

WYROK

z dnia 12 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Beata Konik

Emil Kuriata

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie **9 marca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **22 lutego 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Kompleksowa dostawa energii cieplnej obejmująca sprzedaż i dystrybucję ciepła na potrzeby placówek oświatowych Dzielnicy Żoliborz m.st. Warszawy* (nr postępowania DBFO.EJ.2411.21.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Dzielnicowe Biuro Finansów Oświaty Żoliborz m.st. Warszawy**

przy udziale wykonawcy: **PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia Odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.**

Sygn. akt KIO 573/21

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 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

Dzielnicowe Biuro Finansów Oświaty Żoliborz m.st. Warszawy {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Kompleksowa dostawa energii cieplnej obejmującą sprzedaż i dystrybucję ciepła na potrzeby placówek oświatowych Dzielnicy Żoliborz m.st. Warszawy* (nr postępowania DBFO.EJ.2411.21.2020)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 grudnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_252 pod poz. 635541.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PGNiG Termikę S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Termika” lub „Przystępujący”}, a także o wykluczeniu z postępowania Veolii Energi Warszawy S.A. z siedzibą w Warszawie.

22 lutego 2021 r. Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Veolia” lub „Odwołujący”} wniosła w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 7 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z art. 57 ust. 7 *in fine* dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych – przez wykluczenie Veolii z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp i uznanie jej oferty za odrzuconą, a tym samym prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, podczas gdy od zdarzenia, o którym mowa w ww. przepisie upłynęły ponad 3 lata.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez uznanie, że Veolia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i wykluczenie jej z postępowania oraz uznanie jej oferty za odrzuconą, a tym samym prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający

zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, podczas gdy Veolia ani w sposób zamierzony, ani też na skutek rażącego niedbalstwa nie wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, a co za tym idzie brak jest podstaw do jej wykluczenia.

3. Art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wykluczenie Veolii z postępowania i uznanie jej oferty za odrzuconą, przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania Veolii do złożenia wyjaśnień, podczas gdy w sytuacji zaistnienia wątpliwości co do treści oświadczeń zawartych w JEDZ konieczne było wezwanie jej do złożenia stosownych wyjaśnień.
4. Art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 3 i art. 7 ust. 1 i 3 – przez uznanie Veolii za wykonawcę, który wraz z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, i wykluczenie jej z postępowania oraz uznanie jej oferty za odrzuconą, podczas gdy w odniesieniu do Veolii nie zachodzi ta podstawa do wykluczenia z postępowania, a Zamawiający nie był w stanie wykazać przeciwnej okoliczności za pomocą stosownych środków dowodowych.
5. Art. 92 ust. 1 – przez zaniechanie podania należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia Veolii z postępowania, w którym nie miały miejsca okoliczności pozwalające na podjęcie takiej czynności.
6. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co w szczególności polegało na: a) skierowaniu do Veolii na podstawie art. 87 ust. 1 pzp pozornego wezwania do szczegółowego wyjaśnienia, czy zawarła porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, wyłącznie w celu uzyskania od Veolii potwierdzenia zawarcia tego rodzaju porozumienia; b) przeprowadzeniu w odniesieniu do Veolii procedury, o której mowa w art. 87 ust. 1 pzp, co do okoliczności, które nie miały miejsca, a nawet gdyby zaistniały, z uwagi na zasadę proporcjonalności oraz art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp nie mogłyby skutkować wykluczeniem Veolii z postępowania; c) ograniczeniu uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Veolii wyłącznie do powołania się na stanowisko Termiki (drugiego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia) i fragmentu nieostatecznej i nieprawomocnej decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów {dalej również: „UOKiK”}.
7. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 5 lit. a – przez uznanie, w konsekwencji naruszeń, o których mowa w pkt 1-6 powyżej, oferty złożonej przez Termikę za najkorzystniejszą i jej wybór, podczas gdy oprócz tej oferty ocenie podlegać powinna również oferta

złożona przez Veolię.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Veolii z postępowania.
2. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował dodatkowo powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad zarzutu z pkt 1.}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-5/2020 z 3 grudnia 2020 r. dotyczy okresu od 2014 do 2017 r., czyli zawarcie zarzucanego porozumienia mogło nastąpić najpóźniej 31 grudnia 2017 r., a zatem od tego zdarzenia upłynęło już ponad 3 lata.

W ramach uzasadnienia wykluczenia Zamawiający – poza odnotowaniem okresu, którego dotyczy powyższa decyzja – nie odniósł się do tej kwestii.

Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Z wykładni językowej art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp wynika natomiast, że zdarzeniem, o którym mowa w tym przepisie, jest zawarcie przez wykonawcę z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieuwzględnienie upływu – jak to określił – przedawnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp, co przekreśla również możliwość uznania, że Zamawiający został wprowadzony w błąd co do okoliczności faktycznych dotyczących zaistnienia tej podstawy wykluczenia względem Veolii.

Według Odwołującego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie przyjmuje się, że art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp precyzuje datę, od której należy liczyć sankcję wykluczenia wykonawcy, przy czym przyjęć należy, że są to 3 lata od pierwszego zdarzenia będącego podstawą do wykluczenia. Powyższe ma istotne znaczenie, gdyż w przeciwnym razie po stronie wykonawcy powstać może niepewność co do terminu, w jakim wykluczony może on być wykluczony (patrz uzasadnienie wyroku z 26 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1781/20).

