

Sygn. akt: KIO 2883/21

**WYROK
z dnia 25 października 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Ernest Klauziński

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2021r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2021 r. przez wykonawcę: Cukrohurt sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Siedlcach

przy udziale wykonawcy Jani-Trans J. J. R. J. s.c. z siedzibą w Łukowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2883/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Cukrohurt sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Cukrohurt sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Siedlcach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej pow. 913.630 złotych na usługę odbioru i transportu odpadów – komponentów do produkcji paliwa alternatywnego RDF pochodzących z Zakładu Utylizacji Odpadów Sp. z o.o., Zakład w Woli Suchożebrskiej., ul. Sokołowska 2.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone pod numerem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia 2021/S 139-370360.

W dniu 20 września 2021 r. Odwołujący: Cukrohurt sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Jani-Trans J. J. R. J. s.c. z siedzibą w Łukowie, zwanego dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 29 września 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Wskazanym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa:

1) przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2021 roku, poz. 275), polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty firmy Jani – Trans S.C. J. J. R. J. z siedzibą w Łukowie, w sytuacji gdy wykonawca ten z wykonawcą, którego oferta została odrzucona działał w porozumieniu, mającym na celu uzyskanie przedmiotowego zamówienia za cenę wyższą,

2) przepisu art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty firmy Jani – Trans S.C. J. J. R. J. jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż zachodziły uzasadnione wątpliwości co do rzetelności i prawdziwości podmiotowych środków

dowodowych, a Zamawiający zaniechał w toku czynności badania i oceny ofert uzyskania wyjaśnień od Wykonawcy oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu od podmiotu, na rzecz którego realizowana miała być usługa odbioru i transportu odpadów w okresie 19.08.2020 – 20.08.2021 roku w ilości 10.000 Mg.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wnosił o uwzględnienie odwołania oraz

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez firmę Jani – Trans S.C. J. J. R. J. z siedzibą w Łukowie,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty złożonej przez firmę Jani – Trans S.C. J. J. R. J. z siedzibą w Łukowie,
- 3) wykluczenie z postępowania firmy Jani – Trans S.C. J. J. R. J. z siedzibą w Łukowie i odrzucenie jej oferty,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W zakresie postępowania dowodowego wnosił o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1). wydruku z Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego dotyczącego R. J. oraz J. J., na okoliczność ilość pojazdów będących w posiadaniu Wykonawcy oraz na potwierdzenie faktu, iż Wykonawca, którego oferta została odrzucona w niniejszym postępowaniu Ł. W. (LWTRANS) posiada status zarządzającego transportem w firmach R. J. oraz J. J.,

2). screenów ze strony giełdy transportowej trans.eu, na okoliczności powiązań osobowych pracowniczych pomiędzy Wykonawcami firmą Jani – Trans S.C. J. J. R. J., LWTRANS Ł. W. oraz DREWMARK M. W.,

3). Wydruku z CEIDG dot. firmy Drewmar M. W., na okoliczności prowadzenia działalności gospodarczej przez firmę LW-TRANS Ł. W. pod tym samym adresem co firma Drewmark M. W., w imieniu której na giełdzie transportowej działa Ł. W. i R. J.,

4). Zlecenia przewozu z dnia 14 grudnia 2020 roku oraz z dnia 11 czerwca 2021 roku, na okoliczności realizowania przez firmę Jani – Trans S.C. J. J. R. J. usług transportowych na rzecz innych podmiotów poza Econ Trader Sp. z o.o.

Odwołujący zwrócił uwagę, że podstawę odrzucenia ww. oferty stanowił przepis art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zauważył również, że z uzasadnienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 września 2021 roku wynikało, że Zamawiający wyznaczył Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą (tj. opiewającą na kwotę 1.703.520,00 złotych netto) dwukrotnie termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych (do dnia 7 września 2021 roku oraz do dnia 10 września 2021 roku). Wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, Zamawiający dokonał wyboru oferty firmy Jani Trans S.C. J. J. R. J. z siedzibą w Łukowie, która była o 144.240,00 złotych netto droższa niż oferta Ł. W.

