

WYROK

z dnia 29 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca i 29 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2017 r. przez wykonawcę **AG System sp. z o.o., (ul. Senatorska 15, 30-106 Kraków)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o., (ul. Golisza 10, 71-682 Szczecin)**

orzeka:

1. 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- b) unieważnienie czynności wykluczenia AG System sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 tej ustawy;
- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy,

1. 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o., (ul. Golisza 10, 71-682 Szczecin)** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **AG System sp. z o.o., (ul. Senatorska 15, 30-105 Kraków)**,

2.2. zasądza od zamawiającego - **Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o., (ul. Golisza 10, 71-682 Szczecin)** na rzecz wykonawcy - **AG System sp. z o.o., (ul. Senatorska 15, 30-106 Kraków)** kwotę **24. 914 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące dziewięćset czternaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, oraz dojazdu na obie rozprawy.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Zakład Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Modernizacja magistrali wodociągowej „Miedwianka” w Szczecinie - Etap I i II*”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 106388-2017-PL.

Odwołujący AG System Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu AG System z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20 P.z.p. polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na rzekome zawarcie z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami - w sytuacji gdy Odwołujący nie zawarł takiego porozumienia, okoliczność zawarcia takiego porozumienia nie została wykazana żadnymi środkami dowodowymi, a nadto Zamawiający nie wykazał, aby rzekome porozumienie miało na celu lub skutkowało zakłóceniem konkurencji; art. 89 ust. 1 pkt 3 P.z.p. polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo, że złożenie tej oferty nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 P.z.p., względnie art. 26 ust. 3 P.z.p. przez brak umożliwienia skorzystania Odwołującemu z procedury tzw. samooczyszczenia lub uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) z wypełnioną częścią w zakresie „samooczyszczenia”; art. 93 ust. 1 pkt 1 P.z.p. poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy w postępowaniu o udzielenie Zamówienia ważną ofertę (niepodlegającą odrzuceniu) złożył Odwołujący, wobec którego nie istniały podstawy do wykluczenia z przetargu o udzielenie Zamówienia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia podjętej na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 P.z.p.; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego; oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania, zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie Zamówienia. W postępowaniu zostały złożone trzy oferty: Konsorcjum WUPRINŻ S.A. i TERLAN sp. z o.o. (odpowiednio jako „WUPRINŻ” lub „TERLAN”, a łącznie jako „Konsorcjum”) na kwotę

6.880.620,00 zł, H. M. prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą pn. H. M. Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych na kwotę 6.552.210,00 zł, oraz Odwołującego na kwotę 10.701.000,00 zł.

W toku badania ofert Zamawiający powziął podejrzenie co do możliwości zaoferowania przez wykonawców - Konsorcjum oraz H. M. rażąco niskiej ceny. W związku z tym zwrócił się do tych wykonawców o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p. Każdemu z wykonawców Zamawiający udzielił terminu na złożenie wyjaśnień do godziny 12:00, dnia 18 maja 2017 roku.

Wykonawcy udzielili odpowiedzi na wezwanie pismami z dnia 17 maja 2017 roku, które wpłynęły do Zamawiającego w tym samym dniu (18 maja), w odstępie około godziny. Zgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum, zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie uwzględniała całości przedmiotu zamówienia, tj. kosztów zajęcia pasa drogowego oraz kosztów płukania, dezynfekcji i próby szczelności by- passa oraz magistrali wodociągowej. Z kolei H. M. przyznał zasadność zarzutu rażąco niskiej ceny i wyjaśnił, że cena ta była wynikiem nieprawidłowej interpretacji dokumentacji przetargowej.

Odwołujący wskazał, że pismo Konsorcjum zostało złożone faxem (data wpływu 18 maja, g. 8:28) oraz w siedzibie Zamawiającego w formie pisemnej (data wpływu 19 maja 2017 r.). Podobnie H. M. złożył pismo zarówno faxem (data wpływu 18 maja, g. 9:34), jak i w formie pisemnej w siedzibie Zamawiającego (data wpływu 18 maja 2017 r.) Pisma ww. wykonawców różniły się od siebie pod względem treści i formy.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania oraz jednoczesnym odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy Odwołujący wskazał art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 P.z.p., tj. istnienie tzw. zmowy przetargowej.