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że nawet gdyby wbrew jednoznaczному przepisowi dyrektywy 2014/24/UE oraz niebudzącemu wątpliwości

interpretacyjnych art. 24 ust. 7 pkt 2 pzp błędnie uznać, że zdarzeniem będącym podstawą wykluczenia Veolii było wydanie decyzji przez Prezesa UOKiK, dopiero od prawomocnej decyzji właściwego organu rozpoczyna bieg termin na wykluczenia z powodu zaistnienia zdarzenia w niej stwierdzonego. Takie stanowisko znajduje odzwierciedlenie w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17.

{ad zarzutu z pkt 2.}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia {dalej również: „JEDZ”}, stanowiącego w tym postępowaniu załącznik nr 2 do SIWZ, określony został w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) nr 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. U. UE L 3 z 6 stycznia 2016 r.). W części III „Podstawy wykluczenia”, lit. C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniem zawodowym” tego formularza JEDZ znajduje się pytanie: *Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji?* Na tak postawione pytanie można udzielić wyłącznie odpowiedzi twierdzącej lub przeczącej. Udzielenie odpowiedzi negatywnej nie daje możliwości podania dalszych informacji.

W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej istnieje możliwość podania informacji dotyczących samooczyszczenia. W tym przypadku warunkiem przeprowadzenia procedury samooczyszczenia jest jednak uznanie przez Veolię, że zawarła porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wypełniając formularz JEDZ Veolia zaznaczyła odpowiedź „nie”, gdyż w jej ocenie tego rodzaju porozumieniem nie jest porozumienie zawarte z Termiką.

Szczegółowe wyjaśnienia w przedmiocie niezawarcia przez Veolię porozumienia mającego wpływ na konkurencję i sposobu wypełnienia formularza JEDZ przedstawione zostały w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 4 lutego 2021 r. W wyjaśnieniach tych Veolia poinformowała również Zamawiającego, że decyzja wydana przez Prezesa UOKiK w tym przedmiocie jest nie ostateczna i została w sposób prawidłowy zaskarżona.

Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że ponieważ *przez błąd rozumieć należy rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania* (patrz uzasadnienie wyroku Izby z 18 września 2020 r. sygn. akt KIO 2047/20), dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp konieczne jest, aby wykonawca przedstawiający informacje świadomie wywołał u zamawiającego nieprawdziwe wyobrażenie

o faktach. Natomiast różna interpretacja tych samych zdarzeń, w szczególności gdy jest ona należycie uzasadniona przez wykonawcę, nie mieści się w powyższej definicji błędu.

Po drugie, że skoro zgodnie z należycie uzasadnionym stanowiskiem Veolii nie jest ona stroną porozumienia zawartego w celu zakłócenia konkurencji (a niezależnie od tego od zdarzenia tego minęło ponad 3 lata), nie mogła ona w sposób zamierzony lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadzić Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu.

{ad zarzutu z pkt 3.}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

W prowadzonym aktualnie postępowaniu Zamawiający miał do czynienia z sytuacją, w której dwóch wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia złożyło dwa różne oświadczenia w odniesieniu do tych samych okoliczności faktycznymi, ocenianych przez nich odmiennie z ich różnych perspektyw.

Wezwanie Zamawiającego z 1 lutego 2021 r. sprowadzało się do oczekiwania udzielenia odpowiedzi na gotowe pytanie, a udzielenie dalszych wyjaśnień Zamawiający uzależnił od potwierdzenia przez Veolię zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Zamawiający nie skierował ani do Veolii, ani do Termiki wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 pzp,

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że naruszył art. 26 ust. 3 i 4 pzp, gdyż wbrew zasadzie obiektywizmu zaniechał skierowania do Veolii i Termiki wezwania, które pozwoliłyby mu na wyjaśnienie wątpliwości związanych z zaistnieniem w postępowaniu przesłanek do wykluczenia, dzięki czemu mógłby dokonać właściwej oceny sytuacji oraz podjąć proporcjonalne decyzje.

{ad zarzutu z pkt 4.}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Z uzasadnienia faktycznego i prawnego podanego przez Zamawiającego wynika, że ustalił zaistnienie porozumienia wyłącznie w oparciu o treść JEDZ Termiki oraz samą sentencję decyzji Prezesa UOKiK z 3 grudnia 2020 r. (jej uzasadnienie nie było wtedy jeszcze dostępne), która nie była i nadal nie jest ostateczna i prawomocna, gdyż Veolia 20 stycznia 2021 r. odwołała się od niej do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Tego typu decyzje Prezesa UOKiK stanowią element hybrydowej procedury, która obejmuje postępowanie administracyjne przed Prezesem UOKiK, a następnie postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz ewentualnie w drugiej

instancji sądem apelacyjnym.

Samo postępowanie antymonopolowe prowadzone przez Prezesa UOKiK ma charakter zbliżony do procedur inkwizycyjnych, gdyż dopiero wniesienie odwołania od decyzji tego organu otwiera możliwość prowadzenia kontradiktoryjnego procesu sądowego.

Osnowa stanowiska Veolii w odniesieniu do nieprawidłowości związanych z wydaniem tej decyzji Prezesa UOKiK przedstawiona została m.in. w oświadczeniach Veolii z 7 grudnia 2020 r. oraz z 21 stycznia 2021 r.