Według Odwołującego - w świetle załączonych do odwołania dokumentów, oferta firmy Jani Trans S.C. J. J. R. J. z siedzibą w Łukowie powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2021 roku, poz. 275).

Wskazał, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego 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.

Powołał się również na przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 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 warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

W ocenie Odwołującego – doszło do zawarcia przez Wykonawców, którzy złożyli dwie najkorzystniejsze oferty porozumienia, mającego na celu uzgodnienia warunków ofert, w szczególności w zakresie ceny.

W związku z tym wskazał, że z informacji ujawnionych w Krajowym Rejestrze Elektronicznym Przedsiębiorców Transportu Drogowego dotyczących J. J. wynikało, że osobą zarządzającą transportem w firmie jest Ł. W.

Podobna informacja została ujawniona Krajowym Rejestrze Elektronicznym Przedsiębiorców Transportu Drogowego dotyczących R. J.

Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Ł. W. (Wykonawca, którego oferta została odrzucona w przedmiotowym postępowaniu) posiada status zarządzającego transportem w imieniu Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Z powyższego wynika – zdaniem Odwołującego, że Ł. W. – jako zarządzający transportem firmy Jani Trans S.C. J. J. R. J. z siedzibą w Łukowie – ma rzeczywisty wpływ na realizowane przez tą firmę usługi transportowe.

Zaznaczył również, że z informacji ujawnionych na platformie trans.eu wynika, że osobą upoważnioną do kontaktu z firmą Drewmark M. W. jest Ł. W. oraz R. J. Ponadto, osobą upoważnioną do kontaktu w firmie Drewmark M. W. jest D. K., będący jednocześnie pracownikiem firmy Jani Trans S.C. J. J. R. J. z siedzibą w Łukowie.

Dodał przy tym w tym, iż firma Drewmark M. W. oraz firmą LW-Trans Ł. W. mają siedziby pod tym samym adresem, w bezpośrednim sąsiedztwie firmy siedziby Jani Trans S.C. J. J. R. J.

Przyznał, że same powiązania natury osobowej pomiędzy ww. przedsiębiorcami nie przesądzają jeszcze o zaistnieniu przesłanek do wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp. Jednakże okoliczności, które miały miejsce w toku postępowania przetargowego uzasadniają – w ocenie Odwołującego - przyjęcie, iż doszło do zawarcia porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Argumentował, że nie sposób bowiem dopatrywać się innego celu uczestnictwa obu przedsiębiorców w przetargu jak uzyskanie przedmiotowego zamówienia za cenę droższą, przy wykorzystaniu określonych mechanizmów przewidzianych przez ustawę pzp, nakazujących Zamawiającemu wezwanie Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych. Jak podnoszono na wstępie, Zamawiający dwukrotnie wezwał firmę LW – TRANS Ł. W. do złożenia dokumentów i wobec zaniechania wykonawcy przedstawienia podmiotowych środków dowodowych – oferta ta została odrzucona.

W tym okolicznościach nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że Wykonawcy tj. firma LW-TRANS Ł. W. oraz firma Jani - Trans S.C. J. J. R. J. działali w porozumieniu, którego celem było uzyskanie zamówienia za kwotę wyższą – oferowaną przez Jani - Trans S.C. J. J. R. J.

Zdaniem Odwołującego - świadczy o tym właśnie niezłożenie podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę, który zaoferował realizację zamówienie po niższej cenie. W sytuacji, gdy oferta firmy Jani - Trans S.C. J. J. R. J. klasyfikowała się jako kolejna po ofercie niespełniającej warunków udziału w postępowaniu, celowe zaniechanie złożenia podmiotowych środków dowodowych spowodowało odrzucenie oferty tańszej i wybór oferty droższej. Działanie zatem wykonawcy proponującego cenę niższą było ukierunkowane tylko i wyłącznie na wybór oferty firmy Jani - Trans S.C. J. J. R. J..

