

Sygn. akt: KIO 933/21

WYROK

z dnia 27 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2021 r. przez wykonawcę **Tom-Marg ZPCH sp. z o.o. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Świętokrzyskie Centrum Psychiatrii w Morawicy Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Morawicy**

przy udziale wykonawcy **A. C., prowadzącego w Katowicach działalność gospodarczą pod nazwą A. C., Pralmag-Serwis Przedsiębiorstwo Wielobranżowe**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. **kosztami postępowania obciąża Świętokrzyskie Centrum Psychiatrii w Morawicy Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Morawicy i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Tom-Marg ZPCH sp. z o.o. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Świętokrzyskiego Centrum Psychiatrii w Morawicy Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Morawicy na rzecz wykonawcy Tom-Marg ZPCH sp. z o.o. w Krakowie kwotę 11.489 zł 30 gr (słownie: jedenastu tysięcy czterystu osiemdziesięciu dziewięciu złotych trzydziestu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z**

tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i stawiennictwa na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Świętokrzyskie Centrum Psychiatrii w Morawicy Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Morawicy, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług pralniczych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 grudnia 2020 r., poz. 773606-N-2020.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu wykonawca Tom-Marg ZPCH sp. z o.o. w Krakowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 23 marca 2021 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez dokonanie wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu wbrew treści tego przepisu oraz bez żadnej podstawy faktycznej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia skarżonej czynności.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że jako podstawę prawną wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Środkami dowodowymi, którymi zamawiający wykazał przesłanki cytowanego przepisu, są:

- doniesienie firmy Pralmag Serwis A. C. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe,
- kolejna rezygnacji Pralni Wod-Chem M. spółka jawna z udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego doniesienie kogokolwiek, tym bardziej uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest grą konkurencyjną, mającą zazwyczaj swój finał w następnych postępowaniach sądowych o zniestawienie, fałszywe doniesienie o niezastniałym przestępstwie bądź naruszenie przepisów o nieuczciwej konkurencji. Pismo takie jest dowodem na to, iż złożono doniesienie. Nic ponadto. Zdaniem odwołującego nie jest dowodem potwierdzającym dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego rezygnacja kogokolwiek z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma z nim nic wspólnego. To zawsze była i jest samodzielna decyzja podmiotu biorącego udział w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie może posługiwać się w tej materii przypuszczeniami, podejrzeniami albo niedowierzaniem. Stosując tę podstawę do wykluczenia podmiotu z postępowania musi mieć pewność wspartą dowodami. Zamawiający nie przeprowadził żadnego postępowania wyjaśniającego. W każdym razie odwołujący nic o tym nie wie, a wiedzieć powinien. Zdaniem odwołującego ciężar dowodu leży po stronie

zamawiającego. Odwołujący wskazał, że nie przedstawiono mu żadnych innych faktów poza wymienionymi w cytowanym piśmie zamawiającego. Odwołujący przypuszczał, że takowe nie istnieją, bowiem zamawiający musiałby je przedstawić w uzasadnieniu czynności wykluczenia z postępowania, czego nie uczynił.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A. C., prowadzący w Katowicach działalność gospodarczą pod nazwą A. C., Pralmag-Serwis Przedsiębiorstwo Wielobranżowe. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 16 stycznia 2021 r. skierowane do wykonawcy Pralnia Wod-Chem M. sp. j. w Częstochowie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, ofertę wykonawcy Pralnia Wod-Chem M. sp. j. w Częstochowie, zawiadomienie o wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawcy Pralnia Wod-Chem M. sp. j. w Częstochowie z 1 lutego 2021 r., pismo wykonawcy Pralmag Serwis A. C. o odrzucenie oferty odwołującego wraz z załącznikami, zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu z 19 marca 2021 r., załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje*

się przepisy dotychczasowe. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

Art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 23 marca 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pralniczych.