Zarówno Veolia, jak Termika S.A. są przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność gospodarczą w oparciu o koncesję udzielaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki {dalej: „URE”}, który zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 833) jako centralny organ administracji rządowej reguluje działalność przedsiębiorstw energetycznych zgodnie z ustawą i polityką energetyczną państwa, zmierzając jednocześnie do zrównoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii. Do kompetencji Prezesa URE należy m.in. zatwierdzanie i kontrolowanie stosowania taryf ciepła pod względem ich zgodności z zasadami określonymi w ustawie, w tym analizowanie i weryfikowanie kosztów przyjmowanych przez przedsiębiorstwa energetyczne przyjmowanych jako uzasadnione do kalkulacji cen i stawek opłat w taryfach.

Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że ponieważ dotycząca Veolii decyzja Prezesa UOKiK nie waloru powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), do czasu jej uprawomocnienia nie może wywoływać w obrocie prawnym żadnych skutków prawnych, w tym być podstawą domniemań.

Po drugie, że ponieważ zarówno Veolia, jak i Termika prowadzą działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży ciepła pod ścisłym nadzorem specjalnie w tym celu ukonstytuowanego organu administracji rządowej, przy jednoczesnym ogólnym ustaleniu przez ten organ stawek opłat pobieranych z tytułu świadczonych usług, wykluczona jest możliwość zawarcia przez nie porozumienia ograniczającego konkurencję i mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego.

Po trzecie, że według wykładni literalnej art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania za pomocą stosownych środków dowodowych zawarcia przez wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Po czwarte, że biorąc pod uwagę dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 24 pzp wnioskować należy, że wyłącznie prawomocna, a co za tym idzie również ostateczna decyzja może

w sposób jednoznaczny potwierdzić występowanie podstawy wykluczenia w odniesieniu do danego wykonawcy.

Po piąte, że jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, każdy przepis ustanawiający podstawę wykluczenia musi być interpretowany ściśle i jej zastosowanie winno być oparte o obiektywnie stwierdzone przez zamawiającego okoliczności, potwierdzone stosownymi dowodami.

Po szóste, że z orzecznictwa Izby wynika również, że ponieważ jedynie prawomocna decyzja Prezesa UOKiK potwierdza podlegnie wykluczeniu przez wykonawcę, dopiero wtedy może on przeprowadzić procedurę samooczyszczenia na podstawie art. 24 ust. 8 pzp.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ponieważ powyżej wskazane dokumenty, na których oparł się Zamawiający, nie stanowią takich stosownych, rzetelnych, prawidłowych i niebudzących wątpliwości środków dowodowych, wykluczenie Veolii na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp było nieprawidłowe.

{ad zarzutu z pkt 5.}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Veolii wskazał, że:

- Termika w JEDZ złożyła oświadczenie, że zawarła z Veolią oraz Veolią Energią Polską S.A. porozumienie na lata 2014-2017, które Prezes UOKiK w decyzji nr DOK-5/2020 z 3 grudnia 2020 r. uznał za praktykę ograniczającą konkurencję;
- Termika wykazała, że przedsięwzięła środki w celu wykazania swojej rzetelności, z przywołaniem tych czynności;
- na podstawie art. 87 ust. 1 pzp zwrócił się do Veolii o złożenie wyjaśnień i udzielenie odpowiedzi na pytanie: *Czy firma Veolia Energia Warszawa S.A. zawarła z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat*".

Powyzsze wezwanie Veolii do wyjaśnień dokonane zostało na podstawie art. 87 ust. 1 pzp

Odwołujący wywiódł, że ponieważ powyższe wezwanie nie zostało oparte na prawidłowej podstawie prawnej (art. 26 ust. 2 lub 4 pzp), a na art. 87 ust. 1 pzp, Zamawiający wskazał, że oczekuje wyjaśnień odnośnie treści złożonej przez Veolię oferty, a nie wykluczenia jej z postępowania.

W powyższych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 pzp, zgodnie z którym to przepisem zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o podejmowanych czynnościach (szczegółowo wskazanych w przepisie), podając jednocześnie uzasadnienie faktyczne i prawne.

{ad zarzutu z pkt 6.}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zamawiający nie odniósł się w ramach uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Veolii do prezentowanego przez nią w wyjaśnieniach stanowiska.

Zamawiający przy odmiennie opisanych okolicznościach przez Veolię i Termikę, wezwał do wyjaśnień tylko Veolię.

Według wezwania wyjaśnienia miały zostać udzielone tylko w razie potwierdzenia przez Veolię, że zawarła z Termiką porozumienie ograniczające konkurencję.

Wykluczenie nastąpiło po upływie 3 lat od zawarcia porozumienia, na które wskazał Zamawiający dla uzasadnienia tej czynności.

Odwołujący wywiódł, że zasada uczciwej konkurencji zobowiązuje zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego znajdujących się w takiej samej sytuacji w sposób jednakowy. Natomiast zasady proporcjonalności i przejrzystości nakazują transparentne stosowanie środków współmiernych do zamierzonego celu.

W powyższych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i działał w sposób niezgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pzp.