Uzasadniając czynność wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, Zamawiający wskazał na lakoniczne i nielogiczne wyjaśnienia pozostałych wykonawców dotyczące rażąco niskiej ceny oraz zbieżność czasową złożenia tych wyjaśnień (tj. złożenie ich w odstępie jednego godziny). Zdaniem Zamawiającego: „lakoniczna i nielogiczna odpowiedź konsorcjum (...) miała na celu w rzeczywistości „ustąpienie” miejsca” przez wykonawcę, który złożył ofertę z niższą ceną - wykonawcy, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wyższą - tak, aby doprowadzić do wyboru droższej oferty. *Analogiczna sytuacja miała mieć miejsce także w odniesieniu drugiego wykonawcy - H. M..*

Odwołujący podkreślił, że żadna z powyższych okoliczności nie dotyczyła Odwołującego. Zaprzeczył, aby uczestniczył w jakimkolwiek porozumieniu z wykonawcami, w tym w szczególności w zmowie przetargowej. Zaznaczył, że nie ma on żadnych relacji z pozostałymi oferentami uczestniczącymi w postępowaniu, a jedyną okolicznością wspólną jest fakt udziału w tym samym przetargu. Podkreślił, że Zamawiający nie wykazał żadnymi

dowodami/poszlakami, aby pomiędzy pozostałymi oferentami, a samym Odwołującym istniały jakiegokolwiek związki dowodzące istnienia jakiegokolwiek porozumienia. Zamawiający nie powołał nawet jakiegokolwiek twierdzenia, które mogłoby być uznane za próbę dowiedzenia, że Odwołujący uczestniczył w tzw. zмовie. Zamawiający arbitralnie oraz bez oparcia w jakichkolwiek dowodach i poszlakach dotyczących Odwołującego, rozstrzygnął na jego niekorzyść wątpliwości, które powziął co do współdziałania pozostałych wykonawców (a nie co do samego Odwołującego).

Odwołujący podkreślił, że w licznych orzeczeniach KIO stwierdziło, że o zмовie można mówić wyłącznie, gdy istniejące dowody/poszlaki wskazują z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością na wspólne ustalenia wykonawców. W konkretnych przypadkach rozstrzygnięcia takie opierano na faktach jak: stosowania identycznych pełnomocnictw, dokumentów zawierających identyczne błędy stylistyczne i braki, takich samych dokumentów gwarancyjnych. Żadna taka okoliczność nie zaistniała w stosunku do Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, zaskarżone czynności mogły mieć na celu przysporzenie korzyści samemu Zamawiającemu. Wobec złożenia przez pozostałych oferentów „niewygodnych” dla Zamawiającego wyjaśnień, przetarg wygrałby Odwołujący, którego oferta była ofertą najdroższą (bo też jako jedyna oferta uwzględniała całość przedmiotu zamówienia). Jednakże cena zaproponowana przez Odwołującego, chociaż była ceną najwyższą (10.701.000,00 zł brutto), to jednak była niższa niż kwota, którą Zamawiający był gotów przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (11.161.385,62 zł netto).

Zamawiający unieważnił przetarg na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 P.z.p., ponieważ w postępowaniu nie złożono żadnej ważnej oferty.

II. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20 P.z.p.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wykazał istnienia jakichkolwiek powiązań pomiędzy oferentami a Odwołującym, które pozwalałoby w sposób zasadny przyjąć, że Odwołujący zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 P.z.p. Zamawiający nie tylko nie wykazał tych okoliczności (czyli nie udowodnił), ale nie przedstawił jakiegokolwiek tezy - twierdzenia wskazującego na istnienie porozumienia z udziałem Odwołującego. Jedyne zarzuty dotyczyły działań pozostałych oferentów. Zarzuty, które zostały postawione wykonawcom nie były na tyle doniosłe, aby mówić choćby o uprawdopodobnieniu istnienia porozumienia na linii Konsorcjum a H. M., a tym bardziej o uprawdopodobnieniu istnienia porozumienia ww. wykonawców z Odwołującym.

Zamawiający nie przedstawił i nie przeprowadził również najmniejszego dowodu (który jest wymagany przez przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 P.z.p.), ani poszlak wskazujących na uczestnictwo Spółki w nielegalnym porozumieniu. W piśmie z dnia 26 maja 2017 roku nie zawarto jakiegokolwiek informacji w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego, okolicznością wskazującą na istnienie „zmony przetargowej” nie może być wyłącznie fakt krótkiego odstępu (około godzinnego) pomiędzy wyjaśnieniami dot. tego, że termin na złożenie wyjaśnień upływał dla obojgu wykonawców w tym samym dniu i o tej samej godzinie (18.05.17 r. do godz. 12.00). W tej sytuacji fakt, iż obydwaj wykonawcy złożyli pisma w godzinach porannych tego samego dnia jest nie tylko działaniem zgodnym z prawem ale i z powszechnie znaną praktyką.

Dalej Odwołujący argumentował, że w przypadku zamówień publicznych terminy wyznaczone przez zamawiających są stosunkowo krótkie, więc fakt składania wyjaśnień w tym samym dniu i niewielkich odstępach czasowych jest czymś standardowym i w żaden sposób nie może stanowić dowodu istnienia zmony.

W ocenie Odwołującego, to, że oferenci popełnili błędy w kalkulacji ceny nie jest niczym niezwykłym i nietypowym dla zamówień publicznych. Sytuacje takie zdarzają się stosunkowo często.

Wedle Zamawiającego, za rzekomym brakiem wiarygodności miałyby przemawiać następujące fakty:

Pismem z dnia 17 kwietnia 2017 roku Konsorcjum zwróciło się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ, w tym złożyło zapytanie: „Czy do kosztu robót odwodnieniowych magistrali wodociągowej należy doliczyć koszt zrzutu wody, po przeprowadzonych próbach szczelności, płukania i dezynfekcji. Na tej podstawie Zamawiający wywnioskował, że: „Sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia byłoby uznanie, że wykonawca - profesjonalista (...) pyta o określone koszty robót i wskazuje na ich elementy, następnie w toku obliczania elementy ceny oferty, w niezrozumiały sposób o tych elementach zapomina. Zamawiający w całości pominął jednak, że pytanie Konsorcjum nie dotyczyło tego, czy w koszcie robót należało ująć kosztów płukania, dezynfekcji i próby szczelności by- passa oraz magistrali wodociągowej. Odwołujący zwrócił uwagę, że pytanie Konsorcjum dotyczyło wyłącznie kosztu zrzutu wody a nie pozostałych wymienionych w tym punkcie prac.

Zamawiający wskazał, że podmiot WUPRINŻ niejednokrotnie uczestniczył w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. W szczególności WUPRINŻ uczestniczył w postępowaniu pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w ul. Piaskowej i ul. Kormoranów na os. Żelechowa w Szczecinie (Modernizacja)” prowadzonym w 2016 roku, w którym również nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z zajęciem pasa zamówienia. Zamawiający uznał, że *„mało prawdopodobne byłoby popełnienie przez profesjonalistę po raz kolejny - w krótkim odstępie czasowym - niemal tego samego błędu w składanej ofercie”*. Uczestnictwo WUPRINŻ w innym przetargu organizowanym przez Zamawiającego, gdzie popełnił błąd przy ustaleniu ceny o podobnym charakterze, nie jest dowodem braku

wiarygodności złożonych przez niego wyjaśnień. Okoliczność ta potwierdza jedynie, że nie jest to pierwszy błąd tego wykonawcy przy wyliczeniu ceny oraz wykonawca ten, pomimo statusu profesjonalisty i doświadczenia w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, nadal popełnia błędy.

