

Sygn. akt: KIO 279/22

WYROK

z dnia 15 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolanci: Klaudia Kwadrans

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 24 lutego 2022r. i 9 marca 2022r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2022r. r. **przez odwołującą** M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającą** Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale:

- A. wykonawcy Dominex Sp. z o.o. ul. Metalowców 3C, 41-600 Świętochłowice zgłaszającego przystąpienie **po stronie zamawiającego**
- B. wykonawcy Pol Invest Group Sp. z o.o. ul. Radocha 4A, 41-200 Sosnowiec zgłaszającego przystąpienie **po stronie zamawiającego**
- C. wykonawcy D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ULMAN D.M. ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów zgłaszającego przystąpienie **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującą M. C. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującą M. C. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od odwołującej M. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny na rzecz przystępującego D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ULMAN D.M. ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów kwotę 3.600,00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego
 - 2.3. zasądza od odwołującej M. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny na rzecz przystępującego Dominex Sp. z o.o. ul. Metalowców 3C, 41-600 Świętochłowice kwotę 3.600,00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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

Przedmiot zamówienia: Rozbiórka 4 obiektów budowlanych szybu „Witczak”: 1 Rurociąg podsadzkowy, 2. Zbiorniki wód oczyszczalni — 2 szt., 3. Rurociąg podsadzkowy w części powierzchniowej nr 2 dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A, w Bytomiu, Oddział KWK „Centrum”.

Numer ogłoszenia: 2021 Nr pozycji: 2021/BZP 00184070/01

8uj Pzp Odwołujący podnosi niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego, polegających na:

1. Dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Pol Invest Group Sp. z o. o, ul. Radocha 4a, 41-200 Sosnowiec (dalej: „Pol Invest Group”), jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu;
2. Zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania;
3. Zaniechaniu zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do wykonawcy Pol Invest Group.

Zwięzłe przedstawienie zarzutów:

Wskutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1. art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Pol Invest Group jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca podlega wykluczeniu z tego postępowania;
2. art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group w sytuacji gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że:
 - 1) w postępowaniu nr ZP-C-0033/20 (Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1 Budynek rachuby 2 Pomost za szybem Staszic część II) wykonawca Pol Invest Group zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu;
 - 2) w postępowaniu nr ZP.KCL-OO 18/20 (Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w

Całkowitej Likwidacji) zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu;

3. art. 109 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 111 pkt 4) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy Pol Invest Group podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ w innym postępowaniu: 1) nr ZP-C-0033/20 (Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1] Budynek rachuby 2] Pomost za szybem Staszic część II) Pol Invest Group zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu; 2) nr ZP-KCL-OOI 8/20 (Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji) zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu;

4. art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp i art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do wykonawcy Pol Invest Group, w sytuacji gdy cena oferty ww. wykonawcy (397 000,00 zł brutto) jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (746 478,32 zł brutto), zaś powyższa rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, lecz powinna zostać wyjaśniona, w szczególności, że w dniu 14 października 2021 r. Zamawiający zwrócił się z wezwaniami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do innych wykonawców oferujących wyższe ceny: PHU Complex L. W.(493 476,00 zł brutto), DEVELOPER I RECYKLING sp. z o. o. (483 547,47 zł brutto), PHU Foxmet M. C. (451 287,00 zł brutto) oraz do wykonawcy Firma ZK K. Ż., G. Ż. s.c. (246 000,00 zł brutto);

5. art. 224 ust. 2 pkt 2) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do wykonawcy Pol Invest Group, w sytuacji gdy cena oferty ww. wykonawcy (397 000,00 zł brutto) jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny

podatek od towarów i usług (746 478,32 zł brutto) oraz w sytuacji gdy pomiędzy otwarciem ofert (08.10.2021 r.) a wyborem oferty najkorzystniejszej nastąpiła istotna zmiana cen rynkowych.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Wobec wskazanych czynności (zaniechań) Zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przytoczonymi przepisami ustawy, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group;
3. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

ewentualnie:

4. zwrócenia się do wykonawcy Pol Invest Group z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego wynika z faktu, iż złożono ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z czym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Pol Invest Group. Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności Zamawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego. W wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy Odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz Zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu.