Zarzucił, że Wykonawcy dopuścili się zatem czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2020 roku, poz. 1913). Działanie to uderzało w innych uczestników przetargu i ich uzasadniony interes gospodarczy wyboru oferty – utrudniając przy tym dostęp do rynku.

Zdaniem Odwołującego - działania obu wykonawców LW-TRANS Ł. W. oraz Jani – Trans S.C. J. J. R. J. naruszały zakaz zawarty w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również dobre obyczaje, ponadto naruszały interes innych wykonawców uczestniczących w przetargu.

Wywodził, że niezłożenie podmiotowych środków dowodowych pomimo dwukrotnego wezwania kierowanego przez Zamawiającego świadczy jedynie o tym, iż zamiarem wykonawcy było uzyskanie kontroli nad przebiegiem postępowania i podjęcie próby uzyskania zamówienia za kwotę wyższą. Tego rodzaju działanie w sposób świadomy i celowy godzi w dobre obyczaje i zasadę uczciwej konkurencji, na straży której obowiązany jest stać zamawiający w myśl postanowień art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp.

Niezależnie od powyższych zarzutów, podniósł, iż oferta firmy Jani – Trans S.C. J. J. R. J. powinna zostać poddana szczegółowej weryfikacji w związku z wystąpieniem uzasadnionych wątpliwości co do prawdziwości informacji wskazanych w wykazie usług, potwierdzonych referencjami wystawionymi przez Econ Trader Sp. z o.o. z siedzibą w Wojkowicach.

Zwrócił uwagę, że zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia przedmiotem zamówienia jest usługa sukcesywnego odbioru i transportu odpadów o kodach 19 12 12, 19 12 04 oraz 20 03 07 komponentów do produkcji paliwa alternatywnego RDF pochodzących z Zakładu Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w ilości 24.000 Mg/rok.

Wyjaśnił, że według SWZ Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zobowiązany był do przedstawienia m.in. dokumentu nr 7 stanowiącego wykaz usług wykonanych, zawierający informacje o należytych wykonaniu minimum jednej usługi odbioru i transportu odpadów w ilości minimum 10.000 Mg/rok.

Zwrócił uwagę, że wykonawca Jani – Trans s.c. J. J. R. J. z siedzibą w Łukowie przedstawił informację o zrealizowaniu w okresie od dnia 19 sierpnia 2020 roku od dnia 20 sierpnia 2021 roku usługi odbioru i transportu odpadów w ilości 10.000 Mg pojazdami typu „ruchoma podłoga” na rzecz Spółki Econ Trader Sp. z o.o. z siedzibą w Wojkowicach.

Przyznał, że informacja powyższa została potwierdzona referencjami wystawionymi przez Spółkę Econ Trader Sp. z o.o. z dnia 17 września 2021 roku.

Jednakże treść ww. informacji w przedmiocie realizacji przez Wykonawcę usługi odbioru i transportu odpadów według wskazanych parametrów tj. w okresie 19.08.2020 – 20.08.2021 roku, w ilości 10.000 Mg wzbudziła wątpliwości Odwołującego.

Odwołujący w dniu 24 września 2021 roku powiadomił Zamawiającego o swoich wątpliwościach i zastrzeżeniach co do prawdziwości informacji przedstawionej przez Wykonawcę w zakresie wykazu zrealizowanych usług odbioru i transportu odpadów.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie ponownej weryfikacji dokumentów złożonych przez Wykonawcę, wskazując, że wielkość przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz skala i zakres prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, uzasadniają przyjęcie, że niemożliwe było wykonanie we wskazywanym okresie usługi odbioru i transportu odpadów we określonej ilości 10 000 Mg.

Pismem z dnia 27 września 2021 roku Zamawiający zwrócił się do Spółki Econ Trader Sp. z o.o. z siedzibą w Wojkowicach w trybie art. 128 ust. 5 ustawy pzp o potwierdzenie referencji wystawionych na rzecz Wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający zaniechał zaś zobowiązania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści przedstawionego wykazu zrealizowanych usług oraz

zobowiązania Spółki Econ Trader Sp. z o.o. do przedstawienia dokumentów w postaci Karty Przyjęcia Odpadów, o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (tj. Dz. U. z 2021 roku, poz. 779).

Wskazał, że zgodnie natomiast z przepisem art. 128 ust. 4 ustawy pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Ponadto, zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy pzp jeżeli złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Podniósł, że Zamawiający w dniu 27 września 2021 roku zwrócił się do Spółki Econ Trader Sp. z o.o. o potwierdzenie referencji wystawionych firmie Jani – Trans S.C. J. J. R. J., jednakże nie zażądał dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w tym przypadku kart przyjęcia odpadów, w sytuacji gdy od dnia 1 stycznia 2020 roku wszystkie transporty odpadów są rejestrowane w systemie BDO (tj. Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami).

W ocenie Odwołującego - Zamawiający nie zwrócił się także do Wykonawcy celem uzyskania dodatkowych wyjaśnień w zakresie wykazu zrealizowanych usług.

W przekonaniu Odwołującego – w okolicznościach przedmiotowego postępowania, przeprowadzenie szczegółowej weryfikacji dokumentacji przedłożonej przez Wykonawcę było uzasadnione z następujących przyczyn.

Po pierwsze, z informacji wynikającej z Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego wynika, że Wykonawca dysponuje łącznie pięcioma pojazdami ciężarowymi. Powyższe znajduje potwierdzenie w informacji przedstawionej przez Wykonawcę – wykazu załącznika nr 6 do SWZ.

Po drugie, siedziba firmy Wykonawcy znajduje się w Łukowie, natomiast siedziba Spółki, na rzecz której Wykonawca realizował usługi odbioru i transportu odpadów znajduje się w miejscowości Wojtkowice, oddalonej o ponad 950 kilometrów. Czas na przejazd samochodem ciężarowym pomiędzy siedzibami obu pomiotów wynosi około 16 godzin jazdy (przy założeniu poruszania się ze średnią prędkością 60 km/h).

Po trzecie, w przedmiotowym okresie tj. od 19.08.2020 do 20.08.2021 przypadło 250 dni roboczych tj. 50 pełnych tygodni w roku, podczas których mogły odbywać się transporty odpadów.

Po czwarte, Wykonawca we wskazywanym okresie nie świadczył jedynie usług transportowych w zakresie odbioru i transportu odpadów na rzecz firmy Econ Trader sp. z o.o. z siedzibą w Wojkowicach. Wykonawca realizował we wskazywanym okresie inne usługi transportowe na rzecz innych podmiotów, m. in. na rzecz Spółki CUKROHURT Sp. z o.o. Wykonawca realizował usługę przewozową na podstawie zlecenia z dnia 14 grudnia 2020 roku (nr 000563/S/2020) w dniach 14-15 grudnia 2020 roku z Chełma do Siedlce oraz na podstawie zlecenia z dnia 11 czerwca 2021 roku (nr 000223/S/2021) w dniu 14 czerwca 2021 roku z Woli Suchożebrskiej do Stalowej Woli. Powyższe usługi transportowe były realizowane w okresie wskazanym przez Wykonawcę w wykazie usług. Z powyższym zleceń przewozowych wynika także, że trzy z pięciu pojazdów znajdujących się w dyspozycji Wykonawcy (o nr rej. LLU 76618, LLU 81540 oraz CB 92800) były wykorzystywane do świadczenia usług transportowych innego rodzaju niż transport odpadów.

Przyjmując powyższe fakty i założenia tj. odległość instalacji Spółki Econ Trader Sp. z o.o. od siedziby Wykonawcy usługi transportowej, ilość odpadów (10.000 Mg), świadczenie usług transportowych także na rzecz innych usługodawców oraz ilość pojazdów będącą w dyspozycji Wykonawcy, Odwołujący uznał, że Wykonawca nie był w stanie wykonać odbioru i transportu odpadów w deklarowanej ilości.