Zamawiający wskazał, że H. M., jako podmiot wielokrotnie występujący w przetargach prowadzonych przez Zamawiającego, doskonale znał sposób przygotowania dokumentacji przez Zamawiającego. Wobec tego jego wyjaśnienie nieprawidłowej interpretacji dokumentacji przetargowej nie było logiczne i wiarygodne.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienie H. M. było spójne i wiarygodne. Fakt, że wykonawca ten ma status podmiotu profesjonalnego i uczestniczył już w zamówieniach organizowanych przez Zamawiającego nie oznacza, że złożone przez niego oświadczenie jest mniej wiarygodne. Zwłaszcza, że WUPRINŻ (profesjonalista na rynku i niejednokrotny uczestnik przetargów) popełniał w przeszłości błędy ubiegając się o udzielenie zamówienia.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 P.z.p.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 P.z.p. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że udowodnienie istnienia zmywy cenowej może nastąpić poprzez powołanie dowodów pośrednich, jednakże muszą one być tak przekonujące, że przyjęcie innego wariantu tłumaczącego zachowanie stron nie jest logicznie możliwe. Zamawiający nie przedstawił ani nie przeprowadził na okoliczność istnienia po stronie Odwołującego porozumienia jakichkolwiek poszlak lub dowodów, mimo że to na Zamawiającym spoczywał ciężar dowodu w tej sprawie. Odwołujący nie tylko nie jest zobowiązany ale wręcz nie ma możliwości dowodzenia okoliczności negatywnej (tego, że zмова nie wystąpiła).

Odwołujący podkreślił, że zмова przetargowa nie tylko nie istniała, ale również nie mogła wywrzeć skutku na konkurencję. Pozostali oferenci mieli możliwość złożenia wyjaśnień i z takiej możliwości skorzystali. Ponadto, przetarg był przetargiem nieograniczonym, w którym udział wzięło 3 zainteresowanych i oczywiście możliwy był udział dalszych oferentów.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że złożona przez niego oferta opiewała na kwotę znacznie niższą niż kwota, którą sam Zamawiający gotowy był przeznaczyć na realizację zamówienia. Jednocześnie nie istniały jakiegokolwiek przesłanki, które pozwalałyby przyjąć, że inni oferenci pozbawieni zostali możliwości uczestniczenia w przetargu. W konsekwencji w sprawie nie sposób doszukać się celu rzekomej zmywy, jakim byłoby zakłócenie warunków konkurencji. Odwołujący podkreślił, że jego oferta była ofertą racjonalną, wyważoną, pozwalającą na realizację zamówienia a jednocześnie pozwalała Zamawiającemu wdrożyć oszczędności w porównaniu do jego planów.

IV. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, względnie art. 26 ust. 3 Pzp

Przepis art. 24 ust. 8 P.z.p. stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. art. 24 ust. 1 pkt 20 P.z.p., może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Natomiast art. 24 ust. 9 P.z.p. stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 P.z.p. zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność (m.in. że ewentualne porozumienie nie ma na celu zakłócenia konkurencji). Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliuguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający — pomimo braku dowodów i poszlak przeciwko Odwołującemu - nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub dokumentów dotyczących istnienia porozumienia, czy też tego że porozumienie to (którego istnieniu Odwołujący przeczy) nie zakłóci konkurencji. Zamawiający nie wezwał również Odwołującego do poprawienia lub względnie uzupełnienia oświadczenia JEDZ. Również na żadnym etapie postępowania przed wykluczeniem Odwołującego Zamawiający nie zakomunikował mu takiego stanowiska, w tym. nie podjął jakichkolwiek czynności które mogłyby sugerować, że Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Natomiast obowiązek taki spoczywał na Zamawiającym, który nie mógł dokonać niejako automatycznego wykluczenia wykonawcy. Stanowisko takie potwierdza wykładnia literalna przywołanego powyżej art. art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 Pzp (względnie art. 26 ust. 3 P.z.p.), a także stanowisko zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2017 r., KIO 163/17.

V. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 P.z.p.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 P.z.p. Zamawiający unieważnia przetarg o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

Zdaniem Odwołującego, wobec faktu, że czynność wykluczenia Odwołującego i wykluczenia jego oferty była niezgodna z przepisami P.z.p., Zamawiający mógł wyeliminować wadliwe

czynności i wybrać ofertę Odwołującego, bez konieczności unieważniania postępowania.

Zamawiający złożył wniosek o ponowne otwarcie rozprawy (na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień Publicznych) w związku z ujawnieniem po jej zamknięciu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. W trakcie ponownie otwartej rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że przeprowadził analizę postępowania archiwalnego z 2013 roku, w którym oferty złożyły także podmioty biorące udział w niniejszym postępowaniu, tj. AG SYSTEM sp. z o.o. (obecny Odwołujący), H. M. Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, natomiast podmiot WUPRINŻ był podwykonawcą. Wyjaśnił także, że w tamtym postępowaniu firma AG System sp. z o.o. przedstawiła w swojej ofercie jako kierownika budowy pana J.L., który był długoletnim współpracownikiem firmy H. M. Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych. Jako dowód przedłożył wydruk zrealizowanych prac przez firmę ELJOT J.L., w którym przedstawiono wykaz prac zrealizowanych przez tę firmę również na rzecz H. M. Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych. Zamawiający wskazał, że nie jest prawdą okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący w trakcie rozprawy z 22 czerwca 2017 r, że nie miał żadnych kontaktów z pozostałymi oferentami. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że oferta złożona w roku 2013 i 2017 jest cenowo taka sama, nie różni się nawet 1 groszem, natomiast inny jest zakres zadań w tym i w archiwalnym postępowaniu.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, że Zamawiający swoje twierdzenie o istnieniu „zmony przetargowej” oparł na następujących przesłankach:

- złożenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny przez wykonawców w odstępie jednej godziny. W toku badania ofert Zamawiający powziął podejrzenie co do możliwości zaoferowania przez wykonawców - Konsorcjum WUPRINŻ oraz H. M. rażąco niskiej ceny. W związku z tym zwrócił się do tych wykonawców o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1

ustawy Prawo zamówień publicznych. Każdemu z wykonawców Zamawiający udzielił terminu na złożenie wyjaśnień do godziny 12:00, dnia 18 maja 2017 roku. Wykonawcy udzielili odpowiedzi na wezwanie pismami z dnia 17 maja 2017 roku, które wpłynęły do Zamawiającego w tym samym dniu (18 maja), w odstępie około godziny. Pismo Konsorcjum zostało złożone faxem (data wpływu 18 maja, g. 8:28) oraz w siedzibie Zamawiającego w formie pisemnej (data wpływu 19 maja 2017 r.). Podobnie Wykonawca H. M. złożył pismo zarówno faxem (data wpływu 18 maja, g. 9:34), jak i w formie pisemnej w siedzibie Zamawiającego (data wpływu 18 maja 2017 r.) Pisma ww. wykonawców różniły się od siebie pod względem treści i formy.

W ocenie Izby fakt krótkiego odstępu (około godzinnego) pomiędzy złożeniem wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, nie jest bezpośrednim dowodem na okoliczność istnienia porozumienia pomiędzy wykonawcami, mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Termin na złożenie wyjaśnień upływał w tym samym dniu i o tej samej godzinie (18.05.17 r. do godz. 12.00) dla obu wykonawców. W tej sytuacji fakt, iż obydwaj wykonawcy złożyli pisma w godzinach porannych tego samego dnia jest nie tylko działaniem zgodnym z prawem, ale i zwykłą praktyką. Jako takie, nie może stanowić dowodu istnienia „zmowy”.

- Zamawiający w uzasadnieniu dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócił także uwagę na lakoniczne wyjaśnienia złożone przez firmę H. M. Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich (i oświadczenie, że zaoferowana w niniejszym postępowaniu cena była wynikiem nieprawidłowej interpretacji dokumentacji przetargowej) oraz okoliczność, że w innych wypadkach firma ta składała wyjaśnienia obszerne, tj. „broniła swoich ofert”. W ocenie Izby fakt popełnienia błędu przy sporządzeniu kalkulacji nie jest okolicznością nadzwyczajną. Nie stanowi również dowodu na istnienie porozumienia pomiędzy wykonawcami. Izba oddziela stanowisko, że Wykonawca ten kilkakrotnie brał udział w postępowaniach przetargowych organizowanych przez tego samego Zamawiającego i Zamawiającemu znany jest sposób przygotowania dokumentacji przez tego Wykonawcę, nie jest żadnym dowodem braku wiarygodności złożonych przez niego wyjaśnień.

- Zamawiający wskazał, że Wykonawca WUPRINŻ zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ, w tym złożył zapytanie: „Czy do kosztu robót odwodnieniowych magistrali wodociągowej należy doliczyć koszt zrzutu wody, po przeprowadzonych próbach szczelności, płukania i dezynfekcji”. Zamawiający stwierdził, że sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia byłoby uznanie, że wykonawca zadaje pytanie o określone koszty robót i

wskazuje na ich elementy, a następnie w toku obliczania ceny oferty, w niezrozumiały sposób o tych elementach „zapomina” (nie uwzględnia ich w obliczeniach).

Jak wynika z powyższego, pytanie Wykonawcy Konsorcjum WUPRINŻ dotyczyło kosztu zrzutu wody. Natomiast z treści złożonych wyjaśnień wynika, że Wykonawca ten przy obliczeniu ceny pominął koszty płukania, dezynfekcji, próby szczelności by-passa oraz magistrali wodociągowej, koszty zajęcia pasa drogowego na potrzeby ułożenia by-passu. Tym samym, nie jest zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Zamawiającego, że Wykonawca ten pominął koszty robót, o które Wykonawca wcześniej pytał. Pytanie Wykonawcy dotyczyło bowiem innych elementów niż te, które nie zostały uwzględnione w kosztorysie. Zatem powyższa okoliczność w żaden sposób nie wskazuje na jakiegokolwiek celowe działanie Wykonawcy, które miałyby na celu świadomie błędne sporządzenie przez niego oferty.

Ponadto fakt, że Wykonawca ten w innym przetargu organizowanym przez Zamawiającego popełnił podobny błąd i nie ujął w kalkulacji cenowej kosztów zajęcia pasa drogowego, w ocenie Izby nie jest dowodem braku wiarygodności złożonych przez niego wyjaśnień.

W ocenie Izby, okoliczności podnoszone przez Zamawiającego w dniu 29 czerwca 2017 roku (a zatem po jej ponownym otwarciu) również nie potwierdzają zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych.

- Zamawiający wskazał, że nie jest prawdą okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący w trakcie rozprawy z 22 czerwca 2017 r., że Odwołujący nie miał żadnych kontaktów z pozostałymi oferentami. W trakcie rozprawy w dniu 22 czerwca 2017 roku Odwołujący stwierdził, że „(...) nigdy nie miały miejsca jakiegokolwiek powiązania odwołującego z pozostałymi wykonawcami, nie miały miejsca kontakty osobiste, rodzinne czy inne kontraktowe porozumienia. Brak jest także jednej wspólnej grupy kapitałowej. W 2013 roku również startował w podobnym postępowaniu u zamawiającego i w tym zakresie nie pojawiły się żadne wątpliwości.(...)”. W ocenie Izby, powyższe twierdzenie Zamawiającego nie zostało w żaden sposób przez Zamawiającego udowodnione. Zamawiający nie wykazał istnienia jakichkolwiek powiązań między wykonawcami.

Zamawiający wskazywał także, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w roku 2013, firma AG System sp. z o.o. (Odwołujący) przedstawiła w swojej ofercie jako kierownika budowy pana J.L., który był długoletnim współpracownikiem firmy H. M. Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych.

Odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśnił, że w 2013 roku pan J.L. prowadził własną działalność gospodarczą. W ramach tej działalności, w 2013 roku Pan J.L. zobowiązał się współpracować z AG System sp. z o.o. w przypadku realizacji zadania w ramach przetargu. Firma AG System sp. z o.o. nie uzyskała zamówienia, zatem do współpracy nie doszło.