Termin do wniesienia odwołania Zawiadomienie o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną w dniu 27 stycznia 2022 r., toteż 5 dniowy termin zawity do wniesienia odwołania wskazany w art.515 ust.2 pkt 2 lit. a został

dotrzymany. Zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp, Odwołujący przekazał zamawiającemu odwołanie w formie elektronicznej przed upływem terminu wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Z regulacji art. 514 ust. 3 PZP wynika domniemanie, że Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 7 pkt 23) Pzp, przez środki komunikacji elektronicznej należy rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2019 r. poz. 123 i 730),

UZASADNIENIE odwołania

I. Wprowadzenie. Postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem Rozbiórka 4 obiektów budowlanych szybu „Witczak”: 1. Rurociąg podsadzkowy, 2. Zbiorniki wód oczyszczalni -- 2 szt., 3. Rurociąg podsadzkowy w części powierzchniowej nr 2 dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział KWIC „Centrum” numer sprawy: zp-c-0022/21. Na sfinansowanie zamówienia Zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę 746 479,00 zł brutto.

Z kolei wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT wynosi: 746 478,32 zł brutto. W dniu 27 stycznia 2022 r. Zamawiający przedstawił zawiadomienie, z którego wynika, że dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Pol Invest Group za wynagrodzeniem nie wyższym niż: 397 000,00 zł brutto.

II. Zaniechanie wykluczenia z postępowania Pol Invest Group z powodu zmowy przetargowej w postępowaniu ZP-C-0033/20.

W pierwszej kolejności Odwołujący przedstawia uzasadnienie najdalej idącego zarzutu, a mianowicie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group, w sytuacji gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-C-0033/20 (Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWIC Centrum, w tym: 1) Budynek rachuby 2] Pomost za szybem Staszic część II) wykonawca Pol Invest Group zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. Wykonawca Pol Invest Group wprowadził Zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanki określonej w przepisie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp.

W wyniku zaniechania Zamawiającego w postępowaniu doszło zatem do naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP oraz art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4) Pzp. Wbrew oświadczeniu wykonawcy Pol Invest Group Zamawiający mógł bowiem stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu numer ZP C-0033/20 (prowadzone przez tego samego Zamawiającego) doszło do porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami (tj. do zmywy przetargowej) Wykazanie zaistnienia zmywy przetargowej z udziałem Pol Invest Group Sp. z o. o. oraz Dominex Sp z o. o, w toku postępowania numer ZP C-0033/20 wymaga sięgnięcia nie tylko do dokumentacji tego postępowania o udzielenie zamówienia, ale w przede wszystkim do dokumentacji związanej z realizacją zamówienia (w tym umowa, lista personelu wykonawcy, lista koparek i innych maszyn wykonawcy upoważnionych do wjazdu na teren kopalni, umowy z podwykonawcami, protokoły odbioru, karty przekazania odpadów). Pełnomocnik Odwołującego podnosi, że przejawy zmywy przetargowej Zamawiający mógł wykazać sięgając do dostępnej Zamawiającemu dokumentacji, takiej jak 1) umowa z dnia 9 lutego 2021 r. e-RU: 092100015 zawarta z Dominex Sp. z o. o. na realizację zamówienia pod nazwą Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1) Budynek rachuby 2) Pomost za szybem Staszic część II wraz z załącznikami, 2) umowy o podwykonawstwo lub o świadczenie usług zawartych pomiędzy Dominex Sp. z o. o. a Pol Invest Group Sp. z o. o. lub innymi podmiotami w ramach realizacji ww. zamówienia, 3) protokół odbioru robót wykonanych w ramach umów z dnia 9 lutego 2021 r. e-RU: 092100015 zawartej z Dominex Sp. z o. o. na realizację zamówienia pod nazwą Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1) Budynek rachuby 2) Pomost za szybem Staszic część II; 4) karty przekazania odpadów wytworzonych przez wykonawcę ww. zamówienia; 5) wykaz pojazdów, maszyn i sprzętu wykonawcy upoważnionych do wjazdu na teren kopalni w ramach realizacji umowy zawartej z Dominex SP. z o. o. na realizację ww. zamówienia, 6) ewidencja wjazdu i wyjazdu pojazdów, maszyn i sprzętu wykonawcy na teren kopalni w ramach realizacji umowy zawartej z Dominex Sp. z o. o. na realizację ww. zamówienia, 7) wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia przez wykonawcę w ramach realizacji umowy zawartej z Dominex Sp. z o, o, na realizację ww. zamówienia, 8) dokumentacja fotograficzna oraz filmowa wykonana przez Zamawiającego lub na jego zlecenie w trakcie realizacji przez Dominex Sp. z o. o. zamówienia udzielonego w postępowaniu nr ZP C-0033/20.