Ustalono, że w pkt V ppkt 3 SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawcy, którzy złożyli oferty zobowiązani będą do złożenia w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia przez zamawiającego na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożyli:

- 1) wykonawca Pralnia Wod-Chem M. sp. j. w Częstochowie z ceną brutto 424.350,00 zł,
- 2) odwołujący, tj. Tom-Marg ZPCh sp. z o.o. w Krakowie z ceną brutto 452.025,00 zł,
- 3) Przystępujący tj. Pralmag Serwis A. C. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, Katowice z ceną brutto 477.855,00 zł.

Ustalono także, że zamawiający zamieścił na swej stronie druk oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art.

24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp oraz przypomniał wykonawcom, że oświadczenie to należy przekazać zamawiającemu zgodnie z art. 24 ust. 11, tj. w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia przez zamawiającego na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert. Informację tę zamieszczono 20.01.2021 r. na stronie internetowej.

Ustalono, że w ww. terminie wykonawca Pralnia Wod-Chem M. sp. j. w Częstochowie nie złożył ww. oświadczenia.

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2021 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Pralnia Wod-Chem M. sp. j. w Częstochowie do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, tj. do tej samej grupy kapitałowej co inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Ustalono, że w ww. terminie wykonawca Pralnia Wod-Chem M. sp. j. w Częstochowie nie złożył ww. oświadczenia.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 1 lutego 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawcę Pralnia Wod-Chem M. sp. j. w Częstochowie. W uzasadnieniu wykluczenia zamawiający wskazał, że powodem wykluczenia jest niezłożenie w wyznaczonym terminie oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, tj. do tej samej grupy kapitałowej co inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Ustalono ponadto, że do zamawiającego wpłynęło pismo przystępującego z dnia 1 lutego 2021 r. W piśmie tym przystępujący wniósł o odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przystępujący argumentował, że *w 2020 r. odbyło się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi prania przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Kłobucku. W przedmiotowym przetargu oferty złożyły trzy firmy, tj. moja firma oraz WROTOM sp. z o.o. z Krakowa i Pralnia „WOD-CHEM” M. sp. j. z Częstochowy. Wrotom sp. z o.o. złożyła najkorzystniejszą ofertę, a drugą ofertą była oferta Pralni WOD-CHEM” M. sp. j. z Częstochowy. Firma WROTOM sp. z o.o. wycofała swoją ofertę, tak więc Zamawiający wybrał ofertę Pralnia „WOD-CHEM” M. sp. j. z Częstochowy do realizacji zadania.*

Przystępujący argumentował także, że *w 2020 r. odbyło się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej, przeprowadzonego przez Specjalistyczny Szpital im. Ks. Biskupa Józefa Nathana w Branicach. W postępowaniu tym zostały złożone 3 oferty, tj. mojej firmy oraz WROTOM sp. z o.o. z Krakowa i Pralnia „WOD-CHEM” M. sp. j. z Częstochowy. Firma Wrotom sp. z o.o. złożyła najkorzystniejszą ofertę, jednakże oferta ta została wycofana i zamawiający wybrał ofertę Pralni „WOD-CHEM” M. sp. j.*

Jak wynika z KRSu firmy Wrotom sp. z o.o. wspólnikiem tej spółki jest firma TOM-MARG ZPCH sp. z o.o., będąca jedynym wspólnikiem. W związku z tym spółka Wrotom sp. z o.o. oraz TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. są ze sobą powiązane, gdyż Wrotom sp. z o.o. jest spółką-córką TOM-MARG ZPCH sp. z o.o.

Mając powyższe na uwadze, zachodzi podejrzenie zmowy przetargowej w niniejszym przetargu, gdyż można przyjąć, iż w zamian za to, iż firma rotom sp. z o.o. wycofała się z przetargu organizowanego przez ZOZ w Kłobucku, czego beneficjentem stała się Pralnia WOD-CHEM M. sp. j. , to w zamian Pralnia WOD-CHEM M. sp. j. wykluczyła się z organizowanego przez Państwa postępowania. Podobny przypadek dotyczy również relacji między postępowaniem przetargowym w Branicach, a postępowaniem w Państwa jednostce.