{ad zarzutu z pkt 7.}

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ponieważ Veolia nie podlegała wykluczeniu, wybór oferty Termiki nie został dokonany na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, gdyż nie jest to oferta, która przedstawia w tym postępowaniu najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 5 lit. a pzp, które miało istotny wpływ na wynik tego postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z 8 marca 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{ad zarzutu z pkt 1.}

Zamawiający podał, że przez kilka lat przed wydaniem 3 grudnia 2020 r. przez Prezesa UOKiK decyzji nr DOK-5/2020 Veolia uczestniczyła w organizowanych przez niego postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i z własnej inicjatywy nigdy nie

poinformowała go o zawarciu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Taka informacja nie została również ujawniona przez Termikę w tych wcześniejszych postępowaniach (ostatnie z nich zostało w grudniu 2020 r. unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp).

Ponieważ Zamawiający uznał, że przedawnienie możliwości wykluczenia nie zachodzi w tym przypadku, nie odnosił się do tej kwestii w ramach uzasadnienia podjętej czynności.

W ocenie Zamawiającego przez zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp, należy rozumieć, w tym przypadku zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp, wydanie przez Prezesa powyższej decyzji, gdyż dopiero ona przesądziła, że doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia.

Zamawiający podniósł, że z następującego fragmentu uzasadnienia wyroku Izby z 3 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1428/18 wynika liczenie terminu przedawnienia od daty zaistnienia skutku zdarzenia: *Pod pojęciem „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4, prawidłowym będzie przyjęcie daty zaistnienia skutku niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy koncesji lub umowy o zamówienie publiczne określonego jako rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. Dopiero łączne zaistnienie okoliczności określonych w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak wystąpienia przesłanki rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania uniemożliwia wykluczenie wykonawcy z postępowania na ww. podstawie prawnej.*

Według Zamawiającego na zasadzie analogii w przypadku podstawy prawnej z art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp – biorąc pod uwagę, że bez nie miał i nie miałby możliwości zdobycia innych środków dowodowych – odpowiednikiem skutku w postaci rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania jest w tym przypadku wydanie decyzji przez Prezesa UOKiK.

Zamawiający podniósł, że gdyby o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 20 pzp miała przesądzać wyłącznie prawomocna decyzja Prezesa UOKiK, ustawodawca wyraźnie określiłby to, jak to uczynił w przypadku przesłanek wykluczenia wymienionych w art. 24 ust. 7 pkt 2 pzp, gdzie wykluczenie jest wyraźnie uzależnione od uprawomocnienia się wyroku.

W opinii Zamawiającego gdyby przyjąć za prawidłową wykładnię wskazywaną przez Odwołującego, art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp byłby martwy a Veolia nie poniosłaby żadnych konsekwencji swojego działania.

{ad zarzutu z pkt 2.}

Zamawiający powołał się na następujące okoliczności faktyczne.

Zaznaczenie w formularzu JEDZ odpowiedzi negatywnej nie wyklucza podania dalszych informacji, chociażby przez zawarcie wszystkich potrzebnych informacji w odrębnym dokumencie.

Wypełniając JEDZ, Veolia nie zawarła w nim jakiegokolwiek wzmianki na temat wydania przez Prezesa UOKiK decyzji z 3 grudnia 2020 r., choć nastąpiło to w wyniku przeprowadzenia postępowania, którego była stroną.

W przypadku zaznaczenia odpowiedzi pozytywnej w formularzu JEDZ informacja o decyzji Prezesa UOKiK mogła zostać zawarta w treści samego formularza.

Zamawiający potwierdził, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień sprecyzował pytanie, na jakie oczekiwał odpowiedzi, ale dodał, że wyjaśnienia zawierały nie tylko odpowiedź na to pytanie, lecz również inne informacje.

Zamawiający wywiódł, co następuje:

Po pierwsze, że przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp jest odrębną i niezależną od przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp podstawą prawną wykluczenia.

Dla Zamawiającego nie ma znaczenia, jak należy rozumieć błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, gdyż przepis ten przewiduje również wprowadzenie w błąd jako zdarzenie wystarczające dla wykluczenia na jego postawie.

Według Zamawiającego ponieważ Veolia powinna poinformować w powyżej wskazany sposób o wydaniu powyżej wskazanej decyzji, nawet jeżeli się z nią nie zgadzała i zamierzała się od niej odwołać, zatajenie tej informacji przed Zamawiającym oznacza spełnienie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

Ponadto zdaniem Zamawiającego nie utrudnił Veolii udzielenia wyjaśnień, które uznała za związane ze sprawą, a niestanowiących bezpośredniej odpowiedzi na zadane pytanie.

{ad zarzutu z pkt 3.}

Zamawiający podał, że jego wątpliwości wzbudziło jedynie oświadczenie Veolii, natomiast oświadczenie Termiki nie, bo wskazywało na okoliczności, które potwierdzała decyzja wydana przez Prezesa UOKiK 3 grudnia 2020 r.

Zamawiający dodał, że w treści wezwania do wyjaśnień nie wskazał, że oczekuje wyjaśnień wyłącznie w razie potwierdzenia przez Veolię zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Zamawiający powtórzył, że niezależnie od treści zadanego pytania i udzielonej na nie przez Veolię odpowiedzi mogła ona udzielić takich wyjaśnień, jakich chciała, co uczyniła.

{ad zarzutu z pkt 4.}

Zamawiający potwierdził, że w dacie dokonania czynności wykluczenia znana mu była jedynie sentencja tej decyzji Prezesa UOKiK z 3 grudnia 2020 r.

Zamawiający dodał, że obecnie dostępne publicznie uzasadnienie tej decyzji wskazuje na istnienie zakazanego porozumienia, np. pkt 99. w brzmieniu: *W Veolii Polska z ostrożnością podchodzono do publicznego informowania o założeniach współpracy między PGNiG Termika i Veolia Warszawa. Kilka dni po odbyciu ww. konferencji prasowej Prezes Zarządu Veolii Polska p. [informacja chroniona] zwrócił się, w przesłanej do wiadomości Prezesa Zarządu Veolia Warszawa p. J. L. wiadomości z uwagą: „Uważaj na komunikację, nie możemy powiedzieć, że dzielimy rynek pomiędzy podmiotem wytwarzającym i dystrybutorem, gdyż jest to wbrew zasadom konkurencji.*

W zakresie innych przykładów Zamawiający odesłał do pkt 151., 152. i 154. uzasadnienia tej decyzji.

Zamawiający zauważył, że Veolia nie przekazała mu kopii tej decyzji ani jej uzasadnienia, ze wskazaniem, które fragmenty są jej zdaniem nie do przyjęcia.

Zamawiający zgłosił tę decyzję z 3 grudnia 2020 r. wraz z jej uzasadnieniem jako dowód na zawarcie przez Veolię porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na dowód daty zaistnienia okoliczności skutkującej wykluczeniem.

W powyższych okolicznościach dla Zamawiającego niezrozumiałą jest zarzut, że oparł się wyłącznie na treści sentencji tej decyzji dostępnej publicznie w Internecie. Z kolei załączenie do odwołania jedynie pierwszej strony odwołania do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uniemożliwiało Zamawiającemu zapoznanie się z argumentacją Veolii.

Zamawiający podniósł, że w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp wykluczenie nie jest uzależnione od prawomocności, ostateczności decyzji organu administracji publicznej stwierdzającej istnienie zakazanego porozumienia ani od zaistnienia stanu powagi rzeczy osądzonej.

Zdaniem Zamawiającego okoliczność, że Veolia i Termika S.A. prowadzą działalność na podstawie koncesji, regulowaną przez centralny organ administracji rządowej nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż nie wyklucza możliwości zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję.

W ocenie Zamawiającego nie było konieczne przeprowadzenie przez niego odrębnego postępowania dowodowego na okoliczność, czy zostało zawarte porozumienie antykonkurencyjne z udziałem wykonawców, skoro takie postępowanie przeprowadził już właściwy, wyspecjalizowany organ i zakończył je wydaniem decyzji. W tej sytuacji wystarczające było oparcie się przez Zamawiającego na tej decyzji jako środkowi dowodowemu rzetelnemu, prawidłowemu i niebudzącemu wątpliwości.

{ad zarzutu z pkt 5.}

Zamawiający podał, że w zawiadomieniu z 10 lutego 2021 r. wskazał zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i uzasadnienie prawne wykluczenia Veolii. W zakresie uzasadnienia prawnego wskazał przepisy stanowiące podstawę wykluczenia, tj. art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp, a także przytoczył wyroki Izby dotyczące wykładni tych przepisów. W zakresie uzasadnienia faktycznego wskazał fakty, na których się oparł podejmując decyzję o wykluczeniu, tj. m.in. oświadczenie Termiki zawarte w JEDZ oraz decyzję Prezesa UOKiK z 3 grudnia 2020 r.

Zamawiający zauważył, że choć DBFO Ursus, na którego postępowanie Odwołujący się powołuje, zastosowało w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w analogicznej sprawie art. 26 ust. 4 pzp, Veolia udzieliła identycznych wyjaśnień jak w tym postępowaniu.

W powyższych okolicznościach dla Zamawiającego zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pzp jest niezrozumiały.

Zamawiający podniósł, że przywołana przez niego w wezwaniu podstawa prawna nie ograniczyła w żaden sposób swobody Veolii co do treści udzielanych wyjaśnień.

{ad zarzutu z pkt 6.}

Według Zamawiającego nie potraktował żadnego z dwóch wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu w sposób uprzywilejowany, gdyż z uwagi na odmienny sposób wypełnienia JEDZ nie znaleźli się oni w tożsamej sytuacji faktycznej i prawnej.

Zamawiający oświadczył, że nie zignorował wyjaśnień Veolii, lecz zapoznał się z ich treścią. Natomiast brak odniesienia się do nich w treści uzasadnienia o wykluczeniu wynikał z tego, że ich treść stała w sprzeczności z treścią decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK.

Według Zamawiającego art. 92 ust. 1 pzp nie wymaga odnoszenia się do wyjaśnień w sytuacji, gdy zamawiający uzna, że są one sprzeczne z ustalonymi przez niego faktami.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wskazał, jakie środki miałyby zostać zastosowane i jakie inne proporcjonalne działania miałyby zostać podjęte przez niego w celu wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy, skoro wyjaśnił go już inny organ (Prezes UOKiK).

{ad zarzutu z pkt 7.}

W ocenie Zamawiającego wykluczenie z postępowania Veolii było uzasadnione, stąd ocenie mogła podlegać tylko oferta Termiki, która wobec tego została prawidłowo uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 lit. a ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Termika, wnosząc o oddalenie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację, a Przystępujący zajął stanowisko i przedstawił argumentację zbieżną z odpowiedzią na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie z tego postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W piśmie z 10 lutego 2020 r. uzasadnienie faktyczne wykluczenia Veolii z postępowania sprowadza się do zrelacjonowania treści JEDZ złożonych przez Veolię i Termikę w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp oraz treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego i udzielonych w odpowiedzi na nie przez Veolię wyjaśnień.