Wobec tego, że ww. dokumenty pozostają w dyspozycji Zamawiającego, na zasadzie art. 536 Pzp, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego przez Izbę do ich przedstawienia celem ujawnienia w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

II. 1. Zarys porozumienia zakłócającego konkurencję postępowaniu nr ZP-C-003320 na etapie powtórzonej aukcji elektronicznej.

W postępowaniu nr ZP—C—0033/20 doszło do sytuacji, w której w ramach powtórzonej aukcji elektronicznej wykonawcy zawarli niedozwolone porozumienie zakłócające konkurencję w postępowaniu.

Następnie, uczestnicy rzeczonoego porozumienia wspólnie wykonywali zamówienie (dzieląc się większym zyskiem aniżeli mogli wygenerować konkurując w ww. postępowaniu).

W wyżej wymienionym postępowaniu, zwanym dalej w skrócie; ZP—C—0033/20 na sfinansowanie realizacji robót Zamawiający przeznaczył kwotę 337 515,00 zł brutto

Dowód: - Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu nr ZP-C-0033/20

Następnie, w ramach aukcji elektronicznej nr AUK-P/2020/0617 przeprowadzonej w dniu 16 września 2020 r, ukształtował się następujący ranking ofert; 1) z.u.p.h.,„MAX-BUDI ”T. W. 148 999,99 zł brutto 2) Dominex Sp. z o, o. — 149 000,00 zł brutto 3) F.H. „ITOS” Wyburzenie Obiektów Przemysłowych --- 200 000,00 zł brutto 4) P.H.U. Foxmet M. C. 209 499,99 zł brutto 5) Pol Invest Group Sp. z o. o. 220 zł brutto 6) P.H.U. "COMPLEX" L. W. - 237 000,00 zł 7) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp.k. —240 000,00 zł brutto 8) Tree Capital SP. z o. o. 245 000,00 zł 9) Developer i Recykling SP. z o. o. 270 000,00 zł brutto 10) ULMAN D.M. —288 550,00 zł brutto 11) Firma SZIC” s.c. J. Ż., K. Ż.i, G. Ż.— 450 000,00 zł brutto 12) P.U.I. „ARGO” mgr inż. A. S. — 540 000,00 zł brutto 13) Energokon- Plus Sp. z o. o, — 658 957,75 zł brutto Dowód; - Informacja o wynikach aukcji ZPC-0033/20 (z dnia 17.09,2020 re). W dniu 21 października 2020 r. Zamawiający zawiadomił o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez „MAX-BUD 1” T. W. zawierającej cenę 148 999,99 zł brutto, Dowód; - Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (z dnia 21.10.2020 r,).

Czynności Zamawiającego związane z wyborem najkorzystniejszej w zakresie Części III zamówienia zostały zaskarżone odwołaniem do Prezesa KIO wniesionym w dniu 26 października 2020 r. przez Odwołującego. Dowód: - Odwołanie Foxmet M. C. z dnia 26.10.2020 r.

Odwołanie w przedmiotowej sprawie zostało rozstrzygnięte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 202() r., sygnatura akt; KIO 2788/20, Uwzględniając odwołanie, Izba nakazała wówczas Zamawiającemu w Części III zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności aukcji elektronicznej, unieważnienie zaproszenia do aukcji, powtórzenie badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy: Z.U.P.H. „MAX-BUD1 ” T. W..

Dowód: - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.11.2020 r., sygn. akt KIO 2788/20.