Przystępujący załączył do swego pisma:

- a) zestawienie porównania i oceny ofert z 18 maja 2020 r. sporządzone przez dyrektora ZOZ w Kłobucku,
- b) protokół z otwarcia ofert z dnia 3 lutego 2020 r. przez Specjalistyczny Szpital im. Ks. Biskupa Józefa Nathana w Branicach oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 19 marca 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, że *przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp odnosi się do porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. zarówno takich które zostały zawarte w postępowaniu, w którym jest składana jak również tych, które zostały zawarte w innym postępowaniu (prowadzonym przez tego samego lub innego zamawiającego). Pismem z dnia 01.02.2021 r. firma Pralmag Serwis A. C. zawiadomiła nas o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję poprzez naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez firmy Pralnia WOD-CHEM M. spółka jawna Częstochowa i TOM-MARG ZPCH sp. z o.o., Kraków przekazując jednocześnie treść pisma do wiadomości prokuraturze, prezesowi UZP i UOKiK. Zamawiający poprzez art. 7 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zobligowany jest do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.*

W związku z zaistniałą sytuacją oraz rezygnacją kolejny raz Pralni WOD-CHEM M. spółka jawna, Częstochowa, który składa najkorzystniejszą ofertę z udziału w postępowaniu na rzecz Państwa firmy Zamawiający złożył do UOKiK zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu, zamawiający uzasadniając czynność wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp wskazał wyłącznie na:

- wpłynięcie do niego doniesienia firmy Pralmag Serwis A. C. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe,
- kolejną rezygnację wykonawcy Pralnia Wod-Chem M. spółka jawna z udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do przesłanki kolejnej rezygnacji Pralni Wod-Chem sp. j. z udziału w postępowaniu. W tym zakresie Izba stwierdziła, że zamawiający w uzasadnieniu skarżonej czynności wykluczenia odwołującego nie wykazał ani nawet nie twierdził, aby działania Pralni Wod-Chem sp. j. podejmowane były w jakimś porozumieniu z odwołującym.

Jeśli chodzi o sytuację w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdzono, że istotnie wykonawca Pralnia Wod-Chem M. spółka jawna nie złożyła oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, które było wymagane przez zamawiającego w pkt V ppkt 3 SIWZ. Biorąc pod uwagę oświadczenia odwołującego i przystępującego, którzy złożyli oferty w postępowaniu, że nie pozostają z ww. wykonawcą w tej samej kapitałowej, brak było obiektywnych podstaw aby wykonawca Pralnia Wod-Chem M. spółka jawna nie mógł złożyć takiego oświadczenia.

Skutkiem zaniechania złożenia przez Pralnię Wod-Chem M. spółka jawna wymaganego oświadczenia przez było wykluczenie przez zamawiającego ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W efekcie zamawiający zmuszony był do wybrania jako najkorzystniejszej kolejnej oferty z rankingu, tj. oferty odwołującego. Na uwagę zasługiwał jednak fakt, że konkretne powody niezłożenia oświadczenia ani ich ewentualny związek z odwołującym nie zostały przez zamawiającego wykazane ani nawet opisane w uzasadnieniu wykluczenia.

W dalszej kolejności należało odnieść się do przebiegu poprzedniego postępowania na usługi pralnicze prowadzonego przez zamawiającego w ub.r. tj. EZP-252-7/2020. Nie było sporne między stronami, że w omawianym postępowaniu oferta Pralni Wod-Chem sp. j. została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z powodu niezłożenia wyjaśnień

co do ceny ofertowej. Ponieważ kolejną ofertę w tamtym postępowaniu złożył odwołujący, to w efekcie ten wykonawca uzyskał przedmiotowe zamówienie publiczne.