Ponadto *de facto* drugą część tego uzasadnienia, pomimo że redakcyjnie zostało przypisane przez Zamawiającego do uzasadnienia faktycznego, stanowi akapit następująco opisujący sentencję decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK:

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 3 grudnia 2020 r. nr DOK 5/2020 uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na rynku wytwarzania energii cieplnej w systemie sieciowym obejmującym obszar miasta Warszawy oraz rynku sprzedaży detalicznej energii cieplnej w systemie sieciowym obejmującym obszar miasta Warszawy zawarcie przez: Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie; Veolia Energia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie; PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie; Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a zarazem porozumienia lub praktyki uzgodnionej w rozumieniu art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej polegającego na: 1. uzgadnianiu cen energii cieplnej; 2. podziale rynku energii cieplnej; 3. uzgadnianiu warunków składanych ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia na sprzedaż i dostawę energii cieplnej; oraz nałożył na Veolia Energia Warszawa S.A. karę pieniężną w wysokości 92.208.077,66 zł, a na Veolia Energia Polska S.A. karę pieniężną w wysokości 27.546.221,35 zł.

Bezsporne w sprawie było, że porozumienie zawarte pomiędzy m.in. Veolią a Termiką, które zostało przez Prezesa UOKiK uznane w powyższej decyzji za przejaw praktyki ograniczającej konkurencję, zostało zawarte dawniej niż 3 lata przed wykluczeniem Veolii przez Zamawiającego z postępowania o udzielenie tego zamówienia. Ponieważ w ramach przywołanej w pierwszej części uzasadnienia wykluczenia Veolii treści JEDZ Termiki znajduje się informacja, że owo porozumienie zostało zawarte na lata 2014-2017, co nie zostało przez Zamawiającego skomentowane, należy wręcz uznać że bezsporne w sprawie jest, że zdarzenie to miało miejsce najpóźniej 31 grudnia 2017 r.

Z kolei zawarte w piśmie z 10 lutego 2020 r uzasadnienie prawne wykluczenia Veolii na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp sprowadza się, poza przytoczeniem tego przepisu, do:

- przywołania art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 ze zm.), zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargów warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny;

- wyrażeniu stanowiska, że z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp nie wynika, że istnienie zmowy przetargowej musi być potwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu czy też innego organu państwowego, a wystarczające jest uprawdopodobnienie jej istnienia, z powołaniem się na dwa wyroki Izby, m.in. z przywołaniem następującego fragmentu uzasadnienia wyroku z 10 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2213/17: (...) – *te poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego, statycznych prawidłowości jako oczywisty w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia.*

Pomimo powołania się na powyższe stanowisko Zamawiający nie wskazał, jakie poszlaki i dlaczego uznał za wystarczająco uprawdopodobniające, że Veolia uczestniczyła w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający potwierdził, że przed wykluczeniem Veolii z prowadzonego postępowania ani nie zapoznał się z treścią uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK z 3 grudnia 2020 r., ani nie widział potrzeby przeprowadzenia we własnym zakresie postępowania dowodowego co do uczestnictwa Veolii w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Natomiast uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji o wykluczeniu Veolii na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp sprowadza się do przytoczenia brzmienia tego przepisu, przy czym wyboldowanie frazy „wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu”, w zestawieniu ze wskazaniem (dwa akapity dalej), że złożony przez Veolię JEDZ nie zawierał informacji o decyzji Prezesa UOKiK nr DOK 5/2020 z 3 grudnia 2020 r. w sprawie zmowy na warszawskim rynku ciepła, a także uwzględniając kontekst całości uzasadnienia, sugeruje, że Zamawiający uznał, że został w ten sposób wprowadzony przez Veolię w błąd co do tego, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp.

Z uzasadnienia podanego przez Zamawiającego nie wynika czy i jaki stopień zawinienia przy przedstawianiu tych informacji przypisał Veolii.

Reasumując, Izba ustaliła, co następuje:

Po pierwsze, zarówno od zawarcia, jak i faktycznego wygaśnięcia porozumienia, którego stronami były m.in. Veolia i Termika, uznanego przez Prezesa UOKiK decyzją z 3 grudnia 2020 r. za ograniczające w latach 2014-2017 konkurencję na warszawskim rynku ciepła, w chwili podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Veolii, upłynęło ponad 3 lata.

Po drugie, Zamawiający utożsamiał wydanie 3 grudnia 2020 r. decyzji przez Prezesa UOKiK ze zdarzeniem polegającym na zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję,

które wg tej decyzji funkcjonowało w latach 2014-2017.

Po trzecie, w ramach uzasadnienia wykluczenia Zamawiający w ogóle nie wyjaśnił, dlaczego powyższe porozumienie poczytał za mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Po czwarte, z uzasadnienia wykluczenia nie wynika, co Zamawiający uznał za stosowny dowód lub dowody uczestniczenia przez Veolię w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Po piąte, z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający upatruje w decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK 3 grudnia 2020 r. zarówno zdarzenia, od którego należy liczyć 3-letni okres podlegania przez Veolię wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówień publicznych, jak i stosownego dowodu potwierdzającego, że Veolia uczestniczyła w latach 2017-2020 r. w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co jest stanowiskiem wewnątrznie sprzecznym.