Następstwem czynności Zamawiającego podjętych na skutek wyroku KIO 2788/20 było przede wszystkim powtórzenie aukcji elektronicznej. Powtórna aukcja (oznaczona numerem AUK/5/NZZR/2020/0009), która odbyła się w dniu 7 stycznia 2021 r., pozwoliła Zamawiającemu na określenie nowego rankingu ofert: 1) Dominex Sp. z o. o. — 362 999,00 zł brutto, gdzie poprzednio było: 149 000,00 zł brutto, 2) POL INVEST GROUP sp. z o.o. 363 000,00 zł brutto, gdzie poprzednio było: 220 000,00 zł brutto, 3) ULMAN D. M. — 375 000,00 zł brutto, gdzie poprzednio było: 288 500,00 zł brutto, 4) P.H.U. "Complex" L. W. — 380 000,00 zł brutto, gdzie poprzednio było: 237 000,00 zł brutto, 5) Energokon- Plus Sp. z o.o. — 595 000,00 zł brutto, gdzie poprzednio było: 658 957,75 zł brutto.

Dowód: - Informacja o wynikach aukcji AUK/5/NZZR /2020/0009 (z dnia 07.01.2021 r.).

W dniu 3 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Dominex Sp. z o. o. zawierającej cenę 362 999,00 zł brutto,

Dowód: - Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (z dnia 03.02.2021 r.),

Należy przypomnieć, że na sfinansowanie tej części zamówienia przeznaczono kwotę 337 515,00 zł brutto, tj. 25 484,00 zł brutto mniej niż wyniosła oferta Dominex, Analiza porównawcza wyników obu aukcji elektronicznych nie pozostawia złudzeń.

Brak jest jakichkolwiek racjonalnych argumentów uzasadniających przeszło dwukrotne zwiększenie ceny przez Dominex w porównaniu do aukcji z dnia 16/17 września 2020 r. Sytuacja, z jaką mieliśmy do czynienia w tym postępowaniu jest natomiast łatwa do wyjaśnienia na gruncie czynów nieuczciwej konkurencji (o czym dalej).

Na podstawie historii aukcji elektronicznej dostrzec można, że wykonawcy, którzy weszli w porozumienie faktycznie wyłączyli konkurencję między sobą.

Świadczy o tym zachowanie tych wykonawców na końcowym etapie aukcji: Dominex o godz. 17;40;01 składa ofertę 362 999,00 zł POL INVEST GROUP o godz. 17;38;35 składa ofertę 363 000,00 zł brutto

Na podstawie wyników pierwszej aukcji można wnioskować, że Dominex Sp. z o. o. był w stanie wykonać zamówienie za 149 000,00 zł brutto.

Tymczasem, w aukcji powtórzonej niecałe 4 miesiące później oferując cenę 362 999,00 zł brutto Dominex wygrywa aukcję nie trafiając na niższe kontroferty.

Żadne przesłanki natury ekonomicznej nie wyjaśniają dlaczego firmy zatrzymały się na tym poziomie cenowym.

Dowód: pełna historia aukcji nr AUW5/NZZW2020/0009 (z dnia 07.01.2021 r).

W opisanych wyżej okolicznościach nie mogło zatem dojść do przypadku. Wykonawcy będący w zmowie celowo ustalili ceny swoich ofert na zbliżonym poziomie (od 362 999,00 zł do 375 000,00 zł), aby mieć pewność, że zamówienie zostanie udzielone jednemu z nich. Mało tego, po zawarciu umowy na realizację zamówienia numer ZP-C—0033/20, wykonawca Dominex zdecydował się na powierzenie całości lub części robót wykonawcy Pol Invest Group. Świadczy o tym obecność na terenie rozbiórki maszyn (w tym koparek oznakowanych logo POL INVEST GROUP) należących do Pol Invest Group oraz ładowarki teleskopowej MERLO. III. 2, Przejawy porozumienia zakłócającego konkurencję w postępowaniu nr ZP-C-0033/20 ujawnione na etapie realizacji umowy z dnia 9 lutego 2021 r. nr e-RU 092100015.

Analiza dokumentacji powstałej na etapie realizacji zamówienia świadczy o tym, że wykonawca Dominex nie był zainteresowany samodzielnym wykonaniem zamówienia, dlatego jego realizację powierzył wykonawcy Pol Invest Group.

