

Sygn. akt: KIO 3569/23

WYROK
z dnia 13 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Członkowie: Ewa Sikorska
Maksym Smorczewski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawcę STAN-BRUK s.c. J. S., D. S., Krosno,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Miasto Krosno,

przy udziale wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Sprzętowo-Transportowe K.W., Szebnie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części II zamówienia, (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy STAN-BRUK s.c. J. S., D. S., Krosno w części II zamówienia, (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy STAN-BRUK s.c. J. S., D. S., Krosno w części II zamówienia;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez wykonawcę STAN-BRUK s.c. J. S., D. S., Krosno tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy STAN-BRUK s.c. J. S., D. S., Krosno kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 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.

.....
.....
.....

UZASADNIENIE

W dniu 27 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy STAN-BRUK s.c. J.S., D. S., Krosno (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Gminie Miastu Krosno (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 255 pkt 2 PZP — poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w części II jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zмовie przetargowej podczas gdy Odwołujący nie uczestniczył w żadnym porozumieniu mającym na celu ograniczenie konkurencji, od ponad dwóch lat nie utrzymuje kontaktów z pozostałymi wykonawcami, których oferty zostały odrzucone, a uzasadnienie czynności odrzucenia oferty oparte jest jedynie na określonych tezach i przypuszczeniach Zamawiającego, czego skutkiem było unieważnienie postępowania w części II z uwagi na stwierdzenie, że wszystkie oferty złożone w tej części podlegały odrzuceniu;
- 2) ewentualnie — w przypadku gdyby Zamawiający wnosił o uzupełnienie w zakresie podstawy prawnej dokonanej czynności lub skład orzekający stwierdził, że czynność zamawiającego stanowi wykluczenie z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i podlega rozpoznaniu na rozprawie jako wykluczenie z postępowania — zarzucam naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 255 pkt 2 Pzp;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w Części II, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Części II, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w Części II, zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie dróg i chodników w sezonie zimowym 2023/2024”, numer referencyjny: ZP.271.60.2023. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Postępowanie podzielono na

pięć części. Odwołanie dotyczy części II: utrzymanie zimowe chodników i dróg - obręb Śródmieście.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 2.5.5 SWZ przedmiotem zamówienia w części II jest: utrzymanie zimowe chodników, placów, kładek i dróg: wojewódzkich, powiatowych, gminnych oraz wewnętrznych, w tym: zimowe utrzymanie jezdni dróg wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych; zimowe utrzymanie chodników; zimowe utrzymanie kładek, schodów i podejść; odśnieżanie, zwalczanie śliskości zimowej, usuwanie lodu, błota i innych zanieczyszczeń na jezdniach ulic, dróg wojewódzkich, powiatowych i gminnych. UWAGA: odśnieżaniu, zwalczaniu gołoledzi i śliskości zimowej podlegają również zatoki autobusowe oraz skrzyżowania tych dróg z ulicami wewnętrznymi na długości do krawędzi chodnika; utrzymanie całodobowej gotowości (dyżuru) do podjęcia akcji zimowego utrzymania oraz bieżące utrzymanie w czystości w rejonie zespołu staromiejskiego; odśnieżanie i zwalczanie śliskości na chodnikach, peronach przystanków autobusowych, przejściach dla pieszych, schodach i kładkach dla pieszych oraz usuwanie lodu, błota i innych zanieczyszczeń; oczyszczanie kraterów ściekowych w czasie odwilży; ustawienie skrzyń z piaskiem (skrzynie w dyspozycji Zamawiającego); zbieranie i wywożenie śniegu z ulic i placów (na zlecenie Zamawiającego).

W części II postępowania oferty złożyło trzech wykonawców:

- 1) oferta nr 3 - „KRO-REM” B. F., Ks. Franciszka Kojdera, 39j, 38-400 Krosno, dalej również „wykonawca KRO-REM” (cena oferty 990 961,48 zł);
- 2) oferta nr 4 - Usługi Sprzętowo-Transportowe K. W., Niepla 135, 38-203 Szebnie, dalej również „wykonawca W.” (cena oferty 1 052 030,14 zł);
- 3) oferta nr 5 - STAN-BRUK s.c. J. S., D. S. — Odwołujący (cena oferty 1 204 123,32 zł).

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części II: 1 265 000,00 zł.

Odwołujący wskazał, że w dniu 16.11.2023 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu wszystkich ofert złożonych w części II, w tym oferty Odwołującego, i unieważnieniu postępowania w tej części. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał trzy rodzaje okoliczności, na podstawie których stwierdził, że postępowaniu na część II doszło do niedozwolonego porozumienia, przy czym jedynie ostatnia z nich dotyczy Odwołującego i polega na odwołaniu się do historycznej współpracy Odwołującego z pozostałymi

wykonawcami, których oferty zostały odrzucone, nie przedstawił nawet dowodu pośredniego na uczestnictwo Odwołującego w zмовie przetargowej.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 255 pkt 2 PZP poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w części II jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zмовie przetargowej podczas gdy Odwołujący nie uczestniczył w żadnym porozumieniu mającym na celu ograniczenie konkurencji. od ponad dwóch lat nie utrzymuje kontaktów z pozostałymi wykonawcami, których oferty zostały odrzucone, a uzasadnienie czynności odrzucenia oferty oparte jest jedynie na określonych tezach i przypuszczeniach Zamawiającego, czego skutkiem było unieważnienie postępowania w części II z uwagi na stwierdzenie, że wszystkie oferty złożone w tej części podlegały odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie domniemał istnienie zмовy przetargowej pomiędzy wszystkimi trzema wykonawcami, którzy złożyli oferty w części II, w tym Odwołującym - wyłącznie na podstawie własnych przypuszczeń opartych w zasadzie wyłącznie na sytuacji faktycznej, jaka zaistniała w postępowaniu na część II. Sytuacja ta polegała na tym, że dwaj pierwsi wykonawcy nie odpowiedzieli na wezwania do złożenia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co skutkowało brakiem możliwości wyboru ich ofert w części II. Tymczasem ów brak złożenia, a następnie uzupełnienia dokumentów przez wykonawców KRO-REM i W.— którego przyczyna nie jest Odwołującemu znana - nie ma żadnego związku z Odwołującym i złożoną przez niego ofertą. Odwołujący przygotowywał ofertę samodzielnie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający upatruje rzekomego zawarcia porozumienia naruszającego konkurencję pomiędzy Odwołującym, a wykonawcami KRO-REM i W.z trzech powodów:

- 1) celowy brak uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę KRO-REM i W.;
- 2) fakt, że według wiedzy Zamawiającego wykonawcy KRO-REM i W. dysponują sprzętem do realizacji II części zamówienia;
- 3) fakt, że wykonawca KRO-REM, wykonawca W.i Odwołujący w przeszłości brali udział w postępowaniach na zimowe utrzymanie dróg i chodników ogłaszanych przez Gminę Miasto Krosno, a oferty były przez nich składane różnych konfiguracjach:

samodzielnie; wspólnie, np. konsorcjum firm: Usługi Sprzętowo-Transportowe, K. W. oraz „STAN-BRUK” s.c., J. S., D. S.; jako podwykonawcy.