Po szóste, skoro Zamawiający przyznał, że wykluczając Veolię z prowadzonego postępowania nie znał uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK, nie może w tej sprawie powoływać się na treść tego uzasadnienia, skoro opisane w niej okoliczności obiektywnie rzecz biorąc nie mogły być podstawą czynności podjętej przez Zamawiającego, w tym nie mogły i nie zostały opisane w ramach uzasadnienia podanego Veolii.

Zgodnie z art. 555 npzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu {art. 192 ust. 7 pzp miał identyczną treść}. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Z kolei według art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Otóż w sytuacji, jaka zaistniała również w tym postępowaniu odwoławczym, gdy wykonawca odwołuje się od decyzji zamawiającego eliminującej go z postępowania (np. właśnie wykluczenia), uzasadnienie faktyczne i prawne podane wykonawcy przez zamawiającego wyznacza maksymalny zakres kognicji Izby. Nie można wymagać bowiem od wykonawcy, aby odwoływał się od decyzji, której uzasadnienia nie zna. Innymi słowy podane wykonawcy przez zamawiającego uzasadnienie, zwłaszcza faktyczne, konstytuuje czynność podjętą przez zamawiającego względem wykonawcy, który może i musi ją zwalczać wyłącznie w zakresie okoliczności, które legły u jej podstaw i zostały mu zakomunikowane. Oczywiste jest bowiem, że zastosowanie danej podstawy prawnej

wykluczenia mogą uzasadniać różnorodne okoliczności faktyczne.

Stąd właśnie nie tylko wskazany przepis, ale przede wszystkim skonkretyzowane okoliczności faktyczne uzasadniające jego zastosowanie wyznaczają czynność podjętą przez zamawiającego, a w konsekwencji – jeżeli wykonawca odwoła się od niej – zakres kognicji Izby. Powyższe przepisy służą temu, aby wykonawca miał szansę skutecznego zakwestionowania decyzji zamawiającego, co nie jest możliwe lub poważnie utrudnione, gdy nie zna powodów jej podjęcia lub miałby się o nich dowiedzieć dopiero w toku postępowania odwoławczego.

Z tego względu poza zakresem rozpoznania w tej sprawie były podniesione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie lub na rozprawie okoliczności, które nie zostały uprzednio uzewnętrznione w uzasadnieniu zawiadomienia o wykluczeniu z 10 lutego 2020 r., uniemożliwiając tym samym Odwołującemu odniesienie się do nich w terminie na wniesienie odwołania.

W konsekwencji, skoro w ramach uzasadnienia wykluczenia nie zostały ujęte okoliczności wynikające z uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK, uzasadnienie to nie mogło w tej sprawie stanowić dowodu potwierdzającego prawidłowość czynności podjętej przez Zamawiającego.

Po siódme, nie stanowi nieprawdziwej informacji podanie przez Veolię w JEDZ, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzuty odwołania są zasadne.

Dla oceny czynności podjętych przez Zamawiającego znaczenie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), gdyż na jej podstawie zostało wszczęte przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp 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. Przy czym według art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp w takim przypadku wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Z powyżej przywołanych przepisów wynika zatem norma prawna, zgodnie z którą, jeżeli wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia i od tego

zdarzenia nie upłynęły jeszcze 3 lata, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych (hipoteza), zamawiający wyklucza takiego wykonawcę z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia (dyspozycja). Innymi słowy hipoteza tej normy prawnej składa się z dwóch przesłanek materialnych, pozytywnej (wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie wymierzone w konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia) i negatywnej (od zawarcia tego porozumienia nie upłynęły 3 lata), oraz przesłanki wskazującej na to, że ciężar udowodnienia jednoczesnego zaistnienia przesłanki pozytywnej i niezastnienia przesłanki negatywnej spoczywa na zamawiającym.

Wobec tego oczywiście bezzasadna jest interpretacja zaprezentowana w odpowiedzi na odwołanie, gdyż *de facto* wynika z niej, że zdarzeniem, którego zaistnienie jest podstawą wykluczenia jest nie fakt zawarcia przez wykonawców porozumienia nakierowanego na zakłócenie konkurencji, a stwierdzenie przez kompetentny w tym zakresie organ państwowy, że taki fakt miał miejsce. Nie jest to oczywiście żadna wykładania celowościowa, jak twierdził na rozprawie Zamawiający, a wykładnia *contra legem*, gdyż konstruuje normę prawną z użyciem elementu, którego nie ma w art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp, w celu obejścia konieczności wykazania niezastnienia negatywnej przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp. W najlepszym razie stanowisko Zamawiającego, że z uwagi na trudności dowodowe po stronie instytucji zamawiającej wykluczenie wykonawcy za uczestnictwo w antykonkurencyjnym porozumieniu powinno być możliwe w okresie 3 lat, liczonym od wydania decyzji przez organ administracji państwowej do spraw ochrony konkurencji, można poczytać za postulat *de lege ferenda*. Jednak nie usprawiedliwia to podjęcia czynności, która nie znajduje oparcia *de lege lata*. Podobnie nie ma znaczenia negatywna opinia Zamawiającego co do faktycznej możliwości wykluczania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp z uwagi na trudności dowodowe po stronie instytucji zamawiających. Zamawiający nie wskazał zresztą na żadne konkretne dane odnośnie wykluczania na tej podstawie prawnej, które uprawniałyby go do wyprowadzania wniosku, że w obecnym kształcie regulacja ta jest martwa.