Wysoka ceną oferty Dominex wybranej na skutek zmowy Przetargowej pozwoliła uczestnikom tego porozumienia na osiągnięcie znacznie wyższych przychodów niż byłoby to możliwe na warunkach, jakie ww. wykonawcy zaoferowali podczas pierwszej aukcji elektronicznej.

Na podstawie dokumentów w postaci kart przekazania odpadów oraz kwitów wagowych można stwierdzić, że podwykonawca Pol Invest Group zrealizował znaczny zakres umowy e-RU 092100015 (jeżeli nie całość jej zakresu), w tym mechaniczne roboty rozbiórkowe przy wykorzystaniu koparek wyburzeniowych, transport odpadów oraz nadzór. Rolę personelu zatrudnionego przez Pol Invest Group wzmacnia fakt, iż osobą, która występuje w imieniu wykonawcy w protokole odbioru robót z dnia 30.04.2021 r. oraz w innych dokumentach jest D. S. (na co dzień występujący jako przedstawiciel Pol Invest Group). Dodatkowo, protokół poświadcza nieprawdę, w zakresie w jakim stwierdzono w nim, że przedmiot zamówienia został zrealizowany bez udziału podwykonawców. Nawet jeżeli formalnie „umowa wynajmu sprzętu wraz z obsługą” została zawarta pomiędzy Dominex a Pol Invest Group na kwotę niższą niż kwota, która w myśl § 9 ust. 12 umowy z dnia 09.02.2021 r. e-RU, 092100015 obliguje wykonawcę do przedłożenia Zamawiającemu kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, to powyższe nie oznacza jeszcze, że zamówienie zrealizowano bez podwykonawców. Z drugiej strony patrząc, skoro sprzęt należący do Pol Invest Group znajdował się w miejscu realizacji zamówienia (istotna przewaga nad konkurencją) to jako

całkowicie nielogiczne należy ocenić zachowanie tego wykonawcy w toku aukcji elektronicznej, gdzie nie zdecydował się na przelicytowanie oferty Dominex zawierającej cenę niższą o zaledwie 1,00 zł. Zamiast tego Pol Invest Group postanowił wejść w porozumienie z Dominex i podzielić się nadwyżką wynikającą z zawartego porozumienia. Reasumując, z przebiegu procesu realizacji zamówienia jasno wynika, że po ustaleniu między sobą warunków cen ofert w powtórzonej aukcji elektronicznej (znacząco wyższych od cen zaoferowanych podczas pierwszej aukcji) wykonawca Dominex powierzył podwykonawcy Pol Invest Group koordynację całości prac związanych z realizacją umowy e-RU: 092100015. Wykonawcy będący w zmowie celowo unikali określenia podjętej współpracy mianem podwykonawstwa, twierdząc że Pol Invest Group świadczy na rzecz Dominex jedynie usługę wynajmu sprzętu wraz z operatorami, której wartość nie przekracza kwoty określonej w § 9 ust. 12 umowy e-RU: 092100015. Jednakże w rzeczywistości Dominex scedował na Pol Invest Group całość lub przeważającą część zakresu zamówienia.

II. 3. Charakterystyka postępowania odwoławczego, którego przedmiotem jest zmowa przetargowa. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1279/18, „zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej”.

Z dokładnie taką sytuacją mieliśmy do czynienia w postępowaniu nr ZP-C-0033/20. Nie istnieje przecież żadne inne, logiczne uzasadnienie, dla którego Pol Invest Group (posiadając unikalną przewagę nad konkurencją — własne koparki na terenie kopalni, gdzie należało zrealizować rozbiórkę) miałby złożyć w postępowaniu ofertę, a następnie nie przejawiać zainteresowania wygraniem aukcji elektronicznej. Biorąc pod uwagę przywołane wyżej okoliczności, bezsprzecznie świadczące o istniejącej zmowie przetargowej pomiędzy Pol Invest Group Sp. z o. o., a Dominex SP. z o. o., w pełni zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego jest wysnucie wniosku, że wykonawcy ci celowo zadziałali w porozumieniu żeby wyłączyć konkurencję w postępowaniu, a następnie pozyskać zamówienie za wyższą cenę (dzieląc się finalnie nadwyżką w ramach podwykonawstwa). Ocena zmowy przetargowej nie musi opierać się na bezpośrednich dowodach, gdyż bez posiadania uprawnień właściwych organom ścigania, częstokroć nie ma możliwości ich uzyskania. W związku z tym, przy ocenie czy w danej sprawie doszło do porozumienia noszącego znamiona zmowy przetargowej wystarczy uprawdopodobnić, że takie porozumienie miało miejsce. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem poszlaki mogą być wystarczające do uznania złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, o ile wystąpią one