W ocenie Odwołującego żadna z powyższych okoliczności nie przesądza o zawarciu przez Odwołującego z obydwoma wskazanymi wykonawcami — jak również z którymkolwiek z nich odrębnie porozumienia naruszającego konkurencję. Jak wynika z uzasadnienia czynności odrzucenia ofert, dwie pierwsze okoliczności wskazane przez Zamawiającego - pkt. 1) i 2) zawiadomienia o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania - nie odnoszą się w ogóle Odwołującego, ale jedynie do wykonawców KRO-REM i W. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że nie ma wiedzy co do przyczyn braku uzupełnienia dokumentów podmiotowych przez obu wykonawców, bowiem od 2021 r. nie utrzymuje z żadnym z nich kontaktu, co zostanie szerzej wyjaśnione w kolejnym punkcie odwołania. Odwołujący nie jest w stanie w sposób jednoznaczny stwierdzić, czy wskazani wykonawcy aktualnie dysponują sprzętem niezbędnym do realizacji II części przedmiotowego zamówienia (tj. że dysponują trzema pługo-posypywarkami, trzema mikrociągnikami z pługiem i ładowarką do załadunku środków do zwalczania śliskości), bowiem może odwoływać się jedynie do swojej wiedzy w tym zakresie pochodzącej sprzed 2021 r. — kiedy jeszcze istniały kontakty gospodarcze pomiędzy Odwołującym a wykonawcami KRO-EM i W.. Jednocześnie w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego (pkt. 2 zawiadomienia o odrzuceniu) wskazującego, że wykonawca KRO-EM i W. złożyli oferty na wszystkie części postępowania - powinni więc dysponować sprzętem umożliwiającym realizację całego zamówienia, a nie tylko do II części — wskazuję na różnicę w sytuacji Odwołującego. W stosunku do pozostałych wykonawców. Odwołujący złożył oferty tylko na część II, IV i V, ponadto w ofertach na te części zadeklarował możliwość zaangażowania do realizacji zamówienia podwykonawców, w każdej z części: 20% zakresu : praca pługopiaskarki, - 20% zakresu . praca samochodowego pługa odśnieżnego - 20% zakresu : praca ciągnika z pługiem, - 20 % zakresu: praca ciągnika z rozrzutnikiem. Tymczasem wykonawcy KRO-EM i W. złożyli oferty na wszystkie pięć części, jednocześnie deklarując w każdej z części samodzielną realizację zamówienia.

Natomiast odnosząc się do okoliczności wskazanych w pkt 3) informacji o odrzuceniu ofert Odwołujący wskazał, że rzeczywiście do 2021 r. brał udział w postępowaniach na zimowe utrzymanie dróg i chodników ogłaszanych przez Gminę Miasto Krosno w ramach konsorcjum z wykonawcą W.. W tym okresie podwykonawcą konsorcjum bywał również — w przypadku niektórych zadań - „KRO-REM” B. F.. W 2021 r. Odwołujący po raz ostatni złożył ofertę - w konsorcjum z wykonawcą W. - w postępowaniu pn.: „Zimowe utrzymanie dróg i chodników w sezonie zimowym 2021/2022 i 2022/2023”, prowadzonym przez Zamawiającego — Gminę Miasto Krosno, w którym to konsorcjum przegrało, ponieważ na częściach od 2-5 najtańszą

ofertę złożył KRO-REM B.F., dla którego Odwołujący nie świadczył w ww. zadaniu żadnych usług na podstawie podwykonawstwa, ani nie użyczał mu sprzętu. Dowód: informacja o wyborze w postępowaniu na zimowe utrzymanie 2021-2023 z 21.10.2021 r.

Odwołujący wskazał, że od tego czasu nie utrzymuje kontaktów zarówno z wykonawcą W., jak i z wykonawcą KRO-REM. Odwołujący wyjaśnił, że wcześniejsza współpraca Odwołującego z wykonawcą W. wynikała w szczególności z faktu, że Odwołujący nie dysponował własnym potencjałem technicznym (pojazdami typu zmiatarka, pojazd do oczyszczania dróg), wskutek czego nie mógł samodzielnie wykazać spełniania stawianych w przetargów warunków podmiotowych. W 2023 r. Odwołujący zakupił na własność tego typu sprzęt, stąd nie ma potrzeby wspólnego ubiegania się o zamówienia z wykonawcą W., a tym bardziej z wykonawcą KRO-EM. Dowód: skany dowodów rejestracyjnych pojazdów Mercedes Benz, nr rej. WY 82252, przeznaczenie: zmiatarka oraz Volvo nr rej. RLS Y743, przeznaczenie: oczyszczanie dróg (data wydania dowodów rejestracyjnych wskazania w poz. I, odpowiednio: 22.03.2023r. i 04.08.2023r.)

