóch etapach postępowania, tj. badając przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, ale również analizując ofertę pod kątem podstaw do jej odrzucenia – art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi podstawę do odrzucenia oferty, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający posiada zatem uprawnienia i narzędzia do badania oferty pod kątem zawarcia pomiędzy wykonawcami porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, co dodatkowo przeczy możliwości badania podstaw do wykluczenia wykonawcy z danego postępowania na etapie kolejnego, prowadzonego nawet po kilku latach, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wskazano powyżej, w przypadku wypełnienia się wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 11 pkt 4) ustawy Pzp). Przepis art. 111 pkt 4) ustawy Pzp stanowi odzwierciedlenie art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym „państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają

maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4.”.

Zarówno w ustawie Pzp, jak również w ww. dyrektywie brak jest jednoznacznych wytycznych, od którego momentu należy liczyć okres 3 lat, na jaki wykonawca zostaje wykluczony z uwagi na stwierdzone porozumienie pomiędzy wykonawcami. Interpretacji pojęcia „odnośnego zdarzenia” dokonał Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke München GmbH:

„37 Choć art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru „odnośnego zdarzenia”, ani w szczególności momentu, w którym ono następuje, należy zauważyć, że przepis ten przewiduje w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, że jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia.

38 W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiedzialnością podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat przewidziany

w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji.

39 Rozwiązanie to wydaje się tym bardziej uzasadnione, skoro – jak wskazał rzecznik generalny w pkt 83–85 opinii – wykazanie istnienia zachowań ograniczających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych.

40 Ponadto, jak podkreśliła Komisja, zainteresowany wykonawca nadal ma w tym okresie możliwość podjęcia środków, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, w celu

wykazania swojej rzetelności, jeżeli mimo wszystko pragnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

41 W rezultacie okres wykluczenia oblicza się nie od chwili uczestnictwa w kartelu, lecz od daty, w której to zachowanie stało się przedmiotem stwierdzenia naruszenia przez właściwy organ.

42 Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania trzecie i czwarte powinna brzmieć: art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d), za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia oblicza się od daty wydania decyzji tego organu.”.

Podążając za ww. wyrokiem TSUE Izba stwierdziła, że zdarzeniem, od którego należy liczyć maksymalny okres wykluczenia wykonawcy jest moment wydania decyzji przez właściwy organ. Właściwym organem na gruncie polskich regulacji będzie niewątpliwie zamawiający prowadzący dane postępowanie. Organem uprawnionym będzie również Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznająca odwołania od decyzji zamawiającego, w której kompetencji leży ocena prawidłowości działań zamawiającego podjętych w danym postępowaniu. Zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji podlega postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Prezes UOKiK jest uprawniony do wydawania decyzji uznającej daną praktykę za ograniczenie konkurencji oraz do nałożenia kar, a decyzja taka podlega kontroli sądowej. Izba stwierdziła, że wyrokiem TSUE, że dla pewności i przewidywalności prawa przyjąć należy, że co do zasady, początkowym zdarzeniem do obliczenia 3-letniego okresu wykluczenia powinna być decyzja właściwego organu.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu nie miało miejsca zdarzenie, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, zaś Zamawiający uzasadniając swoją decyzję nie powoływał się na zawarcie przez Odwołującego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w aktualnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Ponadto, z uwagi na brak stwierdzenia zawarcia przez Odwołującego niedozwolonego porozumienia w toku postępowania nr ZP-BD-0012/20, nie rozpoczął się bieg 3-letniego okresu wykluczenia Odwołującego z postępowania. Tym samym, Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty nr 1 i 2 podniesione przez Odwołującego.

Izba nie rozpoznawała zarzutów nr 3 i 4 podniesionych w odwołaniu, jako że Odwołujący wnosił o ich rozpoznanie w sytuacji, w której pierwsze dwa zarzuty zostałyby przez Izbę oddalone. Wobec nie poddania rozpoznaniu zarzutów nr 3 i 4, Izba nie wzięła też pod uwagę dowodów złożonych przez strony dla wykazania zasadności twierdzeń każdej ze stron w tym przedmiocie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. W takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia. W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego i nakazała zapłatę na rzecz Odwołującego kwoty 13 600 zł poniesionej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

.....