Trudno nie zauważyć niekonsekwencji stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, który z jednej strony sam wskazuje, że to w innych niż art. 24 ust. 1 pkt 20 przepisach ustawy pzp wskazuje się na orzeczenie lub decyzję i to prawomocne (art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 15, 21, 22, art. 24 ust. 5 pkt 2, 7) jako zdarzenia będące podstawą wykluczenia, a jednocześnie upatruje w nieprawomocnej decyzji Prezesa UOKiK zdarzenia, od którego należy liczyć 3-letni okres podlegania wykonawcy wykluczeniu.

Chybione jest również wyprowadzanie z prawidłowo opisanego w uzasadnieniu wyroku Izby z 3 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1428/18 sposobu liczenia 3-letniego okresu wykluczenia w przypadku art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, gdzie podstawą wykluczenia jest

zaistnienie zdarzenia kwalifikowanego przez skutek (niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, które spowodowały rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania), od chwili, kiedy nastąpił ten skutek, analogii w odniesieniu do zdarzenia opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp, którym w dodatku wcale nie jest wydanie decyzji przez Prezesa UOKiK.

W dalszym planie umknęło uwadze Zamawiającego, że postulowane przez niego wydłużenie okresu, w którym Veolia miałaby podlegać wykluczeniu, nie służy ani konkurencji na lokalnym rynku, ani interesowi Zamawiającego, gdyż prowadzi do faktycznego monopolu Termiki, która dzięki *sui generis* czynnemu żalowi w postępowaniu przed Prezesem UOKiK nie tylko uniknęła nałożenia kary, a dodatkowo pozbyła by się na kolejne 3 lata konkurenta.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

O ile oczywiste jest, że formalnie powyższa podstawa wykluczenia ma charakter samoistny i odrębny, o tyle w okolicznościach tej sprawy zastosowanie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 wynikało ze stwierdzenia przez niego, że został wprowadzony w błąd co do niezachodzenia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp. Skoro okazało się, że Veolia nie podlega wykluczeniu za udział w porozumieniu przeciw konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym bardziej nie może podlegać wykluczeniu za niewprowadzenie co do tego w błąd Zamawiającego.

Art. 92 ust 1 pkt 2 pzp stanowi, że Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: wykonawcach, którzy zostali wykluczeni – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Nie sposób uznać za prawidłowe uzasadnienia czynności Zamawiającego, która była nieprawidłowa, jak w okolicznościach tej sprawy.

Niezależnie od tego stwierdzić należy, że gdyby Zamawiający podjął próbę sporządzenia wyczerpującego uzasadnienia, w szczególności nie ograniczył się do zrelacjonowania przebiegu badania złożonych JEDZ oraz przytoczenia brzmienia przepisów i sentencji decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK, mógłby uniknąć wykonania wadliwej czynności. Tymczasem Zamawiający nie pokusił się nawet o przeanalizowanie, jakie przełożenie w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia może znaleźć decyzja zewnętrznego organu, która dotyczy zdarzenia z przeszłości, w kontekście

wynikającego wprost z ustawy pzp wyłączenia możliwości wykluczania z uwagi na upływ czasu od zaistnienia takiego zdarzenia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z kolei art. 26 ust. 4 pzp stanowi, że Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp (czyli między innymi oświadczeń lub dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia z art. 25 ust. 1 pkt 3 pzp).

Ponieważ z JEDZ Termiki wynikało, że porozumienie naruszające konkurencję dotyczyło lat 2014-2017, Zamawiający mógł co najwyżej wyjaśniać, w jakim celu jest informowany o tym zdarzeniu, które miało miejsce ponad 3 lata temu. Zamiast tego zwrócił się do Veolii o potwierdzenie – w dodatku wskazując niewłaściwą podstawę prawną (art. 87 ust. 1 pzp dotyczący wyjaśniania treści oferty) – że również brała udział w tym porozumieniu, choć nie miało to żadnego znaczenia w kontekście podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp. Wskazuje to na nierówne traktowanie Veolii i Termiki, gdyż Zamawiający z jednej strony bezkrytycznie przyjął, że obydwoj wykonawcy podlegali wykluczeniu, ale tylko Termika dokonała samooczystczenia, a jednocześnie nie wziął pod uwagę wyjaśnień udzielonych przez Veolię. Ponadto takie postępowanie, a także sposób uzasadnienia decyzji o wykluczeniu nie odpowiada zasadzie transparentności. Z kolei wykluczenie Veolii na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp, pomimo upływu 3-letniego okresu od zdarzenia opisanego w tym przepisie, oraz wywiedzenie z tego dodatkowo wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp z pewnością stanowiło podjęcie czynności wbrew zasadzie proporcjonalności.

Z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 5 lit. a *in principio* pzp wynika, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą, czyli przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Skoro Veolia nie podlegała wykluczeniu, uznanie oferty złożonej przez Termikę jest co najmniej przedwczesne, gdyż oferta Veolii nie została oceniona w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego

art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwołującą (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.