Odwołujący złożył dodatkowo przy piśmie z 21 maja 2021 r. dowód w postaci emaila z 18 marca 2020 r. skierowanego przez Pralnię Wod-Chem M. spółka jawna do zamawiającego w omawianym postępowaniu EZP-252-7/2020. W korespondencji tej Pralnia Wod-Chem M. spółka jawna oświadczyła: *„proszę o odrzucenie naszej oferty, ponieważ dynamicznie zmieniająca się sytuacja związana z zagrożeniem epidemiologicznym powoduje, że na ten moment mamy ograniczone możliwości produkcji, które nie były do przewidzenia jeszcze kilka dni temu. Przepraszamy za kłopot i nie chcemy niepotrzebnie przedłużać postępowania tym bardziej, że sytuacja jest trudna, a Państwo muszą mieć jak najszybciej zagwarantowaną ciągłość usług.”*

Izba stwierdziła, że podawane przez Pralnię Wod-Chem M. spółka jawna powody wycofania się z ofertowania w omawianym postępowaniu EZP-252-7/2020 mogły polegać na prawdzie. Wzięto pod uwagę, że przytaczany mail datowano na 18 marca 2020 r., a więc tydzień po ogłoszeniu przez WHO pandemii Covid-19 i wprowadzonego parę dni później przez Rząd RP lock-downu. Biorąc pod uwagę ówczesną dynamiczną, niepewną sytuację, w szczególności związaną z dostępnością pracowników w tak newralgicznej branży, jaką były wtedy usługi pralnicze dla szpitali, podawane przez wykonawcę powody rezygnacji z udziału w postępowaniu mogły być rzeczywiste.

Reasumując należało przyjąć, że sytuacja, w której Pralnia Wod-Chem M. spółka jawna z nieuzasadnionych przyczyn rezygnuje z postępowania prowadzonego przez zamawiającego miała miejsce po raz pierwszy, w obecnie prowadzonym postępowaniu. Był to zatem jednostkowy, a nie kolejny przypadek. Jednocześnie zamawiający nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił w uzasadnieniu czynności wykluczenia, że ta rezygnacja miała źródło w antykonkurencyjnym porozumieniu zawartym przez ww. wykonawcę z odwołującym. Zdaniem Izby sama okoliczność, że w tym postępowaniu beneficjentem wycofania się z przetargu Pralni Wod-Chem M. spółka jawna był odwołujący, samo przez się nie musiało jeszcze oznaczać, że wykonawcy ci zawarli niedozwolone porozumienie. Gdyby przyjąć przeciwne założenie, to prawie w każdym przetargu, w którym tańsza oferta jest odrzucana z powodu rezygnacji wykonawcy należałoby uznać, że kolejny oferent pozostaje z nim w zмовie.

Podkreślenia wymagało, że poza faktem iż odwołujący złożył kolejną w rankingu ofertę zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia nie powołał się na żadne inne, dodatkowe fakty czy nawet poszlaki, świadczące o zмовie. Jak bowiem wskazano wcześniej, sytuację z

poprzedniego postępowania należało uznać – w braku dowodu przeciwnego – za usprawiedliwioną.

Drugim powodem wykluczenia odwołującego podanym przez zamawiającego w uzasadnieniu skarżonej czynności było to, że *pismem z dnia 01.02.2021 r. firma Pralmag Serwis A. C. zawiadomiła nas o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję poprzez naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez firmy Pralnia WOD-CHEM M. spółka jawna Częstochowa i TOM-MARG ZPCH sp. z o.o.*

Jak wynikało z przytoczonego fragmentu uzasadnienia czynności wykluczenia, Zamawiający ograniczył się jedynie to poinformowania odwołującego, że wpłynęło jakieś pismo przystępującego informujące o podejrzeniu antykonkurencyjnego porozumienia. Podkreślenia wymagało, że zamawiający ani jedynym słowem nie wskazał, czy jakiegokolwiek twierdzenia zawarte w tym piśmie uznaje za własne. Zamawiający ani jedynym słowem nie wskazał także, że twierdzenia z tego pisma czyni podstawą własnych ustaleń w kontekście przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby tak sporządzone uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia odwołującego, w okolicznościach danej sprawy, okazało się niewystarczające.