Odwołujący wskazał ponadto, że od ponad dwóch lat składa oferty samodzielnie, nie angażując w charakterze podwykonawcy żadnego z tych podmiotów ani nie uczestniczy w realizacji umów zawartych przez te podmioty w charakterze podwykonawcy. Co istotne — w odniesieniu do realizacji na rzecz Gminy Miasto Krosno - Zamawiający ma wiedzę o samodzielnym ubieganiu się przez Odwołującego o zamówienia, m.in. w postępowaniach na usługi pn. „Letnie utrzymanie dróg i chodników na terenie Miasta Krosna w 2022 roku” oraz „Letnie utrzymanie dróg i chodników na terenie Miasta Krosna w latach 2023- 2024” Odwołujący oraz wykonawca W. złożyli konkurencyjne oferty. W pierwszym z wymienionych postępowań zamówienie uzyskał wykonawca W., a w drugim — Odwołujący (zamówienie to jest obecnie realizowane przez Odwołującego). W żadnym z postępowań — nie doszło do odrzucenia żadnej z ofert, w tym z powodu niezapełnienia dokumentów podmiotowych. Dowód: informacje o wyborze ofert w postępowaniach pn. „Letnie utrzymanie dróg i chodników na terenie Miasta Krosna w 2022 roku” oraz „Letnie utrzymanie dróg i chodników na terenie Miasta Krosna w latach 2023- 2024”. Z kolei w postępowaniu na roboty budowlane pn. „Przebudowa ul. W. Reymonta w Krośnie” — budowa drogi dla pieszych etap I” — odrębne oferty złożyli Odwołujący i wykonawca KRO-REM. Po przeprowadzeniu badania ofert Zamawiający w dniu 8.11.2023r. poinformował o wyborze oferty wykonawcy KRO-REM. We wskazanym postępowaniu także nie doszło do odrzucenia żadnej z ofert, w tym z powodu niezapełnienia dokumentów podmiotowych. Dowód: informacja o wyborze oferty w postępowaniu pn. „Przebudowa ul. W. Reymonta w Krośnie” — budowa drogi dla pieszych etap I” Każdy ze wskazanych wykonawców — W., KRO-EM i Odwołujący -

prowadzi odrębną działalność, pod innym adresem. Brak jest pomiędzy nimi jakichkolwiek powiązań majątkowych oraz osobowych. Posiadają osobne bazy transportowo-sprzętowe oraz osobny sprzęt. Od 2021 r. nie dochodzi pomiędzy nimi do użyczeń sprzętu, osób czy też doświadczenia. Wykonują osobne realizacje pozyskanych zamówień na roboty ziemne, brukarskie, utrzymaniowe. Dowód: pierwsze strony wybranych umów dot. zamówień samodzielnie pozyskanych i realizowanych przez Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że od 2021 r. podmioty te konkurują pomiędzy sobą i nie ustalają w żaden sposób warunków na jakich będą składać oferty i w jakich postępowaniach będą brać udział. O tym, że Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu na część II nie zawarł niedozwolonego porozumienia mającego na celu ograniczenia konkurencji świadczą m.in. różnice w złożonych ofertach — Odwołującego oraz wykonawcy KRO-REM i W.:

- a) Formularz ofert: inna data złożenia podpisu pod formularzem (weryfikacja przy użyciu programu proCertum Smart Sign) pkt. 4 - KRO-REM i W. zadeklarowali samodzielne wykonanie zamówienia bez udziału podwykonawców, Odwołujący zadeklarował udział podwykonawców, inny sposób wypełniania formularza, m.in. w pkt. 4 — Odwołujący skreślił niewłaściwą odpowiedź, a wykonawca KRO-REM skreślił wolne miejsce przy jednej z odpowiedzi: / podwykonawcom powierzę następujący zakres usług: częściowe odśnieżanie i posypywanie dróg. Zamówienie wykonam bez udziału podwykonawców/ podwykonawcom - powierza następujący zakres usług: Ponadto w pkt 6 — każdy z wykonawców użył innego znaku graficznego do zaznaczenia odpowiedniej kratki:
- b) Różnica w sposobie wniesienia wadium — wykonawcy KRO-REM i W. wnieśli wadium w formie gwarancji wadialnej, Odwołujący w pieniądzu.
- c) Kosztorys ofertowy Odwołującego na część II i IV - zawiera te same ceny jednostkowe, co wskazuje że Odwołujący kalkulował te ceny samodzielnie, z uwzględnieniem własnych założeń. W tym miejscu Odwołujący wskazał na przykładowe założenia. Odwołujący uzyskał zamówienie w innej części — tj. części IV. Złożył w tej części wszystkie wymagane dokumentów; w żaden sposób nie „wycofał się” z realizacji zamówienia na część IV - mimo że na kolejnych pozycjach w rankingu w części IV również znalazły się oferty KROREM i W. - i tak samo był gotowy po uzyskaniu zamówienia na część II — zrealizować zamówienie w tym zakresie.

Odwołujący wskazał również, że cena zaoferowana w części II przez Odwołującego — jest o ponad 60 000 zł niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia. Na okoliczność wykazania faktu, że w okresie od ogłoszenia niniejszego postępowania (data publikacji ogłoszenia o zamówieniu 29.08.2023 r.) do dnia unieważnienia postępowania w części II (16.11.2023 r.) Odwołujący nie utrzymywał kontaktu z wykonawcą KRO-REM ani wykonawcą W. - składam również rachunek szczegółowy (tzw. „billing”) dla numeru tel. 6*****, należącego do J. S., wspólnika STAN-BRUK s.c., za okres od dnia 20.08.2023 r.-20.09.2023 r. oraz 20.09.2023r.-20.10.2023 r. Jednocześnie Odwołujący złożył wyciągi z JEDZ wykonawcy W.i KRO-EM, w których wskazano numery telefonów kontaktowych do obu wykonawców: wykonawca W.— tel. 5*****; wykonawca KRO-EM - tel. 6*****. Żaden ze wskazanych numerów telefonów nie jest wymieniony w rachunku szczegółowym dot. numeru należącego do J.S.. Dowód: billingi dot. numeru tel. J. S. za okres od dnia 20.08.2023 r. - 20.09.2023 r. oraz 20.09.2023 r. — 20.10.2023 r. wraz z wyciągami z JEDZ (str. 1-2) wykonawcy W. i KRO-EM ze wskazaniem numerów telefonów do kontaktu obu wykonawców.

Odnosząc się zaś do samej tezy o istnieniu porozumienia, Odwołujący wskazał, że w tym zakresie Zamawiający nie wykazał jego istnienia. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia

24 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1529/22, wyrok z dnia 29 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2051/22, wyrok z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3745/21, wyrok z dnia 20 grudnia 2022 r., KIO 3235/22, KIO 3247/22.

Odwołujący wskazał, że zmowa przetargowa stanowi bardzo poważny zarzut — również z uwagi na sankcję wykluczenia z postępowań na okres 3 lat przewidzianą w art. 111 pkt 4 PZP - i jej stwierdzenie nie może być oparte wyłącznie na przypuszczeniach oraz wnioskach wysnutych na podstawie niepotwierdzonych w żaden sposób twierdzeń Zamawiającego. Zamawiający nie zwrócił się również do Odwołującego o wyjaśnienie, pomimo, że mógł to uczynić w trybie art. 128 ust. 4 Pzp (wyjaśnienie treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp), względnie, gdyby uznać, że dotyczyło to treści złożonej oferty — art. 223 ust. 1 Pzp. Jednak, zaniechał powyższego i dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w sposób nagły, bez umożliwienia wyjaśnienia Zamawiającemu w szczególności kwestii faktycznych związanych z kontaktami Odwołującego z wykonawcą W. i KRO-REM.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający zastosował jako podstawę odrzucenia oferty art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, przez co postawił Odwołującego w gorszej sytuacji w stosunku do wykonawcy wykluczonego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Gdyby zastosował podstawę wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp — miałby obowiązek, przed wykluczeniem, umożliwić Odwołującemu wykazanie, że przygotował ofertę niezależnie od pozostałych

wykonawców, w stosunku do których zaistniało podejrzenie uczestnictwa w niedozwolonym porozumieniu. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający stwierdzając, że Odwołujący zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, odrzucił jego ofertę jako złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, nie umożliwiając Odwołującemu wykazania, że przygotowywał ofertę niezależnie od wykonawcy KRO-REM i W..

Na marginesie Odwołujący wskazał, że Zamawiający, nie czekając, czy Odwołujący skorzysta ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania w części II, wszczął kolejne postępowanie na utrzymanie zimowej dróg i chodników Rejon Śródmieście, o czym zawiadomił również Odwołującego, pomimo zarzucenia Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu uczestnictwa w niedozwolonym porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji (zawiadomienie o wszczęciu kolejnego postępowania — w dokumentacji postępowania).

Zdaniem Odwołującego, odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp jest bezpodstawne, bowiem w okolicznościach sprawy nie można mówić o udziale Odwołującego w żadnym porozumieniu mającym na celu ograniczenie konkurencji. Odwołujący nie ma wiedzy, z jakiego powodu wykonawca KRO-EM i wykonawca W. zrezygnowali z udziału w postępowaniu. Odwołujący od ponad dwóch lat nie utrzymuje z nimi kontaktu. Występują istotne różnice z ofertach Odwołującego oraz wskazanych wykonawców. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego oparte jest wyłącznie na przypuszczeniach i tezach Zamawiającego, bez przedstawienia nawet dowodu pośredniego na udział Odwołującego w niedozwolonym porozumieniu.

Skutkiem bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego jest naruszenie art. 255 pkt 2) PZP poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowanie w części II. Gdyby Zamawiający nie stwierdził na podstawie nieuzasadnionych przypuszczeń, że Odwołujący uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu mającym na celu ograniczenie konkurencji, postępowanie nie zostałoby unieważnione, a zamówienie w części II mógłby uzyskać Odwołujący. W związku z powyższym Zamawiający naruszył również normę art. 255 pkt) 2 Pzp.

Zarzut ewentualny — w przypadku gdyby Zamawiający wnosił o uzupełnienie w zakresie podstawy prawnej dokonanej czynności lub skład orzekający stwierdził, że czynność zamawiającego stanowi wykluczenie z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i podlega rozpoznaniu na rozprawie jako wykluczenie z postępowania — Odwołujący zarzucił naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 128

ust. 4 Pzp w zw. z art. 255 pkt 2 Pzp. Odwołujący wskazał, że Zamawiający celowo ograniczył czynność odrzucenia oferty do odrzucenia na podstawie art. 227 ust. 1 pkt 7 Pzp - z uwagi na to, że Zamawiający miał zamiar wybrać ofertę odwołującego w części IV postępowania a wykluczenie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczyć musiałoby całego postępowania. Zdaniem Odwołującego, taki sposób postępowania Zamawiającego (ograniczenie podstawy prawnej czynności wyłącznie do art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp) może jednak budzić uzasadnione wątpliwości i w przypadku gdyby na etapie rozprawy doszło do stwierdzenia, że czynność Zamawiającego polega jednak na wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp — Odwołujący z ostrożności procesowej stawia niniejszy zarzut jako ewentualny.

Odwołujący wskazał, że argumentacja zawarta w cz. I pkt 1- 11 jest właściwa w zakresie niniejszego zarzutu. Zmowa nie wystąpiła, Zamawiający nie miał żadnych dowodów na jej stwierdzenie, a brak uzupełnienia dokumentów przez innych wykonawców i poprzednio składana oferta (w przetargu sprzed 2 lat) — nie jest żadnym dowodem, nawet pośrednim. W niniejszej sytuacji Odwołujący nie miał kontaktu od niemal 2 lat z pozostałymi wykonawcami. Zdaniem Odwołującego, w przypadku art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp - Zamawiający miał obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego mającego na celu ustalenie przesłanek zaistnienia zmowy przetargowej. Odwołujący podkreślił, że w przypadku art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp — domniemanie ustawowe zaistnienia zmowy przetargowej — dotyczy wyłącznie sytuacji złożenia oferty w grupie kapitałowej, co w niniejszym przypadku w ogóle nie miało miejsca. Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp — z postępowania 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. Określenie "na podstawie wiarygodnych przesłanek" — oznacza, że Zamawiający nie może ograniczać się do stwierdzeń subiektywnych i domysłów, bez żadnych podstaw faktycznych. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2022 r. KIO 2051/22.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający również dokonuje projekcji rzeczywistości, a jego domysły opierają się na sekwencji zdarzeń niezależnych od siebie (brak uzupełnienia dokumentów jest jedynym zdarzeniem). Sprowadza się wyłącznie do przypuszczeń Zamawiającego opartych o wcześniejsze wspólne wykonywanie zamówienia. Z uwagi na brak jakiegokolwiek powiązania mogącego wskazywać nawet

pośrednio na istnienie grupy kapitałowej — Zamawiający ma obowiązek posiadać dowody istnienia zmywy przetargowej. Odwołujący nie żąda od Zamawiającego przedkładania dowodów bezpośrednich, takich jak pisemne porozumienie lub nagrania wskazujące na istnienie porozumienia. Dowody pośrednie jednak nie mogą ograniczać się do subiektywnego stwierdzenia Zamawiającego, o tym, że uważa, że zmywa zaistniała tylko dlatego, że dwóch wykonawców nie dokonało uzupełniania ofert oraz że w poprzednich usługach niektórzy z nich współpracowali ze sobą. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 30 września 2019 r. sygn. akt KIO 1830/19.

W konsekwencji bezzasadnej czynności - Zamawiający dokonał bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu a ponadto — bezzasadnie uniemożliwił mu udział w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w związku z faktem, że w czynności następuje stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu utrudnienie konkurencji. Czynność Zamawiającego jest rażąco sprzeczna zarówno z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp jak i z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie dróg i chodników w sezonie zimowym 2023/2024”, numer referencyjny: ZP.271.60.2023, dalej ‘Postępowanie’). Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Postępowanie podzielono na pięć części.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. 2.5.5 SWZ przedmiotem zamówienia w części II jest: utrzymanie zimowe chodników, placów, kładek i dróg: wojewódzkich, powiatowych, gminnych oraz wewnętrznych, w tym: zimowe utrzymanie jezdni dróg wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych; zimowe utrzymanie chodników; zimowe utrzymanie kładek, schodów i podejść; odśnieżanie, zwalczanie śliskości zimowej, usuwanie lodu, błota i innych zanieczyszczeń na jezdniach ulic, dróg wojewódzkich, powiatowych i gminnych.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostało złożonych pięć ofert:

- 1) Zakład Robót Drogowych i Budowlanych s. c. „Drog-Rem” A. D., o M. G.,
Orzechówka 159, 36-220 Jasienica Rosielna,
- 2) ARMANCO Sp. z o. o., ul. Lwowska 17, 38-400 Krosno,
- 3) KRO-REM B. F., ul. Ks. Franciszka Kojdera 39j, 38-400 Krosno,
- 4) Usługi Sprzętowo-Transportowe K.W., Niepla 135, 38-203 Szebnie,

5) STAN-BRUK s. c. J. S., D. S., ul. Pużaka 5, 38-400, Krosno.

Izba ustaliła, że w części II Postępowania oferty złożyło trzech wykonawców:

- 4) oferta nr 3 - „KRO-REM” B. F., Ks. Franciszka Kojdera, 39j, 38-400 Krosno, dalej również „wykonawca F.” (cena oferty 990 961,48 zł);
- 5) oferta nr 4 - Usługi Sprzętowo-Transportowe K. W., Niepla 135, 38-203 Szebnie, dalej również „wykonawca W.” (cena oferty 1 052 030,14 zł);
- 6) oferta nr 5 - STAN-BRUK s.c. J.S., D.S. — Odwołujący (cena oferty 1 204 123,32 zł).

Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części II to 1 265 000,00 zł.

Izba ustaliła, że wykonawca F. oraz wykonawca W. złożyli oferty we wszystkich częściach zamówienia.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę na części II, IV i V zamówienia.

Izba ustaliła, że w odniesieniu do II części zamówienia, Zamawiający w dniu:

- 4.10.2023 r. — wystosował pierwsze wezwanie do wykonawcy nr 3 tj. do wykonawcy F. do złożenia podmiotowych środków dowodowych — na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Termin złożenia ww. środków mijał 17.10.2023r. o godzinie 11.00. Wykonawca w wyznaczonym terminie nie uzupełnił treści oferty o wskazane środki dowodowe;
- 17.10.2023r. Zamawiający przesłał ww. wykonawcy ponowne wezwanie o uzupełnienie treści oferty — działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP i wyznaczając wykonawcy termin do 19.10.2023r. Wykonawca ponownie nie dokonał uzupełnienia treści swojej oferty o żądane dokumenty i oświadczenia;
- 20.10.2023r. - pierwsze wezwanie wykonawcy nr 4 tj. wykonawcy W.do złożenia podmiotowych środków dowodowych — na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Termin złożenia ww. środków mijał 31.10.2023r. o godzinie 11.00. Wykonawca w wyznaczonym terminie nie uzupełnił treści oferty o wskazane środki dowodowe;
- 31.10.2023r. Zamawiający przesłał ww. wykonawcy ponowne wezwanie o uzupełnienie treści oferty — działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP i

wyznaczając wykonawcy termin do 7.11.2023r. Wykonawca ponownie nie dokonał uzupełnienia treści swojej oferty o żądane dokumenty i oświadczenia.

W wyniku ww. czynności (braku uzupełnienia oferty o podmiotowe środki dowodowe), Zamawiający zatrzymał wadium w wysokości 10 000 zł każdego z w/w wykonawców.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 16.11.2023 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu wszystkich ofert złożonych w części II, w tym oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania w tej części. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał m.in. w odniesieniu do wykonawcy W. i F., że w wymaganych terminach nie uzupełnili dokumentów — w związku z powyższym oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z treścią przedmiotowego przepisu, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie Oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W ocenie Zamawiającego doszło do zмовы przetargowej pomiędzy wykonawcami, którzy złożyli oferty na II część postępowania. Świadczą o tym następujące okoliczności:

- 1) celowy brak uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego przez wykonawców nr 3 i 4, których oferty są najkorzystniejsze cenowo. W wyniku takiego działania wykonawcy doprowadzili do sytuacji, w której Zamawiający niejako zmuszony jest wybrać ofertę nr 5, czyli najdroższą cenowo. Należy zaznaczyć, że żaden z wykonawców na etapie wezwania do uzupełnienia dokumentów nie sygnalizował problemów z niemożnością ich uzupełnienia z konkretnych, uzasadnionych powodów np. choroby, wyjazdu, długiego terminu oczekiwania na informację z KRK itp., ani też nie wnioskował o przedłużenie tych terminów. W związku z tym należy domniemywać, że wykonawcy celowo nie uzupełnili żądanych dokumentów podmiotowych.
- 2) według wiedzy Zamawiającego (ww. wykonawcy realizowali przedmiotowe zamówienie w poprzednich latach) obaj wykonawcy dysponują sprzętem niezbędnym do realizacji II części przedmiotowego zamówienia, tj. dysponują trzema pługami posypywarkami, trzema mikrociągnikami z pługiem i ładowarką do załadunku środków do zwalczania śliskości. Ponadto obaj wykonawcy złożyli oferty na wszystkie

części postępowania brali więc pod uwagę możliwość, że w razie uzyskania całości zamówienia będą musieli dysponować sprzętem w ilości: dziesięciu pługo-posypywarek, ośmiu mikrociągników z pługiem i dwóch ładowarek do załadunku środków do zwalczania śliskości. Co prawda wykonawcy mogą wykonać zamówienie przy udziale podwykonawców, jednakże żaden z nich w formularzu oferty nie zadeklarował takiej opcji/ możliwości. Zamawiający ma więc pełne prawo zakładać, że wykonawcy ci dysponują własnym sprzętem niezbędnym do realizacji całego zamówienia, a nie tylko do II części,

- 3) ww. trzech wykonawcy wielokrotnie brali udział w postępowaniach na zimowe utrzymanie dróg i chodników ogłaszanych przez Gminę Miasto Krosno. Oferty składane były przez nich we wszystkich możliwych konfiguracjach:
- a) samodzielnie,
 - b) wspólnie, np. konsorcjum firm: Usługi Sprzętowo-Transportowe, K. W. oraz „STANBRUK” s. c., J. S., D. S.,
 - c) jako podwykonawcy;

Każdy z tych wykonawców realizował już przedmiotowe zamówienie w różnych jego częściach — tak więc Zamawiający ma wiedzę, że każda z tych firm samodzielnie jest zdolna do realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym bardziej jest zdolna do realizacji jednej jego części.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w części IV zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający unieważnił postępowanie w części II zamówienia na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego okazały się zasadne, co skutkowało uwzględnieniem odwołania przez Izbę.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji zostały stypizowane w art. 5–17g UZNK. Wymienione w tych przepisach czyny nieuczciwej konkurencji nie tworzą zamkniętego katalogu. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK może być uznane także działanie niewymienione w art. 5–17g UZNK, jeżeli tylko odpowiada wymogom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się zawarcie niedozwolonego porozumienia (zmowy przetargowej) i uzgadnianie treści składanych ofert przez wykonawców w celu uzyskania przez jednego z nich zamówienia na korzystniejszych warunkach. Zakaz zawierania zmwów przetargowych określony jest w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „UOKiK”). Przepis ten zakazuje dokonywania pomiędzy wykonawcami ustaleń, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny. Takie działanie – jako sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami oraz naruszające interes innych wykonawców oraz zamawiającego – stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 UZNK. Zawarcie przez wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji stanowi również przesłankę ich wykluczenia z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a tym samym odrzucenia złożonych przez nich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że kluczowym elementem oceny danego zachowania przedsiębiorców na rynku jest ustalenie czy określone zachowanie może zostać zakwalifikowane jako „porozumienie” oraz czy ma antykonkurencyjny „cel lub skutek”. Jeśli chodzi o pierwszy wskazany element, tj. „porozumienie”, w doktrynie wskazuje się, iż jest to możliwość przypisania przedsiębiorcom będącymi stronami tego porozumienia minimum wzajemnych kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej. Wskazane w doktrynie szerokie rozumienie „porozumień”, powoduje, iż objęte są jego zakresem również niesformalizowane uzgodnienia przedsiębiorców, a więc również takie których antykonkurencyjny „cel” lub „skutek” nie wynika z umów, uchwał czy też innych pisemnych uzgodnień (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 listopada 2005 r. XVII Ama 26/04).

Co do drugiego z elementów, tj. „antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia”, należy wskazać, że wymienione przesłanki mają charakter alternatywny. W piśmiennictwie

podkreśla się, że cel danego zachowania należy określić poprzez obiektywnie ustalony cel samego porozumienia, przy czym ustalenie to powinno nastąpić z uwzględnieniem gospodarczego kontekstu, w jakim zawarte zostało (jest wykonywane) dane porozumienie. Cel porozumienia należy badać w oparciu o kryteria obiektywne i w okolicznościach konkretnej sprawy (tak m.in. K. Kohutek Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Wydanie II).

Izba wskazuje, że jedną z najbardziej istotnych kwestii związanych z niedozwolonymi porozumieniami pomiędzy przedsiębiorcami jest sposób wykazania niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Temat ten jest przedmiotem obszernej analizy zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w piśmiennictwie. Wskazać w tym zakresie należy przede wszystkim na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06), w którym sąd wskazał, m.in., iż w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia możliwe - a niekiedy nawet konieczne - jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. (...) Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczone w orzecznictwie (...). Jak wiadomo, w sądowym postępowaniu cywilnym ustalenie faktu, czy zespołu poszczególnych faktów, następuje w zasadzie przez udowodnienie każdego z nich. Może być jednak oparte na notoryjności (art. 228 KPC), przyznaniu (art. 229 i 230 KPC) lub domniemaniu faktycznym (art. 231 KPC). (...). Wobec braku bezpośrednich środków dowodowych co do zawarcia porozumienia cenowego, konieczne stało się w postępowaniu sądowym konstruowanie domniemań faktycznych. Domniemanie takie pozwala na oparcie ustaleń faktycznych na uznaniu za ustalone faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów, czyli jest w istocie wnioskowaniem, rozumowaniem sądu orzekającego, którego konstrukcja, w odniesieniu do poszczególnych powiązanych ze sobą faktów, na zasadach opisanych w art. 231 KPC, powinna być przedstawiona w uzasadnieniu wyroku w sposób pozwalający skontrolować prawidłowość ustalenia faktów i wynikających z nich wniosków.