Formułując przedmiotowy wniosek, Odwołujący oświadczył, że oparł się na parametrach dotyczących realizacji usług odbioru i transportu odpadów na rzecz Zamawiającego przez Spółkę CUKROHURT Sp. z o.o.. A mianowicie średni tonaż transportowanych przez Odwołującego odpadów wynosił w okresie sierpień 2020 – sierpień 2021 roku średnio 16,55 ton (tj. w poszczególnych miesiącach sierpień 2020 – 15,82 tony, wrzesień 2020 – 15,36 tony, październik 2020 – 16,30 tony, listopad 2020 - 15,5 tony, grudzień 2020 – 16,59 tony, styczeń 2021 – 16,97 tony, luty 2021 – 15,41 tony, kwiecień 2021 – 16,58 tony, maj 2021 – 16,22 tony, czerwiec 2021 – 17,13 tony, lipiec 2021 – 19,57 tony i sierpień 2021 – 17,17 tony).

Przy założeniu, że Wykonawca realizował usługi transportu odpadów na rzecz Spółki Econ Trader sp. z o.o. wykorzystując wszystkie pięć pojazdów oraz przy przyjęciu, że Wykonawca był w stanie wykonać każdym pojazdem 2 transporty w okresie jednego tygodnia i biorąc pod uwagę, że w przedmiotowym okresie było 50 tygodni - Wykonawca

mógł zrealizować w ciągu roku maksymalnie 500 transportów. Zakładając średni tonaż na poziomie 16,55 ton x 500 kursów = 8.275,83 tony przewiezionych odpadów.

Z powyższego wnioskował, że w żadnej mierze Wykonawca nie był w stanie zrealizować usługi odbioru i transportu odpadów w ilości 10.000 Mg w ciągu 12 miesięcy.

W dniu 4 października 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Jani-Trans J. J. R. J. s.c. z siedzibą w Łukowie, zwanego dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 8 października 2021r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości lub jego odrzucenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 8 października 2021 r., a także na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczoney, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba również wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie mogła ograniczyć prawa Odwołującego do wniesienia środka ochrony prawnej poprzez uznanie braku interesu we wniesieniu odwołania z tego powodu, że potencjalnie wykonawcy zajmujący w rankingu złożonych ofert miejsca poprzedzające mogą zostać skutecznie wykluczeni z przedmiotowego przetargu na późniejszym etapie oceny spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu. Taka zaś sytuacja otwierałaby drogę Odwołującemu do uzyskania zamówienia.

Idąc dalej, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i

konsumentów (tj. Dz. U. z 2021 roku, poz. 275), a także art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że Przystępujący zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Izba ustaliła, że najwyżej została oceniona została oferta wykonawcy LW-Trans Ł. W. złożona na kwotę 1 703 520 zł, przy czym wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego na zasadzie art.126 ust.1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych opisanych SWZ, nie zastosował się do tego wezwania, przez co w konsekwencji został wykluczony z przetargu.

Druga w kolejności pozostawała oferta Przystępującego, którego oferta została ostatecznie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą na kwotę 1 847 760 zł (oferta nie wybrane to: oferta Odwołującego na kwotę 2 280 000 zł, a także oferta z niższą ceną wykonawcy Nowa Ekologia sp. z o.o. na kwotę 2 016 000 zł).

Przechodząc do oceny zarzutów odwołania należało zaprezentować pogląd, że same w sobie okoliczności istnienia powiązań osobowych pomiędzy wykonawcami, posiadanie przez tych wykonawców miejsca prowadzenia działalności gospodarczej w tej samej miejscowości i na tej samej ulicy, a także zatrudnienie jednego z tych wykonawców jako osoby zarządzającej transportem u tego drugiego nie stanowi wiarygodnych i pewnych przesłanek przesądzających o tym, że pomiędzy tymi wykonawcami doszło do zawarcia umowy przetargowej, o której mowa w art.108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Na tle powyższych okoliczności faktycznych, Izba wzięła również pod uwagę wyjaśnienia LW-Trans Ł. W., który w piśmie z dnia 27 sierpnia 2021 r. poinformował Zamawiającego o wadliwej kalkulacji oferty poprzez zawyżenie tonażu ładunku odpadów każdorazowo 24 Mg, które to założenie doprowadziłoby tego wykonawcę do straty finansowej.