Odwołujący słusznie podniósł w odwołaniu, że żadne inne fakty poza wymienionymi w piśmie zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania nie zostały mu zakomunikowane. Odwołujący słusznie wskazał także, że zamawiający przed wykluczeniem go z postępowania nie przeprowadził żadnego postępowania wyjaśniającego. Jak wskazano wcześniej, Zamawiający nawet nie oświadczył, czy uznaje za zasadne – i w jakim zakresie - twierdzenia zawarte w piśmie przystępującego z 1 lutego 2021 r.

Przypomnienia wymaga, że przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,*

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Na uwagę zasługiwał fakt, że dopiero w odpowiedzi na odwołanie zamawiający ujawnił, że praktyki antykonkurencyjne zarzucane odwołującemu mają dodatkowo polegać na:

- a) wycofywaniu ofert także przez firmę Wrotom sp. z o.o., czego beneficjentem miał być Pralnia Wod-Chem M. sp. j.,
- b) odwołujący jest współnikiem firmy Wrotom sp. z o.o.,
- c) odwołujący i Pralnia Wod-Chem M. sp. j. w kilku wskazanych postępowaniach zawiązywały konsorcjum, wspólnie ubiegając się o udzielenie zamówień,
- d) odrzucenie oferty odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. NMP w Częstochowie na świadczenie kompleksowej usługi prania, wraz z dzierżawą i praniem bielizny pościelowej i operacyjnej.

Przedstawione wyżej stanowisko zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie należało uznać za bezskuteczną próbę rozszerzenia w toku postępowania odwoławczego podstaw faktycznych wykluczenia ponad przyczyny wskazane w uzasadnieniu skarżonej czynności wykluczenia.

Izba zobowiązana była pominąć przy wyrokowaniu dodatkowe powody wykluczenia odwołującego z postępowania, które nie zostały mu zakomunikowane stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Co do niedopuszczalności omawianej praktyki Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż *„(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej*

decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Na doniosłość instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority. W orzeczeniu tym wskazano, że *fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.*

Dostrzeżenia wymagało, że w reakcji na odpowiedź na odwołanie i kolejne pismo procesowe zamawiającego z 6 maja 2021 r., to jest z momentem ujawnienia dodatkowych motywów wykluczenia, odwołujący w piśmie procesowym z dnia 21 maja 2021 r. i na rozprawie wdał się w spór co do tych dodatkowych powodów wykluczenia. Jednakże takiego zarzutu próżno było szukać w treści odwołania. Za zarzut uznaje się wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych, które świadczą o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przy czym wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu ustawy Pzp, to nowy zarzut. Przypomnienia wymaga, że stosownie do art. 555 ustawy NPzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* W konsekwencji Izba nie mogła rozpoznać nowego zarzutu sformułowanego dopiero w trakcie rozprawy. W tym zakresie podzielono stanowisko przedstawione w piśmiennictwie: *Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów postawionych w odwołaniu. Nie może orzekać ponad te zarzuty. Wszystkie zarzuty powinny być skonkretyzowane w odwołaniu. Nie jest dopuszczalne rozszerzanie zarzutów odwołania podczas rozprawy, a Izba w takim przypadku nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Na zarzut składają się podstawa prawna jak i okoliczności faktyczne, uzasadniające naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Marzena Jaworska, Dorota GrześkowiakStojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2021, Wydanie 1, za pośrednictwem Legalis).*

Przyjęcie poglądu przeciwnego i orzeczenie o zasadności wskazanych dopiero w trakcie rozprawy rzeczywistych powodach wykluczenia nastąpiłoby też z naruszeniem prawa wykonawcy do wniesienia odwołania w terminie wynikającym z ustawy Pzp, ograniczając ten termin zaledwie do czasu pomiędzy otrzymaniem odpowiedzi na odwołanie, a wyrokowaniem.

Stosownie do art. 553 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp wykluczył bowiem odwołującego z postępowania, a jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji stwierdzonych naruszeń Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba odwołanie okazało się zasadne w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, oraz koszty stawiennictwa na posiedzenie Izby w wysokości 389,30 zł ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 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: