

Sygn. akt: KIO 2051/22

WYROK
z dnia 29 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Joanna Gawdzik-Zawalska**

Członkowie: **Danuta Dziubińska**

Emilia Garbala

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2022 r. przez wykonawców:

DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Warszawie,

SEBAN Sp. z o.o. w Katowicach oraz

4 OP Sp. z o.o. w Legnicy

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu

przy udziale wykonawcy

Raflex sp. z o.o. w Piekarach Śląskich

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzuceniu oferty odwołujących DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Warszawie, SEBAN Sp. z o.o. w Katowicach oraz 4 OP Sp. z o.o. w Legnicy ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego i nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołujących.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną przez odwołujących DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Warszawie, SEBAN Sp. z o.o. w Katowicach oraz 4 OP Sp. z o.o. w Legnicy ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego kwotę 15.000 zł 00 groszy (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem kosztów wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika odwołujących DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Warszawie, SEBAN Sp. z o.o. w Katowicach oraz 4 OP Sp. z o.o. w Legnicy ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego oraz kwotę 720 złotych 46 groszy (słownie: siedemset dwadzieścia złotych czterdzieści sześć groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

 - 2.2. zasądza od zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu na rzecz odwołujących - DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Warszawie, SEBAN Sp. z o.o. w Katowicach oraz 4 OP Sp. z o.o. w Legnicy ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego kwotę 19 320 złotych 46 groszy (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta dwadzieścia złotych czterdzieści sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., aktualnie tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) (dalej: „Ustawa” lub „Pzp”) w procedurze otwartej przez zamawiającego Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu pn.: Część I: „Świadczenie kompleksowej usługi polegającej na utrzymaniu porządku i czystości w budynkach mieszkalnych będących wyłączną własnością SRK S.A. oraz utrzymanie czystości i porządku wokół tych budynków położonych na terenie miast Sosnowiec, Czeladź, Będzin, Bytom, Ruda Śląska, Radzionków, Zabrze, Gliwice, Lędziny, Chorzów, Radlin, Siemianowice, Katowice.”. Część II: „Świadczenie kompleksowej usługi w zakresie porządku i czystości wokół budynków mieszkalnych będących wyłączną własnością SRK S.A. położonych na terenie gminy Wałbrzych i Boguszów Gorce.” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział Administracja Zasobów Mieszkaniowych (Numer referencyjny: ZP-AZM-0001/22, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dzienniku Unii Europejskiej z dnia 8 marca 2022 r. pod numerem 2022/S 047-122227) (dalej: „Postępowanie”) odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniu 5 sierpnia 2022 r. złożyli wykonawcy: DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Warszawie, SEBAN Sp. z o.o. w Katowicach oraz 4 OP Sp. z o.o. w Legnicy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego (zwany: „Odwołującym” lub „Wykonawcą”).

Do postępowania w dniu 10 sierpnia 2022 r. przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił Raflex sp. z o.o. w Piekarach Śląskich (zwany również: „Przystępującym”). Przystępujący jako interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Odwołującego wskazał sytuację prawną wywołaną skarżoną przez Odwołującego czynnością Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy ze względu na zmwę przetargową z Przystępującym.

Odwołanie wniesione zostało przez Wykonawcę wobec: unieważnienia wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji gdy Wykonawca nie zawarł z Raflex sp. z o.o. porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu; unieważnienia Postępowania, w sytuacji gdy to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu, a zaoferowana przez Odwołującego cena jest znacząco niższa niż kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 Ustawy w zw. z art. 16 pkt 3 Ustawy poprzez

bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego (poprzedzone bezpodstawnym unieważnieniem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu), w sytuacji gdy Wykonawca nie zawarł z Raflex sp. z o.o. porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu, a Zamawiający nie zdołał wykazać, za pomocą wiarygodnych przesłanek, że Wykonawca i Przystępujący dopuścili się zmowy przetargowej i wyciągnął zbyt daleko idące wnioski na podstawie zdarzeń, które są codzienną praktyką przedsiębiorców, czym dodatkowo Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności; a w konsekwencji

2. naruszenie przepisu art. 255 pkt 3 Ustawy poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania, w sytuacji gdy to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu, a zaoferowana przez Odwołującego cena jest znacząco niższa niż kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, względnie nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem między innymi w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego oferta Odwołującego została bezzasadnie odrzucona, czego skutkiem jest pozbawienie go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a nadto narażenie Odwołującego na utratę dobrego imienia, co ma znaczenie dla całej działalności Odwołującego.

Pismem z dnia 7 czerwca 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku postępowania Strony przedłożyły Izbie szereg dokumentów - Zamawiający dokumentację postępowania, Odwołujący dokumenty na okoliczność podejmowanych przez Odwołującego działań w celu pozyskania dowodów i potwierdzenia faktów negatywnych, braku jakichkolwiek powiązań z Raflex oraz braku porozumienia – zmowy przetargowej pomiędzy Wykonawcą i Raflex, Przystępujący dokumenty na okoliczność podjęcia kontaktu z wykonawcą dopiero 28 czerwca 2022 r. oraz przyczyny nieudzielenia Zamawiającemu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na trzeciej z kolei zapytanie w tym zakresie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika, na podstawie zebranego materiału w sprawie, w postaci dokumentacji postępowania, złożonych przez Strony i Uczestnika dokumentów oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba ustaliła dalej, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi polegającej na utrzymaniu porządku i czystości w budynkach oraz wokół budynków mieszkalnych Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. z podziałem na dwie części, które realizowane ma być przez okres do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy z wykonawcą. Odwołanie dotyczy czynności podjętych przez Zamawiającego w zakresie części I Postępowania.. Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) przewiduje przeprowadzenie w ramach Postępowania aukcji elektronicznej.

W zakresie części I przedmiotu zamówienia oferty złożyło 4 wykonawców.

W dniu 7 kwietnia 2022 r. dokonano otwarcia ofert:

- 1) Raflex sp. z o.o. oferta na kwotę 3.417.211,51 zł brutto;
- 2) P.U. Agas K. G. (dalej również : „Agas”) oferta na kwotę 4.635.608,55 zł brutto;
- 3) Zakład Usług Komunalno- Budowlanych ZUKOMB Z. S. oferta na kwotę 4.075.069,72 zł brutto;
- 4) Odwołujący oferta na kwotę 1.854.322,40 zł brutto.

i Zamawiający poinformował, że kwotą jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w I części wynosi 2.890.031,89 zł brutto.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez Odwołującego ceny jako rażąco niskiej.

W dniu 14 kwietnia 2022 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia zawierające szereg wyliczeń i kalkulacji, odwołujące się do dokumentów źródłowych, które Zamawiający uznał za przekonujące.

W dniu 26 kwietnia 2022 r. Zamawiający przeprowadził, aukcję elektroniczną, w której wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu realizację części I przedmiotu zamówienia za następującą cenę:

- 1) Raflex sp. z o.o. – 1.574.000,00 zł brutto – cena obniżona w stosunku do pierwotnej,
- 2) P.U. Agas K. G. (dalej: „Agas”) – 1.579.608,55 zł brutto- cena obniżona- w stosunku do pierwotnej;
- 3) Zakład Usług Komunalno- Budowlanych ZUKOMB Z. S. – 4.075.069,72 zł brutto – cena nie zmieniona w stosunku do pierwotnej,
- 4) Odwołujący – 1.854.322,40 zł brutto- cena nie zmieniona w stosunku do pierwotnej.

W dniu 27 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Raflex i Agas do wyjaśnień ceny zaoferowanej w aukcji elektronicznej jako rażąco niskiej. Zakres żądanych wyjaśnień był szczegółowy i tożsamy w odniesieniu do obu wykonawców. Obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia. Wyjaśnienia zawierały szereg wyliczeń i kalkulacji oraz odwoływały się do dokumentów źródłowych.

W dniu 3 czerwca 2022 r. Zamawiający ponownie wezwał Raflex i Agas do udzielenia dodatkowych wyjaśnień ceny. Zapytania w części odnosiły się do zróżnicowanych kwestii. Na wezwanie z dnia 3 czerwca 2022r. wykonawca Agas nie odpowiedział, co skutkowało odrzuceniem jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy.

Raflex odpowiedział na drugie wezwanie. Wyjaśnienia Raflex były obszerne, szczegółowe i zawierały szereg wyliczeń i kalkulacji oraz odwoływały się do dokumentów źródłowych.

Pismem z dnia 20 czerwca 2022 r. Zamawiający skierował do Raflex trzecie wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy, zawierające dwa pytania:

- pierwsze stanowiące żądanie wyjaśnienia, w jakiej pozycji złożonych już wyjaśnień Raflex wskazane zostały koszty PPK;
- drugie dlaczego podane w złożonych już wyjaśnieniach koszty zatrudnienia nie uwzględniają podwyżki płacy minimalnej, jeśli wiadomym jest, że zamówienie będzie realizowane na przełomie roku 2022 i 2023.

Na trzecie wezwanie do udzielenia wyjaśnień Raflex nie udzielił odpowiedzi.

W dniu 24 czerwca 2022 r. Zamawiający, wobec nie udzielania wyjaśnień przez Raflex, odrzucił ofertę Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy.

Zamawiający dokonał oceny ofert i w dniu 13 lipca 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu .

Zamawiający przesłał Odwołującemu projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 18 lipca 2022 r. Odwołujący zgłosił Zamawiającemu podwykonawcę, przy pomocy którego zamierzał realizować usługę, tj. Raflex.

W dniu 26 lipca 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez Raflex, unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, odrzucił ofertę Odwołującego i Raflex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5) Ustawy z uwagi na istnienie wiarygodnych przesłanek wskazujących na zawarcie przez Odwołującego i Przystępującego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu oraz unieważnił Postępowanie wobec tego, że oferta z najniższą ceną, złożona przez wykonawcę Zakład Usług Komunalno- Budowlanych ZUKOMB Z. S. z ceną 4.075.069,72 zł brutto, przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o 1.185.037,87 zł brutto.

W uzasadnieniu odrzucenia ofert Wykonawcy i Raflex Zamawiający wskazał, że przebieg przetargu ujawnia budzące wątpliwości zachowania Wykonawcy i Raflex: „Na podstawie ich zachowania po ogłoszeniu przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej można dostrzec, że wykonawcy mogli wejść w porozumienie faktycznie wyłączające konkurencję między nimi - uczestniczyli w zмовie przetargowej o charakterze horyzontalnym. Wskazania wymaga, iż po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej oferta RAFLEX sp. z o.o. była pierwszą ofertą w rankingu ofert z ceną 1 574 000,00 zł, druga była oferta P.U. „Agas” K. G. z ceną 1 579 608,55 zł, zaś trzecia była oferta konsorcjum DGP CLEAN sp. z o.o., SEBAN sp. z o.o., 4 OP sp. z o.o. z ceną 1 854 322,40 zł. (informacja o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 26 kwietnia 2022 r.)” Dalej w uzasadnieniu odrzucenia ofert Zamawiający opisał przebieg czynności w Postępowaniu do czasu zgłoszenia przez Wykonawcę Raflex jako podwykonawcy i wskazał następnie, że:

„Po przeanalizowaniu przebiegu niniejszego postępowania, w ocenie Zamawiającego brak jest racjonalnego uzasadnienia dla zachowania wykonawcy RAFLEX sp. z o.o., który po wygranej przez siebie aukcji elektronicznej, odrzuceniu oferty P.U. Agas K. G. oraz dwukrotnym udzieleniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny zaniechał udzielenia odpowiedzi na ostatecznie uzupełniające wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w konsekwencji czego jego oferta została odrzucona. Daleko idące wątpliwości Zamawiającego co do zachowania Wykonawców RAFLEX sp. z o.o. oraz Konsorcjum DGP Clean Partner wzbudził fakt zaniechania ostatecznych uzupełniających wyjaśnień skutkujących odrzuceniem oferty pierwszej z rankingu oraz uznaniem, iż najkorzystniejszą ofertą stała się trzecia oferta z rankingu to jest oferta Konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o.

Kolejną istotną okolicznością, która wzbudziła wątpliwości Zamawiającego jest fakt, iż DGP Clean Partner sp. z o.o., SEBAN sp. z o.o., 4 OP sp. z o.o. na etapie składania ofert w swoich oświadczeniach JEDZ nie wskazywały, iż planują części wykonania przedmiotu zamówienia powierzyć podwykonawcy.

Od czynności dokonanych przez Zamawiającego w dniu 26 lipca 2022 r. odwołanie złożył Wykonawca, wskazując na brak istnienia jakiegokolwiek współpracy i kontaktów z Przystępującym w czasie do dokonania czynności odrzucenia oferty Raflex i na arbitralność decyzji Zamawiającego w zakresie ustalenia istnienia umowy przetargowej, braku jakiegokolwiek uwiarygodnienia tej okoliczności i wewnętrznej sprzeczności podniesionej dla uzasadnienia istnienia umowy argumentacji. Zaprzeczył, jakoby zawarł z wykonawcą Raflex porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu. Zaznaczył, że działania obu przedsiębiorców były typowym zachowaniem, powszechnie spotykanym na rynku, które Zamawiający mylnie zinterpretował, wyciągając zbyt daleko idące wnioski, działając wbrew logice i doświadczeniu życiowemu. Odwołujący szeroko uzasadnił zarzuty odwołania i poza powołaniem się na dokumentację postępowania, przedstawił dowody na poparcie swoich twierdzeń o braku jakichkolwiek uzgodnień pomiędzy Odwołującym i Raflex, co do treści oferty i podejmowanych w toku Postępowania czynności i daty pierwszego kontaktu z Raflex w postaci dowodów:

1. i 2. print screen strony internetowej z numerem telefonu i wynikami wyszukiwania Przystępującego, wskazujące sposób pozyskania telefonu kontaktowego do Przystępującego,

3. Print screen z telefonu pracownika Odwołującego z SMS do Przystępującego z treścią „witam z tej strony M. K. firma DGP Clean Partner proszę o kontakt” wskazujący pierwszy kontakt z Przystępującym w dniu 28 czerwca 2022 r.,

4. Wyciąg połączeń telefonicznych z telefonu pracownika Odwołującego za czerwiec 2022 r. (8 stron) potwierdzający zakres kontaktów telefonicznych i SMS pomiędzy Odwołującym i Raflex,

5. korespondencja SMS pracownika Odwołującego z Przystępującym wskazująca na brak powiązań i wcześniejszej współpracy oraz sposób pozyskania dalszych numerów kontaktowych Raflex,

6. Korespondencja email 28 czerwca – 5 lipca 2022 r. z Odwołującego z Przystępującym wskazująca na brak powiązań i wcześniejszej współpracy oraz ryzyko niedojścia do porozumienia w zakresie współpracy przy realizacji zamówienia,

7. email z 5 lipca 2022 r. inicjujący spotkanie Odwołującego z Przystępującym na Zoom.

8. korespondencja email 5 - 12 lipca 2022 r. Odwołującego z Przystępującym – wskazująca na brak powiązań i wcześniejszej współpracy oraz uzgodnienie współpracy,

9. Oświadczenia pracowników Odwołującego i prezesa – 5 dokumentów, wskazujące na brak powiązań i wcześniejszej współpracy

10. print screeny Kartoteki Klientów Odwołującego z wyszukiwania danych Przystępującego oraz Raflex A. B. w bazie klientów, gdzie brak jest zapisów dotyczących tych podmiotów, wskazujące na brak powiązań i wcześniejszej współpracy

11. i 12. zaświadczenia z ING Bank Śląski dotyczące wszystkich posiadanych przez Wykonawcę rachunków bankowych wskazujące na brak transakcji pomiędzy Odwołującym a Przystępującym oraz Raflex A. B. w okresie od 10 listopada 2015 r. wraz z wnioskiem o udostępnienie tych danych i korespondencją email tego dotyczącą,

13. oświadczenia konsorcjantów – 3 sztuki - dotyczące faktu prowadzenia rachunków bankowych wyłącznie w ING Bank Śląski, wskazujące na brak powiązań i wcześniejszej współpracy,

14. Wydruki z systemu Beck KRS powiązań kapitałowych oraz osobowych Przystępującego, A. B. oraz K. G. M. i Zakładu Usług Komunalnych Car Sp. z o.o. (4 sztuki) wskazujące na brak powiązań i wcześniejszej współpracy

15. Wniosek o udostępnienie informacji publicznej z 17 marca 2022 r. do Zamawiającego z żądaniem przekazania umów z wykonawcą usług utrzymania porządku i czystości, aneksów do tych umów, faktur za grudzień 2021, styczeń, luty 2022, formularza ofertowego / cenowego złożonego z ofertą przez aktualnego wykonawcę, dokumentacji dotyczących nałożonych kar umownych z potwierdzeniem wysłania, celem wykazania źródła, z jakiego Wykonawca pozyskał numery rachunków bankowych Raflex i faktur wystawionych przez Raflex na Zamawiającego, wskazujące na brak powiązań i wcześniejszej współpracy

16. faktury wystawione przez Raflex na Zamawiającego z tytułu realizacji usług utrzymania czystości wewnątrz budynków i na terenie zewnętrznym z numerami rachunków bankowych Raflex oraz protokołem odbioru usług Raflex w ramach uprzednio zawartej umowy, celem wykazania źródła pozyskania numerów rachunków bankowych Raflex oraz wskazujące na brak powiązań i wcześniejszej współpracy,

17. korespondencja email pomiędzy Odwołującym a platformą internetową za okres od 16 - 18 sierpnia 2022 r. z prośbą o adresację przydzieloną do usługi o określonym adresie IP, wskazująca, że urządzenie Odwołującego o określonym adresie IP zainstalowane było pod adresem Legnica , ul. Środkowa 22, celem wykazania, że cena ofertowa przesyłana była z urządzenia w Legnicy z adresu gdzie znajduje się jedna ze spółek z grupy kapitałowej Odwołującego oraz wskazująca na brak powiązań i wcześniejszej współpracy

18 . pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2022 r. z prośbą o potwierdzenie IP dla użytkownika składającego ofertę w imieniu Odwołującego oraz prośbą o zwrócenie się z tym zapytaniem do COIG S.A., która odmówiła tej informacji na wniosek Odwołującego warunkując udzielenie odpowiedzi zgodą Zamawiającego, celem potwierdzenia adres IP i lokalizacji oraz wskazujące na brak powiązań i wcześniejszej współpracy

19. pismo Odwołującego z dnia 16 sierpnia 2022 r. do Orange Polska o potwierdzenie przypisania numeru IP, z którego logowano się celem złożenia oferty, z miejscem lokalizacji instalacji w Legnicy ul. Środkowa 20, celem potwierdzenia adres IP i lokalizacji oraz wskazujące na brak powiązań i wcześniejszej współpracy

20. pismo Odwołującego z dnia 16 sierpnia 2022 r. do CIOG S.A. z prośbą o potwierdzenie, że dla Zamawiającego w trakcie aukcji w Postępowaniu użytkownik o określonym w piśmie loginie był widoczny z IP w wskazanym w piśmie numerze, celem potwierdzenia adres IP i lokalizacji, wskazujące na brak powiązań i wcześniejszej współpracy.

Odwołujący wskazał, że: „W uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu ofert wykonawców Zamawiający, co prawda deklaruje, że zaistniały wiarygodne przesłanki wskazujące na zawarcie przez Odwołującego i Raflex porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu, jednak analiza treści uzasadnienia decyzji prowadzi do zgoła odmiennego wniosku. Zamawiający dopatruje się zmowy przetargowej w typowym zachowaniu dwóch przedsiębiorców (całkowicie od siebie niezależnych, niewspółpracujących dotychczas), którzy podjęli decyzję o współpracy w ramach przedmiotowego zadania, o czym transparentnie poinformowali Zamawiającego. Wykonawcy nie działali w celu zakłócenia konkurencji w Postępowaniu, a poszczególne zdarzenia, które miały miejsce w trakcie Postępowania, są zachowaniami znanymi szeregu zamawiającym, którzy prowadzą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Upatrywanie zmowy przetargowej w fakcie zgłoszenia podwykonawcy, którego oferta została odrzucona przez Zamawiającego, stanowi nadinterpretację faktów. Odwołujący może jedynie przypuszczać, że tak daleko idące wnioski, jakie wyciągnął Zamawiający w związku z działaniami obu wykonawców, wynikają z negatywnych doświadczeń Zamawiającego z innych postępowań (w tym przegranych postępowań odwoławczych), których nie można jednak w żaden sposób przekładać na niniejszą sprawę. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że przy ocenie zmów przetargowych, Zamawiającego obowiązują obniżone standardy dowodowe, co jednak nie oznacza, że zachowanie Zamawiającego może mieć charakter arbitralny. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp odwołuje się bowiem do „wiarygodnych przesłanek”, które wskazać powinien Zamawiający, a nadto, przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp obowiązuje Zamawiającego do podania uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy. Temu obowiązkowi Zamawiający nie sprostał, co potwierdza zarzut Odwołującego, że działania Zamawiającego były bezprawne. W ocenie Odwołującego uzasadnienie faktyczne przedstawione w informacji Zamawiającego z dnia 26 lipca 2022 r. przeczy konkluzji Zamawiającego, że w niniejszym stanie faktycznym zaistniały wiarygodne przesłanki wskazujące na zawarcie przez Odwołującego i Raflex porozumienia mającego na celu

zakłócenie konkurencji w Postępowaniu. Owych „wiarygodnych przesłanek” zmowy przetargowej Zamawiający upatruje bowiem w następujących zdarzeniach:

A. zaniechaniu udzielenia przez Raflex odpowiedzi na ostatnie wezwanie do udzielenia wyjaśnień ceny;

B. braku złożenia przez Odwołującego w treści JEDZ oświadczenia, że wykonawca planuje powierzyć do wykonania część zamówienia podwykonawcy;

C. ubieganiu się przez Odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami.

Odwołujący wskazuje, że żadne z wyżej wymienionych zachowań nie jest zachowaniem nadzwyczajnym, niewystępującym w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a ich wystąpienie (pojedynczo czy kumulatywnie) w żadnym wypadku nie może świadczyć o tym, że wykonawcy dopuścili się zmowy przetargowej. (...) „

Odwołujący podkreślił, że: „Zamawiający skierował do Raflex łącznie trzy wezwania o wyjaśnienie zaofertowanej ceny, przy czym każde kolejne wyjaśnienie zawierało coraz to bardziej szczegółowe pytania adresowane do wykonawcy. W pierwszym wezwaniu skierowanym do Raflex Zamawiający zwrócił się do wykonawcy, aby wykazał, że jego oferta uwzględnia wymagania zawarte w SWZ, a cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Wezwał także do przedłożenia dowodów dotyczących przede wszystkim kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników, kosztów związanych z użyciem i pozyskaniem sprzętu, którymi wykonawca zamierza realizować zamówienie, kosztów związanych z użyciem materiałów i środków czystości, a także kosztów zagospodarowania odpadów. Zamawiający zamieścił też w treści wezwania dodatkowe pytanie, do których mieli odnieść się wykonawcy w swoich wyjaśnieniach. (...) Dla oceny zachowania wykonawcy znaczenie ma przede wszystkim ta część wyjaśnień Raflex, która odnosiła się do kosztów pracowniczych. W odpowiedzi na pierwotne wezwanie do wyjaśnienia ceny Raflex wskazywał, że szacował miesięczny koszt zatrudnienia jednego pracownika na poziomie 3626,46 zł miesięcznie, wskazując jednocześnie, że zatrudnia pracowników w oparciu o umowę o pracę, na pełen etat lub „na ¾ etatu”. Odwołujący zwraca uwagę, że kwota 3626,46 zł to kwota, która uwzględnia całkowity koszt pracodawcy, co oznacza, że wynagrodzenie brutto pracownika przy tej kwocie wyniesie 3010 zł brutto, czyli dokładnie tyle, ile minimalne wynagrodzenie za pracę, które obowiązuje w roku 2022 r. Zatrudnienie pracowników w oparciu o minimalne wynagrodzenie o pracę potwierdza zresztą lista płacowa, która została złożona przez Raflex wraz z wyjaśnieniami ceny. (...) Wyjaśnienia Raflex wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaofertowaną cenę. Z tego też względu, pismem z dnia 3 czerwca 2022 r., Zamawiający skierował do Raflex kolejne wezwanie do wyjaśnień ceny. Dodatkowe wyjaśnienia miały zawierać:

1) wyliczenia składowych części oferowanej kwoty z rozbiem na sprzątanie powierzchni zewnętrznych i wewnętrznych i podanie ich w kwocie netto i brutto;

2) uszczegółowienie pozycji kosztów pracy w rozbiem na poszczególne elementy w taki sposób, aby wykazane zostały wszelkie koszty, jakie winny być poniesione przez pracodawcę w świetle obowiązujących w tym zakresie przepisów;

3) informację, w jakiej pozycji złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazane zostały koszty ewentualnych zastępstw podczas nieobecności pracowników;

4) informację, w jakiej pozycji złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazane zostały koszty odzieży roboczej, koszt narzędzi do pracy, koszt obsługi kadrowo-płacowej i bhp oraz szkoleń pracowników;

5) przedstawienie w rozbiem na rejony (miasta) kosztów opróżnienia mieszkań i wywozu kontenerów wraz z kosztami transportu;

6) wskazanie sposobu organizacji pracy podczas realizacji zamówienia w aspekcie wykorzystywania w tym celu 18 etatów;

7) informację, w jakiej pozycji został zamieszczony koszt sprawowania nadzoru nad prawidłową realizacją zadania;

8) informację, w jakiej pozycji złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazane zostały koszty sprzętu i samochodów, które są niezbędne do realizacji zadania.

(...) Na to wezwanie Raflex również odpowiedział. W treści złożonych wyjaśnień potwierdził między innymi, że w swojej kalkulacji założył koszty pracownicze na poziomie 2.363,56 zł brutto, wskazując dodatkowo, że „przy minimalnym wynagrodzeniu w roku 2022 czyli 3010 złotych brutto koszty Pracodawcy wynoszą 3626,46 zł i takie koszty wskazałem w moim pierwszym wyjaśnieniu z dnia 27.04.2022 roku. Nie wiem zatem skąd kolejne wezwanie Zamawiającego w tym zakresie, skoro w kwocie 3626,46 złotych zawierają się wszystkie koszty Pracodawcy w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia i jest to wiedza powszechnie dostępna.” (...) Odwołujący podkreśla przy tym, że zgodnie z pkt 6 SWZ przedmiotowe zamówienie miało być realizowane w okresie do 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Oznacza to, że wykonawca będzie świadczył swoją usługę na pewno w 2023 r. Z treści wyjaśnień widać jednoznacznie, że wykonawca Raflex nie założył w swojej ofercie jakiegokolwiek wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, jaki co roku następuje. Tymczasem od 1 stycznia 2023 r. minimalne wynagrodzenie wzrośnie do kwoty 3383 zł brutto, a od lipca 2023 r. do kwoty 3450 zł. W związku z powyższym, w ostatnim wezwaniu skierowanym do wykonawcy w dniu 20 czerwca 2022 r., Zamawiający wskazał następująco: „W nawiązaniu do złożonych pismem z dnia 27.04.2022r. oraz 06.06.2022r. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny wzywamy Państwa do złożenia dodatkowych wyjaśnień, które będą zawierały informacje:

– w jakiej pozycji wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 27.04.2022r. oraz 06.06.2022r. wskazane zostały koszty PPK,

– dlaczego podane w wyjaśnieniu w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 27 kwietnia 2022 oraz 06.06.2022 roku koszty zatrudnienia nie uwzględniają podwyżki płacy minimalnej w roku 2023 jeśli wiadomym jest, że zamówienie będzie realizowane na przełomie rok 2022 i 2023, Zamawiający nie może uznać złożonych wyjaśnień jako wystarczających w związku z powyższym prosimy o złożenie dodatkowych wyjaśnień. Przypominamy, że w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia wraz z dowodami.”. (...) W ocenie Odwołującego fakt, że wykonawca Raflex nie odpowiedział na to wezwanie, powinno raczej prowadzić Zamawiającego do wniosku, że dopiero w momencie otrzymania od Zamawiającego trzeciego wezwania, które sprowadzało się do dwóch, bardzo precyzyjnych pytań, wykonawca zorientował się, że jego oferta nie zawiera wyceny tych dwóch elementów.

Zachowanie odwołującego nie jest przy tym odosobnione. Wielu wykonawców, kalkulując swoje oferty zapomina o tym, że w przypadku kontraktów realizowanych na przełomie roku, w kalkulacjach cenowych należy uwzględniać wzrosty minimalnego wynagrodzenia o pracę, którego wysokość wzrasta przecież regularnie. Założenie takie jest tym bardziej zasadne w aktualnych warunkach gospodarczych, gdzie utrzymujący się (i stale rosnący) wysoki poziom inflacji, zawsze przekłada się na wzrosty wynagrodzeń. Jest to fakt notoryjny. Odwołujący przypuszcza więc, że wykonawca Raflex najpewniej zapomniał o uwzględnieniu w swojej kalkulacji tych kosztów. Zachowanie Raflex jest przy tym o tyle „usprawiedliwione”, że jest on wykonawcą, który aktualnie realizuje tę samą usługę na rzecz tego Zamawiającego. W umowie, którą Raflex realizuje, są zawarte przesłanki umożliwiające wykonawcy podwyższenie wysokości wynagrodzenia z uwagi na wzrost minimalnego wynagrodzenia o pracę. Takich postanowień nie zawiera aktualny projekt umowy, bowiem usługa ma być realizowana przez czas nieprzekraczający 12 miesięcy. Raflex, przyzwyczajony do aktualnie obowiązujących zapisów umowy, mógł zwyczajnie nie zauważyć, że w tym zakresie nastąpiła zmiana w zakresie postanowień umownych. To z kolei miało przełożenie na sposób kalkulowania przez tego wykonawcę ceny w Postępowaniu. Fakt, że Raflex nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, wskazuje więc na to, że takich założeń w momencie kalkulowania ceny, Raflex nie poczynił, na co słusznie zwrócił mu uwagę Zamawiający. Wskazuje też na to zdanie zawarte w odpowiedzi na drugie wezwanie do udzielenia wyjaśnień „Nie wiem zatem skąd kolejne wezwanie Zamawiającego w tym zakresie, skoro w kwocie 3626,46 złotych zawierają się wszystkie koszty Pracodawcy w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia i jest to wiedza powszechnie dostępna”. To samo dotyczy najpewniej kosztów PPK. Jak bowiem inaczej wyjaśnić zachowanie

wykonawcy, który wcześniej dwukrotnie udzielał wyjaśnień w zakresie ceny, jak nie właśnie uświadomieniem sobie, że zaoferowana cena omyłkowo nie uwzględnia określonych elementów (PPK i wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2023 r.). Co więcej, doświadczenie życiowe wskazuje więc raczej na to, że gdyby zachowanie Raflex było z góry zaplanowaną strategią, to raczej od początku wykonawca nie udzielałby odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień. Raflex nie mógł bowiem przewidzieć, że Zamawiający zwróci się do wykonawcy z prośbą o udzielenie dalszych wyjaśnień, w dodatku aż dwukrotnie (co w praktyce nie należy do częstych przypadków). Czy zatem naprawdę ryzykowałby ewentualny wybór jego oferty, składając wyjaśnienia ceny poparte szeregiem dowodów, skoro tak naprawdę jego działania miałyby prowadzić do wyboru oferty Odwołującego? Na marginesie Odwołujący zwraca uwagę, że najlepszym przykładem na to, że w praktyce zdarza się, że wykonawcy nie odpowiadają na wezwanie do wyjaśnień ceny w sytuacji, gdy dochodzą do przekonania, że zaoferowana przez nich cena jest rażąco niska, jest niniejsze Postępowanie, gdzie nie tylko Raflex, ale także wykonawca Agas nie odpowiedział (bez jakiegokolwiek komentarza) na wezwanie Zamawiającego. Tym bardziej dziwi więc fakt, że za wiarygodną przesłankę rzekomej zmowy przetargowej Zamawiający uznał okoliczność zaniechania udzielenia odpowiedzi na wezwanie do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, skoro inny wykonawca (Agas) postąpił dokładnie tak samo tzn. najpierw udzielił oddzielił odpowiedzi na wezwanie, ale zaniechał już udzielenia odpowiedzi na dalsze wezwanie. Co istotne, dodatkowe pytanie kierowane do Agas dotyczyły także PPK i zaniechania uwzględniania podwyżki płacy minimalnej w 2023 i na to wezwanie do wyjaśnień Agas już nie odpowiedział. (...) Czym zatem różni się sytuacja obu wykonawców? Dlaczego więc Zamawiający upatruje zmowy przetargowej na podstawie okoliczności, które nie są nadzwyczajne nawet w ramach tego Postępowania? Już sam ten fakt przeczy więc tezie stawianej przez Zamawiającego, jakoby brak udzielenia odpowiedzi na wezwanie był działaniem nieracjonalnym. Wydaje się, że w zależności od momentu, w którym wykonawca poweźmie wiedzę o „niedoszacowaniu” swojej ceny, wykonawca może zaniechać udzielania dalszych wyjaśnień, ponieważ zwyczajnie nie ma to już sensu. W ocenie Odwołującego doświadczenie życiowe wskazuje, że właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy. „ W zakresie twierdzeń Zamawiającego odnoszących się do powierzenia części zamówienia podwykonawcy Odwołujący stwierdził ,że:

„Odwołujący stoi na stanowisku, że postrzeganie jako jednej w wiarygodnych przesłanek zmowy przetargowej okoliczności braku zadeklarowania w treści JEDZ zamiaru realizowania przedmiotu umowy z pomocą wykonawcy, jest nadużyciem ze strony Zamawiającego. Taka interpretacja nie znajduje uzasadnienia ani na gruncie przepisów Pzp ani realiów życiowych. Odwołujący mógł bowiem nie wiedzieć, w momencie, w którym składał oświadczenie w JEDZ, że będzie w ogóle chciał realizować usługę z pomocą podwykonawców. W pkt 10.1

SWZ Zamawiający wskazał przecież, że „dopuszcza udział podwykonawców w realizacji zamówienia. Powierzenie realizacji części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za prawidłową realizację tego zamówienia”. Ani w treści SWZ, ani w projekcie umowy, Zamawiający nie zastrzegł jakiegokolwiek części zamówienia, która miałaby być wykonana osobiście przez wykonawcę. Oznacza to, że sam Zamawiający pozostawił wykonawcom dużą swobodę co do tego, w jaki sposób będą realizowali swoją usługę. Zamawiający skorzystał z uprawnienia, jakie zawarte jest w art. 462 ust. 2 Pzp i pouczył wykonawców, aby wskazywali w swoich ofertach części zamówienia, których wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, oraz podali nazwy ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, ale w doktrynie podkreśla się, że: „wskazywane przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, ma charakter informacyjny. Intencjonalny charakter informacji wskazywanych w ofercie, dotyczący nazw podwykonawców, był przyjmowany powszechnie w orzecznictwie KIO już na gruncie Pzp2004. Pzp (jak wcześniej Pzp2004) dopuszcza bowiem zmianę podwykonawcy na etapie realizacyjnym. W odniesieniu natomiast do charakteru informacji dotyczącej nazwy części, którą wykonawca zamierza realizować za pomocą podwykonawcy, na gruncie Pzp2004 istniał spór w doktrynie, czy informacja ta składa się na ofertę wykonawcy (jako oświadczenie woli co do sposobu realizacji zamówienia), czy też nie. Brzmienie art. 462 ust. 2 Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, faktycznie przesądza o jego informacyjnym charakterze.” (zob. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021). W związku więc z tym, że Zamawiający nie zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę jakiegokolwiek części zamówienia, to oświadczenie zawarte w JEDZ dotyczące chęci skorzystania przez wykonawcę z pomocy podwykonawców, należy uznać za oświadczenie o charakterze informacyjnym, mogącym ulec zmianie w przyszłości. W przypadku Odwołującego właśnie do takiej zmiany doszło. Odwołujący doszedł po prostu do przekonania, że realizowanie zamówienia z udziałem podwykonawców będzie dla niego bardziej optymalnym rozwiązaniem. Praktyka pokazuje, że bardzo często zdarza się, że wykonawcy decydują się na wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców na późniejszym etapie (często nawet po podpisaniu umowy), a dopuszczalność takich działań nie powinna budzić wątpliwości. Co więcej, zasady logiki i doświadczenia życiowego nakazują zadać sobie pytanie, czy naprawdę Odwołujący (po wyborze oferty najkorzystniejszej) dokonywałby oficjalnego zgłoszenia Raflex jako podwykonawcy zadania jeszcze przed podpisaniem umowy, gdyby wcześniej dopuściłby się zмовы przetargowej i uzgodnił z Raflex ceny ofert?

Czy przypadkiem w takiej sytuacji wykonawcy, którzy dopuścili się zмовy, nie czekali by najpierw do podpisania umowy? Niejako naturalnymi pytaniami, jakie nasuwają się w takiej sytuacji, są pytania o to, po co wykonawcy mieliby się tak zachować? Czy takie zachowanie nie powinno być przypadkiem poczytywane przez Zamawiającego, jako przejaw uczciwości i transparentności działań Odwołującego? Podsumowując, Odwołujący stoi na stanowisku, że treść oświadczenia złożonego przez niego w JEDZ w zakresie dotyczącym zamiaru realizacji umowy przy pomocy podwykonawców w żadnym wypadku nie może być uznana, za okoliczność przemawiającą za możliwością przypisania Odwołującemu dopuszczenia się zмовy przetargowej. „ W odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego o okoliczności złożenia oferty wspólnie z innymi wykonawcami jako wskazujących na uwiarygodnienie istnienia zмовy przetargowej Odwołujący podniósł, że: „Odwołujący nie znajduje jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia dla twierdzenia Zamawiającego, że konsorcja firm zawiązywane są w celu uniknięcia powierzenia części zamówienia podwykonawcom. Zamawiający formułują tę tezę w całkowitym oderwaniu od realiów rynkowych, gdzie przede wszystkim na gruncie zamówień o roboty budowlane, kontrakty są realizowane bardzo często z dużą liczbą podwykonawców i to niezależnie od tego, czy wykonawcą zamówienia jest jeden podmiot, czy kilku wykonawców, którzy złożyli swoją ofertę jako konsorcja firm. Wykonawcy tworzący konsorcjum firm Odwołującego bardzo często występują w innych postępowaniach wspólnie z innymi wykonawcami, co nie oznacza, że nie korzystają z usług podwykonawców. Konsorcja firm zawierane są w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, ale nie wyklucza to możliwości korzystania przez takich wykonawców z pomocy podwykonawców. Rozważania Zamawiającego mogłyby być uznane za zasadne np. wtedy, gdyby Zamawiający zastrzegł określoną część zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, gdzie podwykonawstwo dla tego obszaru byłoby niedozwolone, ale z taką sytuacją nie mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy. Jak to już zostało wskazane wcześniej, Odwołujący miał prawo powierzyć część usług do wykonania podwykonawcy i w żaden sposób nie oznacza to, że nie posiada stosownych sił i zasobów do realizacji przedmiotu zamówienia. Niezależnie od posiadania własnych zasobów, Odwołujący ma prawo tak zorganizować świadczenie usługi, który będzie dla niego najbardziej optymalny. Jeżeli takie rozwiązanie zakłada skorzystanie z usług innych podmiotów (podwykonawców), to brak jest podstaw do kwestionowania takiego zamiaru. Co więcej, w praktyce bardzo często wykonawcy decydują się na zaangażowanie w charakterze podwykonawcy, dotychczasowego wykonawcę usługi, który najlepiej zna realia danego zamówienia i może bez najmniejszych kłopotów po prostu kontynuować świadczenie usługi, tyle tylko że w innym charakterze. W związku z powyższym, takie zachowanie Odwołującego, nie może być poczytywane jako wiarygodną przesłankę dopuszczenia się przez niego zмовy przetargowej. „

Odwołujący podkreślił również, że: „na dodatkowe fakty i okoliczności, które całkowicie już wykluczają możliwość przypisania Odwołującemu czynu, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. I tak,:

1) pierwszy kontakt przedstawicieli Odwołującego z Raflex nastąpił dopiero po odrzuceniu oferty Raflex przez Zamawiającego – wykonawcy prowadzili normalne negocjacje cenowe, odbierali stosowne oświadczenia (np. klauzula informacyjna RODO), co wskazuje jednoznacznie na to, że wykonawcy wcześniej nie czynili jakichkolwiek ustaleń w z związku z niniejszym Postępowaniem;

2) żaden z wykonawców tworzących konsorcjum firm Odwołującego nie jest w jakikolwiek sposób powiązany osobowo lub kapitałowo z Raflex;

3) żaden z wykonawców tworzących konsorcjum firm Odwołującego nie współpracował do tej pory z Raflex w jakiegokolwiek formie;

4) żaden z przedstawicieli wykonawców tworzących konsorcjum firm Odwołującego nie utrzymuje relacji towarzyskich ani nie jest spokrewniony z przedstawicielami Raflex;

5) wykonawcy prowadzą od siebie całkowicie niezależne działalności gospodarcze;

6) Odwołujący przygotowywał swoją ofertę samodzielnie, nie miał też żadnego wpływu i nie konsultował ani tym bardziej nie uzgadniał z Raflex ceny, jaką Raflex zaoferował Zamawiającemu;

7) Odwołujący, działając w pełni transparentnie, dokonał Zamawiającemu zgłoszenia Raflex jako swojego podwykonawcy. „

Dla wykazania powyższych okoliczności Odwołujący przedłożył opisane wyżej w uzasadnieniu dowody, którym Izba dała wiarę.

Zamawiający pismem z dnia 16 sierpnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie przywołał argumentację uzasadnienia odrzucenia ofert Wykonawcy i Raflex zawartą w piśmie z dnia 26 lipca 2022 r. Dodatkowo podkreślił, że brak jest dla Zamawiającego ustawowego obowiązku udowodnienia zaistnienia zmywy przetargowej i zgodna z Ustawą jest możliwość podjęcia decyzji o odrzuceniu ofert wykonawców w oparciu o poszlaki i wiarygodne przesłanki istnienia zmywy przetargowej („w tym znaczeniu, że wystarczające jest wnioskowanie z zachowania wykonawców, że pozostają oni w porozumieniu i chcą wpływać na wynik postępowania (wyrok KIO z 19 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3745/21)”) oraz, że brak jest ustawowego obowiązku prowadzenia w tym zakresie własnego postępowania mającego na celu weryfikację uzyskanych danych. Zamawiający zaznaczył również, że: „w związku z zaistniałym podejrzeniem nie tylko podjęła określone czynności w toku prowadzonego postępowania, ale także złożyła stosowne zawiadomienia do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Centralnego Biura Antykorupcyjnego...”, na czego dowód przedłożył zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa wraz z

potwierdzeniem nadania oraz zawiadomienia o naruszeniu praw konkurencji wraz z potwierdzeniem nadania.

Zamawiający odwołał się także do doświadczenia, jakie nabył w licznych innych postępowaniach, „które potwierdza, iż co do zasady oferenci, których oferta jest pierwsza w rankingu ofert po aukcji elektronicznej „bronią” swoje oferty do samego końca i udzielając żądanych przez zamawiającego wyjaśnień.” Zamawiający zaznaczył, że w jego ocenie należy zróżnicować brak wyjaśnień przez Agas oraz Raflex. Agas była bowiem drugą firmą w rankingu ofert po aukcji elektronicznej, jej oferta została odrzucona jako pierwsza, a ponadto Agas nie został zgłoszony przez Odwołującego jako jego podwykonawca. Wszystkie powyższe okoliczności potwierdzają zasadność w różnicowaniu braku udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez omawiane firmy. Zamawiający przedłożył również dokumentację Postępowania.

Przystępujący po stronie Odwołującego wskazał na niezasadność wzywania go do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i przedstawił w tym zakresie szczegółowe wyjaśnienia i wyliczenia, znajdujące oparcie w dokumentacji postępowania, w szczególności w złożonych ofertach wykonawców oraz treści udzielanych na żądanie Zamawiającego przez Raflex szerokich i szczegółowych wyjaśnień, podkreślając, że „ Nie da się w niniejszej sprawie nie zauważyć oczywistych okoliczności takich jak: 1. złożenie przez jednego z wykonawców oferty ponad dwu i pół krotnie wyższej niż pozostałych ofert; 2. przeszacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego; 3. złożenie przez pozostałych wykonawców bardzo zbliżonych cen.” Jednocześnie ocena zachowania Zamawiającego, w zakresie bezzasadności wzywania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zbieżna jest z oceną tej okoliczności dokonaną przez Odwołującego. Raflex wskazał również, że powodem nie złożenia ostatnich, trzecich z kolei wyjaśnień było: niezasadne wezwanie wykonawcy; trzykrotne wzywianie do wyjaśnień a przede wszystkim naciski ze strony pracownika Zamawiającego zmierzające do zniechęcenia Raflex do udzielenia odpowiedzi. Przystępujący wskazał, że został poinformowany przez jednego z pracowników Zamawiającego, że z punktu widzenia interesów Zamawiającego lepiej byłoby, gdyby Raflex nie złożył wyjaśnień na trzecie już zapytanie dotyczące rażąco niskiej ceny, gdyż Wykonawca odwoła się od wyboru Raflex jako składającego najkorzystniejszą ofertę, co przedłuży Postępowanie i zagrozi ciągłości realizacji usług utrzymania czystości. Względ na dobro interesu Zamawiającego był podstawową przyczyną zaniechania złożenia wyjaśnień. Przystępujący wskazał, że pierwszy kontakt z Odwołującym miał miejsce 28 czerwca 2022 r. (na potwierdzenie tej okoliczności złożył dowód nr 1 i 2 w postaci korespondencji z dnia 5 lipca 2022r. i od 28 czerwca do 1 lipca 2022r. tożsame z dowodami numer 6 i 7 złożonymi przez Odwołującego). Na dowód nacisków ze strony pracownika Zamawiającego złożył

dowód A oraz B w postaci wymiany wiadomości Messenger jaką prowadził bezpośrednio po spotkaniu w oddziale Zamawiającego z jego pracownikiem z pełnomocnik Przystępującego, która to korespondencja referuje do tego zdarzenia i nacisków.