Z uwagi na to, że wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo, w sądownictwie powszechnym za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zmowy przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałaby stosowanie zakazu praktyk ograniczających

konkurencję. Jak podkreśla się w orzecznictwie „Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie, zdaniem Sądu, jednoznacznie dowodzą wystąpienia zmowy przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję”. (Tak wyr. SOKiK z 17.04.2008 r., XVII AmA 117/05). Istnienie więc zmowy przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z który łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek – o znowie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie posiadał wystarczających dowodów na potwierdzenie, że Odwołujący był stroną porozumienia (zmowy) przetargowej w części II zamówienia. Należy wskazać, że w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający powołał się m.in. na następujące okoliczności:

- 1) celowy brak uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego przez wykonawców nr 3 (wykonawca W.) i 4 (wykonawca F.), których oferty są najkorzystniejsze cenowo. W wyniku takiego działania wykonawcy doprowadzili do sytuacji, w której Zamawiający niejako zmuszony jest wybrać ofertę Odwołującego, czyli najdroższą cenowo;
- 2) żaden z wykonawców na etapie wezwania do uzupełnienia dokumentów nie sygnalizował problemów z niemożnością ich uzupełnienia z konkretnych, uzasadnionych powodów, ani też nie wnioskował o przedłużenie tych terminów. W związku z tym należy domniemywać, że wykonawcy celowo nie uzupełnili żądanych dokumentów podmiotowych;
- 3) według wiedzy Zamawiającego (ww. wykonawcy realizowali przedmiotowe zamówienie w poprzednich latach) obaj wykonawcy dysponują sprzętem niezbędnym do realizacji II części przedmiotowego zamówienia, tj. dysponują trzema pługami

posypywarkami, trzema mikrociągnikami z pługiem i ładowarką do załadunku środków do zwalczania śliskości;

- 4) wykonawca W. oraz wykonawca F. złożyli oferty na wszystkie części postępowania, brali więc pod uwagę możliwość, że w razie uzyskania całości zamówienia będą musieli dysponować sprzętem w ilości: dziesięciu pługo-posypywarek, ośmiu mikrociągników z pługiem i dwóch ładowarek do załadunku środków do zwalczania śliskości. Co prawda wykonawcy mogą wykonać zamówienie przy udziale podwykonawców, jednakże żaden z nich w formularzu oferty nie zadeklarował takiej opcji/możliwości. Zamawiający ma więc pełne prawo zakładać, że wykonawcy ci dysponują własnym sprzętem niezbędnym do realizacji całego zamówienia, a nie tylko do II części,
- 5) wykonawcy wielokrotnie brali udział w postępowaniach na zimowe utrzymanie dróg i chodników ogłaszanych przez Gminę Miasto Krosno. Oferty składane były przez nich we wszystkich możliwych konfiguracjach: a) samodzielnie, b) wspólnie, np. konsorcjum firm: Usługi Sprzętowo-Transportowe, K. W. oraz „STAN-BRUK” s. c., J. S., D. S.; c) jako podwykonawcy;
- 6) Każdy z wykonawców realizował już przedmiotowe zamówienie w różnych jego częściach — tak więc Zamawiający ma wiedzę, że każda z tych firm samodzielnie jest zdolna do realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym bardziej jest zdolna do realizacji jednej jego części.

Zdaniem Izby, powyższe twierdzenia i wnioski Zamawiającego były ogólne i nie dotyczyły w istocie ustalenia czy pomiędzy wykonawcami istnieją jakiegokolwiek powiązania osobowe, kapitałowe czy handlowe, które w sposób pośredni potwierdzałyby zawarcie rzekomego porozumienia w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Izba wskazuje, że nie było sporne w sprawie, że wykonawca W. oraz wykonawca F. nie uzupełnili na wezwanie Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych w części II zamówienia. Nie było również sporne w sprawie, że obaj wykonawcy złożyli oferty na wszystkie części zamówienia, jednakże w wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert, oferty złożone przez tych wykonawców nie zostały uznane za najkorzystniejsze w czterech częściach zamówienia. Ponadto, nie było sporne w sprawie, że Odwołujący w przeszłości współpracował z wykonawcą W. oraz wykonawcą F. w ramach realizacji różnych zamówień, także na rzecz Zamawiającego. To co pozostawało sporne w sprawie to ocena czy powyższe okoliczności uprawniały Zamawiającego do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp względem Odwołującego. Izba uznała decyzję Zamawiającego za nieprawidłową.

Po pierwsze, jak Izba wskazała powyżej, stwierdzenie wystąpienia zmywy przetargowej pomiędzy wykonawcami wymaga w pierwszej kolejności wykazania, że mamy do czynienia z porozumieniem pomiędzy wykonawcami. Innymi słowy, Zamawiający uznając, że wykonawcy zawarli pomiędzy sobą niedozwolone porozumienie jest zobowiązany do wykazania, że przedsiębiorcom będącym stroną takiego porozumienia można przypisać minimum wzajemnych kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej, bądź mieszanej, często mającej charakter nieformalny. Zdaniem Izby Zamawiający nie poczynił żadnych ustaleń faktycznych co do bieżącej współpracy pomiędzy wykonawcami, której celem miałyby być zawarcie porozumienia w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Co prawda Zamawiający wskazał, że wykonawcy współpracowali pomiędzy sobą w realizacji poprzednich zamówień, ale z decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wynika w jakim okresie czasu taka współpraca występowała i czy jest ona nadal kontynuowana. Jak wyjaśnił Odwołujący współpracy pomiędzy wykonawcami rzeczywiście miała miejsce w przeszłości, ale ustała w 2021 r. Odwołujący wyjaśnił również, że konieczność współpracy wynikała z braku posiadania przez Odwołującego niezbędnego zaplecza technicznego do samodzielnego wykonywania zamówień. Odwołujący wskazał, że od 2021 r. ubiega się samodzielnie o zamówienia i nie utrzymuje żadnych kontaktów gospodarczych z tymi wykonawcami.

Izba wskazuje, że Zamawiający również nie ustalił czy wykonawcy utrzymują ze sobą jakiegokolwiek inne kontakty handlowe, rodzinne czy powiązania kapitałowe. Nie ustalił czy Odwołujący uczestniczył jako podwykonawca w realizacji jakichkolwiek innych zleceń handlowych realizowanych przez wykonawcę W. czy F.. Zamawiający nie zapytał żadnego z wykonawców o takie powiązania. I o ile zgodzić się należy z Zamawiającym, że brak uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę W. i F. jest okolicznością, która zasadnie wzbudziła podejrzenie Zamawiającego co do możliwości wystąpienia porozumienia pomiędzy wykonawcami, to niemniej jednak uznanie, że Odwołujący działał w porozumieniu z wykonawcą W. oraz F. w celu zaburzenia konkurencji na podstawie takiej okoliczności było, zdaniem Izby, nieprawidłowe. Izba podkreśla, że ocena zachowań wykonawców musi odbywać się z uwzględnieniem całości okoliczności danej sprawy. Dowody poszlakowe, na które powołał się Zamawiający, muszą stanowić zbiór faktów, z którego łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek – o zmywie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Zdaniem Izby, z taką sytuacją nie mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym. Zachowanie wykonawców W. i F. można racjonalnie uzasadnić również tym, że dążyli oni do uzyskania całości zamówienia tj. zamówienia we wszystkich częściach zamówienia, bowiem złożyli oni