Wyjaśnił także, że był to jedyny kontakt Odwołującego z Panem J.L. Według wiedzy Odwołującego, Pan J.L. nie był pracownikiem firmy H. M. Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych.

Izba zauważa, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że pan J.L., poza samym zobowiązaniem do współpracy, faktycznie współpracował z firmą AG System sp. z o.o. Tym samym brak jest podstaw dla uznania, że doszło do jakiegokolwiek współpracy pomiędzy wykonawcami składającymi ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym bardziej brak jest podstaw dla stwierdzenia istnienia jakiegokolwiek porozumienia, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ciężar dowiedzenia okoliczności stanowiących podstawę dla zastosowania wykluczenia wykonawcy z postępowania na wskazanej podstawie spoczywał na Zamawiającym. Również w zakresie tej okoliczności Zamawiający nie podołał temu obowiązkowi.

Zamawiający wskazywał także na fakt, że zarówno w niniejszym postępowaniu przetargowym, jak i w postępowaniu prowadzonym w 2013 roku, Odwołujący złożył ofertę, która zawiera taką samą cenę za realizację całości zamówienia. W ocenie Izby, okoliczność ta nie stanowi żadnego uzasadnienia dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy zauważyć, że Zamawiający nie sformułował jako podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego braku objęcia ceną wszystkich prac składających się na przedmiot zamówienia. Taka zbieżność nie może przemawiać za tym, co stanowi podstawę zarzutu Zamawiającego.

W ocenie Izby, żadna z ww. okoliczności nie wskazuje na uczestnictwo Odwołującego w zmwowie przetargowej. Zarzut, jaki podniósł Zamawiający, musi zostać wykazany jednoznacznie.

Zamawiający nie udowodnił istnienia porozumienia pomiędzy wykonawcami, mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Tymczasem zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Zamawiający nie wykazał przede wszystkim istnienia jakichkolwiek powiązań pomiędzy Odwołującym a pozostałymi podmiotami, które wskazywałyby lub też pozwalały jednoznacznie przyjąć, że Odwołujący zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie można także uznać, aby istniały poszlaki, z których bezsprzecznie wynika istnienie takiego porozumienia.

Tym samym nie zachodziły podstawy dla wykluczenia Odwołującego z postępowania w

oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba w niniejszym składzie podziela stanowisko, zgodnie z którym zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest możliwe tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione, że złożenie przez wykonawcę oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał za pomocą dowodów, chociażby pośrednich, istnienia zmowy cenowej. Zatem nie można uznać, aby istniała zmowa przetargowa pomiędzy wykonawcami. Nie wykazano, aby istniało pomiędzy wykonawcami porozumienie, którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na rynku.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Natomiast art. 24 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający - pomimo braku dowodów i poszlak przeciwko Odwołującemu - nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub dokumentów dotyczących istnienia porozumienia, czy też tego, że porozumienie to (którego istnieniu Odwołujący przeczy) nie zakłóci konkurencji. Zamawiający nie wezwał również Odwołującego do poprawienia lub względnie uzupełnienia oświadczenia JEDZ. Również na żadnym etapie postępowania przed wykluczeniem Odwołującego, Zamawiający nie zakomunikował mu takiego stanowiska, w tym nie podjął jakichkolwiek czynności, które mogłyby sugerować, że Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, skoro brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych (co związane jest z niewykazaniem przez Zamawiającego istnienia zmowy przetargowej jako przesłanki wykluczenia), to brak było podstaw do zastosowania przez Zamawiającego procedury określonej w art. 24 ust. 8 i 9

ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba zwraca uwagę, że procedura ta może zostać zastosowana wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy, co w niniejszej sprawie w odniesieniu do Odwołującego nie miało miejsca. Uwagi te są aktualne także do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. Skoro oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, należało uznać, że nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dokonała rozstrzygnięcia w oparciu o przedstawiony przez strony materiał dowodowy. Rozstrzygnięcie Izby nie zamyka Zamawiającemu możliwości skorzystania z innych instrumentów prawnych (przewidzianych w innych ustawach).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....