Przystępujący podkreślił również, że dla zgodnego z Ustawą wykluczenia wykonawców z powołaniem się na znową przetargową Zamawiający musiałby dysponować, co najmniej wiarygodnymi przesłankami, co nie miało miejsca w tej sprawie i zaznaczył, że: „Słowu „wiarygodny” odpowiadają synonimy przekonujący czy też niepodważalny. Do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie może zatem dojść dopiero wtedy, gdy Zamawiający dysponuje niepodważalnymi czy też przekonującymi przesłankami. Tymczasem jak wynika z samego uzasadnienia Zamawiającego ma on tylko cyt: „daleko idące wątpliwości co do zachowania wykonawców”, „brak racjonalnego uzasadnienia dla zachowania wykonawcy Raflex”, czy też wskazuje cyt: „Kolejną istotną okolicznością”, która wzbudziła wątpliwości Zamawiającego”. Sam Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia ofert wskazuje tylko i wyłącznie na swoje wątpliwości, nie zaś na jakiegokolwiek wiarygodne przesłanki.”(...) Z faktu transparentnego zgłoszenia Przystępującego jako podwykonawcy - Zamawiający wywodzi istnienie znowy przetargowej. Tymczasem Przystępujący potwierdza, iż jest to normalna praktyka rynkowa, co zauważyła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 stycznia 2021 o sygnaturze KIO 3745/21, w którym wskazała cyt: „Okoliczność iż J. G. i H. G. polegają wzajemnie na zasobach i podwykonawstwie celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy też przyznania punktów w kryterium nie świadczy jeszcze o zawarciu przez nich niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Nie każde porozumienie może zostać uznane za zakłócające konkurencję w postępowaniu. Zawarcie umowy podwykonawczej z innym wykonawcą, który złożył w postępowaniu ofertę nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że celem i skutkiem takiego działania było zakłócenie konkurencji. Przesłanki zawarcia niedozwolonego porozumienia muszą być wiarygodne.”

Na rozprawie oprócz przedstawienia dodatkowych dowodów i wyjaśnień Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy 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.

Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „aby można stwierdzić, że doszło do istnienia znowy, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć

czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmywy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1529/22).

W niniejszej sprawie Izba stwierdza, że oświadczenia złożone na rozprawie przez Odwołującego i Przystępującego potwierdziły stanowiska zaprezentowane przez nich na piśmie i jednocześnie, wobec poparcia ich dowodami, skutecznie wykazana została nieprawidłowość stanowiska Zamawiającego, co do istnienia zmywy przetargowej, czyniąc odrzucenie ofert na tej podstawie nieuzasadnionym w świetle Ustawy. Oświadczenia Odwołującego i Przystępującego, w zestawieniu z dowodami zgromadzonymi w toku niniejszego postępowania, są spójne i wiarygodne a przedstawiony przez nich przebieg wydarzeń zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Ocena podejmowanych przez te podmioty w toku Postępowania czynności i ich sekwencja, nie dają w ocenie Izby podstaw do przyjęcia, że doszło do zmywy lub nawet do uwiarygodnienia jej zajścia. Izba podziela stanowisko Odwołującego i Przystępującego, co do nieistnienia podstaw do przyjęcia za wiarygodne, że doszło do zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję. Projekcja rzeczywistości opisana przez Zamawiającego, jako uwiarygadniająca istnienie zmywy, nie pozwala na uznanie jej za prawidłową wobec przedstawionych w toku postępowania Izbie dowodów. W świetle zarówno normy art. 108 ust. 1 pkt. 5, konsekwencji wiążących się wykluczeniem wykonawcy na tej podstawie, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy, a także zasady ciężaru dowodzenia w postępowaniu odwoławczym (art. 534 ust. 1 Ustawy) i stanowiska popartego dowodami Odwołującego i Przystępującego, Izba stwierdza, że argumentacja Zamawiającego oparta wyłącznie na:

- sekwencji zdarzeń w Postępowaniu, bez doprecyzowania nawet kiedy doszło do zarzucanej zmywy, i sprowadzająca się do przypuszczeń;
- niesprecyzowanym doświadczeniu Zamawiającego,

są niewystarczające dla przyjęcia, że kwestionowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego były zgodne z Ustawą.

W szczególności należy zauważyć, że stanowisku Zamawiającego o zawarciu przez ww. wykonawców zmywy przetargowej przeczą następują okoliczności.

Przed wszystkim z przedstawionych przez Odwołującego dowodów wynika, że wykonawcy podjęli kontakt i zaczęli negocjować warunki współpracy dopiero od 28 czerwca 2022 r. Nie ma jednocześnie innych dowodów wskazujących na ich współpracę przed tą

datą, zwłaszcza zaś przed upływem terminu składania ofert lub przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej. Po drugie, jak wynika z przedłożonych dowodów, na pewnych etapie korespondencji mailowej między stronami, wykonawcy nie mogli dojść do porozumienia w zakresie warunków współpracy, w związku z czym uznali, że konieczne jest spotkanie w formie telekonferencji, co również potwierdza, że podejmowana współpraca była dla nich okolicznością nową. Po trzecie, nie sposób pominąć faktu, że Przystępujący dwukrotnie udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego w zakresie ceny jego oferty, co również przeczy tezie o istniejącej zmowie. Gdyby bowiem zmowa taka została zawarta, Przystępujący nie ryzykowałby, że jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i nie udzieliłby odpowiedzi już na pierwsze wezwanie Zamawiającego. Po czwarte, należy też zauważyć, że Odwołujący w odwołaniu błędnie wskazał przyczyny, dla których Raflex nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na trzecie wezwanie Zamawiającego. Odwołujący uznał bowiem, że Przystępujący po trzecim wezwaniu zorientował się, że nie skalkulował właściwie kosztów wynagrodzenia pracowników, podczas gdy w toku postępowania odwoławczego Raflex wskazał na inne okoliczności, w tym m.in. na presję ze strony samego Zamawiającego. Ta rozbieżność pomiędzy stanowiskiem Odwołującego i Przystępującego również świadczy o tym, że nie istniało między nimi porozumienie dotyczące niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie jest przy tym zasadne kwestionowanie przez Zamawiającego przedłożonych przez Odwołującego dowodów, jako niewykazujących, że do zmowy nie doszło. Należy zauważyć, że co do zasady niemożliwe jest jednoznaczne i niepodważalne wykazanie faktu negatywnego, czyli czegoś czego nie było. Odwołujący przedstawił dowody, z których wynika, że przed 28 czerwca 2022 r. nie istniała żadna relacja i współpraca pomiędzy nim a wykonawcą Raflex i trudno oczekiwać, aby był w stanie wykazać to w inny sposób.

Powyższe ustalenia nie dają podstaw do przyjęcia, że Odwołujący i Przystępujący zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

Tym samym, wobec braku podstaw do uznania za wiarygodne istnienia zmowy przetargowej, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i art. 575 Ustawy oraz § 5 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”).

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. W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła Zamawiającego całością kosztów i wpisu poniesionych przez Odwołującego.

W poczet kosztów postępowania zaliczono kwotę 15.000 złotych 00 groszy (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 złotych 00 groszy (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem kosztów wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika odwołujących DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Warszawie, SEBAN Sp. z o.o. w Katowicach oraz 4 OP Sp. z o.o. w Legnicy ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego oraz kwotę 720 złotych 46 groszy (słownie: siedemset dwadzieścia złotych czterdzieści sześć groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Mając na uwadze powyższe Izba rozstrzygnęła jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....