Według zapatrywania Izby – sytuacje te nie są ze sobą powiązane, a to uniemożliwia stwierdzenie, że doszło do zawarcia umowy przetargowej.

Zgodnie z brzmieniem powołanego wyżej przepisu 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.

W ocenie Izby – uznanie na podstawie cyt. wyżej okoliczności, że została zawarta zmowa przetargowa byłoby oceną dyskryminującą tych przedsiębiorców, którzy prowadzą interesy również z podmiotami, z którymi łączą ich określone stosunki osobiste i organizacyjne.

W związku z tym – Izba reprezentuje pogląd, że gdyby wolą ustawodawcy była eliminacja z rynku zamówień publicznych takich wykonawców, znajdujących się w podobnej jak wyżej sytuacji faktycznej, powinno to znaleźć wyraźne uregulowanie na gruncie prawa zamówień publicznych.

W takim przypadku ustawa powinna przewidywać ścisły katalog przypadków, w których więzy osobiste pomiędzy wykonawcami będą skutkować wykluczeniem wykonawcy z przetargu, a także, że określone funkcje wykonywane przez jednego wykonawcę u tego drugiego są niedopuszczalne w aspekcie udziału tych podmiotów w przetargu.

Takie skatalogowane przypadki ograniczeń podmiotowych można znaleźć na gruncie wielu krajowych regulacji prawnych wyłączających dany podmiot od możliwości wykonywania określonych czynności, w warunkach wystąpienia określonych przesłanek faktycznych.

W związku z tym – w przekonaniu Izby - Zamawiający nie miał podstawy prawnej do działania w granicach cyt. wyżej przepisu art.108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania drugiego zarzutu odwołania Izba uznała go również za bezzasadny.

Zgodnie z art. 128 ust.4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Jednocześnie w myśl przepisu art.128 ust.5 ustawy Pzp jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że Zamawiający wprowadził takich czynności nie przeprowadził przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednak zasługuje na uwagę, że Zamawiający dokonał oceny złożonego przez Przystępującego wykazu i referencji na podstawie złożonych tam oświadczeń, które potwierdzały spełnianie warunków podmiotowych.

Dodatkowo wymaga zauważenia, że Zamawiający w SWZ nie wymagał złożenia przez wykonawców podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów na potwierdzenie treści referencji.

W ocenie Izby - przepis art.128 ust.4 ustawy Pzp ma charakter fakultatywny i jego zastosowanie jest uzależnione od wystąpienia po stronie Zamawiającego obiektywnych wątpliwości odnośnie przedstawionego przez wykonawcę określonego stanu rzeczy.

Wątpliwości zaistniały jedynie po stronie Odwołującego, który niejako wymusił na Zamawiającym zwrócenie się po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed zawarciem umowy, o wyjaśnienie i potwierdzenie treści referencji przez jego wystawcę – Econ Trader sp. z o.o.

Według zapatrywania Izby – ustalenia dokonane przez Zamawiającego usuwały wszelkie wątpliwości co do spełniania przez Przystępującego warunków podmiotowych z SWZ.

Wymaga również zauważenia, że Odwołujący nie zakwestionował stanowiska i dowodów Zamawiającego zawartych na stronie 10 i 11 odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 października 2021 r., co powoduje, że zarzut odwołania w tym zakresie należało uznać za nie potwierdzony.

Ostatecznie Izba uznała, że żądanie Odwołującego przedstawienia przez Przystępującego kilku tysięcy wydruków Kart Przekazania Odpadów z systemu BDO za nadmierne i nie wynikające z treści SWZ.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

.....

.....