oferty na wszystkie części zamówienia i kalkulowania koszty (zysk) z jego realizacji przy założeniu, że uzyskają całość zamówienia do realizacji bądź też istotną jego część. W sytuacji, gdy oferty tych wykonawców nie były ofertami najkorzystniejszymi w czterech częściach zamówienia, można również racjonalnie przyjąć, że realizacja wyłącznie części II zamówienia nie była dla nich ekonomicznie opłacalna, co skutkowało podjęciem decyzji o braku złożenia podmiotowych środków dowodowych i utracie wadium. Zamawiający nie zbadał tych okoliczności i przesłanek jakimi kierowali się wykonawcy nie składając wymaganych dokumentów. Zatem w okolicznościach omawianej sprawy nie można przyjąć, iż fakty na jakie powołał się Zamawiający prowadzą tylko do jednego wniosku tj. zmowy. Zachowanie wykonawcy W. i F. można również racjonalnie uzasadnić potencjalnym zakresem zamówienia jaki uzyskaliby w ramach postępowania i opłacalnością realizacji wyłącznie jednej części zamówienia.

Izba podkreśla, że współpraca pomiędzy wykonawcami na rynku jest elementem kształtującym rynek, jak również poziom jego konkurencyjności. Umożliwia łączenie potencjałów i wspólne zdobywanie doświadczenia. Wpływa w szczególności na możliwość rozwoju małych przedsiębiorców i umożliwia im uczestnictwo w zamówieniach publicznych we współpracy z innymi wykonawcami. Nie można odmówić racjonalności argumentacji Odwołującego, że współpraca z wykonawcą W. czy F. jaka miała miejsca w przeszłości była właśnie narzędziem do zdobycia doświadczenia, jak również pomostem do samodzielnego ubiegania się o zamówienia przez Odwołującego. Wywodzenie jednoznacznych wniosków przez Zamawiającego, że owe przeszłe relacje handlowe pomiędzy wykonawcami potwierdzają znową przetargową, Izba uważa za nieprawidłowe. Zastosowanie przez Zamawiającego tak dotkliwej sankcji jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy z powodu zawarcia niedozwolonego porozumienia wymaga od Zamawiającego poszukiwania dowodów pośrednich w postaci ustalenia chociażby bieżącej współpracy pomiędzy wykonawcami, utrzymywania stałych relacji handlowych, powiązań kapitałowych czy osobowych. Tego Zamawiający zaniechał w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym, zdaniem Izby, podstawa faktyczna na jakiej Zamawiającego oparł swoją decyzję o zaistnieniu znowy przetargowej jest niewystarczająca. Zdaniem Izby, zachowanie wykonawców można racjonalnie wytłumaczyć również w inny sposób niż przyjęty przez Zamawiającego. Argumenty zaprezentowane przez Odwołującego, jak i złożone na tą okoliczność dowody pozwalają na uznanie, że Odwołujący samodzielnie ubiegał się o zamówienie, nie miał wiedzy o przyczynach zachowania pozostałych wykonawców oraz nie pozostawał z nimi w bieżących relacjach handlowych, które świadczyłyby pośrednio o tym, że wykonawcy rzeczywiście umówili się co do sposobu ustalenia wyniku w części II zamówienia. Zdaniem Izby, okoliczności na jakich Zamawiającego oparł swoją decyzję co do istnienia „porozumienia”

między Odwołującym, a wykonawcą W. i F., były niewystarczające. Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 było nieprawidłowe.

Jednocześnie Izba wskazuje, że nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego co do braku zastosowania art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, jeśli Zamawiający ustalił, że wykonawca zawarł niedozwolone porozumienie z innymi wykonawcami, to Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nie może być tak, że w tym samym postępowaniu w zakresie jednej części zamówienia Zamawiający stwierdza, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i może wykonywać część zamówienia, a w innej części tego samego zamówienia Zamawiający stwierdza, że wykonawca zawarł zмовę przetargową i jego oferta podlega odrzuceniu, ale tylko w tej części zamówienia. Stwierdzenie zмовы przetargowej w stosunku do danego wykonawcy/wykonawców to potwierdzenie nagannego zachowania tych wykonawców na rynku, którego sankcje określa ustawodawca w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i jednocześnie w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązuje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, i jednoczesnego odrzucenia jego oferty w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu uznaje, że Odwołujący zawarł niedozwolone porozumienie i odrzuca jego ofertę w części II zamówienia, a jednocześnie nagradza Odwołującego przyznając mu zamówienie w części IV zamówienia. Takie działanie nie może być aprobowane. Naganne zachowanie wykonawcy nie może ulegać relatywizacji w poszczególnych częściach zamówienia. Skoro Zamawiający uznał, że takie zachowanie (tj. zawarcie niedozwolonego porozumienia) miało miejsce, to konsekwencją takich ustaleń, winno być również wykluczenie Odwołującego z postępowania. Izba nie zgadza się ze stwierdzeniem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie : cyt: „*art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP winien być stosowany nierozdzielnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP — a więc z możliwością zapewnienia wykonawcy procedury samooczyszczenia. Zamawiający ocenił jednak okoliczności sprawy i uznał, że żaden z wykonawców uczestniczących w zмовie nie jest w stanie podjąć w tym postępowaniu kroków, które mogłyby doprowadzić do uzdrowienia zaistniałej sytuacji. Tak więc wzywanie wykonawców do przeprowadzenia procedury self-cleaningu byłoby jedynie formalnością, z góry skazaną na niepowodzenie*”. Zamawiający nie może wchodzić w rolę wykonawcy. Nie może również podejmować *a priori* decyzji co do oceny procedury self – cleaningu, bez posiadania wyjaśnień wykonawcy. Żaden z przepisów ustawy Pzp nie przyznaje Zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w ramach self – cleangu z uwagi na uznanie przez Zamawiającego *a priori* że takie wezwanie jest z góry skazane na niepowodzenie. Stąd też stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w/w zakresie Izba uznaje za niezasadne.

Z uwagi na brak potwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający nieprawidłowo unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu w części II zamówienia, zatem nie zostały spełnione przesłanki do unieważnienia postępowania w tej części zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....