„w odpowiednich wadze i ilości” - powstaje wówczas domniemanie faktyczne wstąpienia zmowy stanowiące podstawę do odrzucenia oferty (tak m.in. wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 517 /13, w ślad za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06), „W sprawach z zakresu ochrony konkurencji dopuszcza się stosowanie domniemań faktycznych, z których można wyprowadzić wnioski o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję, Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia może być udowodniony przez Prezesa UOKiK w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku” (tak: Wyrok SA W Warszawie z 24.01.2019 VII AGa 1846/18, LEX nr 2673423), „W ocenie zamówień przetargowych -jako zakazanych z mocy ustawy - obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. Dlatego też wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zmowy przetargowej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18). UOKiK w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zmowy przetargowej takie jak m.in. ten sam charakter pisma w ofertach, jednakowe błędy obliczeniowe, ten sam adres, więzy rodzinne czy wreszcie nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła korzystniejszą ofertę.” (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2020 r., KIO 1865/20). Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, 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. Stosownie do art. 111 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, wykluczenie wykonawcy następuje, w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Z analizy zachowania wykonawcy Dominex Sp. z o. o oraz Pol Invest Group Sp. z o. o. wynika, że w postępowaniu numer ZP C-0033/20 ww. wykonawcy zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (zmowa przetargowa o charakterze horyzontalnym).

III. Zawarcie porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu ZP—KCL—OOI 8/20 (Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami

Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji). Innym przykładem porozumienia zakłócającego konkurencję jest zмова przetargowa pomiędzy ULMAN D.M. a Pol Invest Group w postępowaniu, którego przedmiotem była Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji. W postępowaniu nr ZP—KCL—OOI 8/20 Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ULMAN (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty 22 stycznia 2021 r.). Od tej czynności Zamawiającego wykonawca POL INVEST złożył odwołanie w dniu 27 stycznia 2021 r., Następnie, w dniu 16 lutego 2021 r. (dwa dni przed wyznaczonym terminem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca POL INVEST cofnął wniesione odwołanie, W dniu 17 lutego 2021 r. zostało ogłoszone postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 299/21, w którym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, W dniu 23 lutego 2021 r. doszło do zawarcia umowy numer e-RU 242100078 pomiędzy Zamawiającym a ULMAN D. M.. Okazało się, że do realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcą ULMAN przystąpił wspólnie z POL INVEST. W szczególności, z nagrania wideo oraz dokumentacji fotograficznej dołączonej do niniejszego odwołania jasno wynika, że w realizacji zamówienia brał udział sprzęt budowlany należący do POL INVEST, w tym m.in. duża koparka wyburzeniowa KOBELCO SKI 000, oznakowaną na tylnej części napisem „POL INVEST GROUP”, wyposażona w hydrauliczne nożyce do cięcia stali HSS 22RV, a także samochody ciężarowe i inne maszyny wraz z operatorami i kierowcami. Zdjęcia z rozbiórki dostępne na stronie internetowej Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. (Środa, 7 kwietnia 2021. Koło południa ruszyła rozbiórka fasady zakładu przerobczego dawnej KWK Mysłowice): <https://www.srk.com.pl/media/aktualnosci/Rozbiorka-fasady-budynku-przerobki-dawnej-kop,-Myslowice/idn:138> Zdjęcia oraz nagranie wideo z rozbiórki dostępne na Portalu Interneto»rm Telewizji Mysłowice: <https://itvm.pl/n/wydarzenia/04/08/a-wa-rozbiorka-sortowni-bylej-kopalni-myslowice-tenwidok-robi-wrazenie/> Pełnomocnik Odwołującego podnosi, że przejawy zmony przetargowej Zamawiający mógł wykazać sięgając do dostępnej Zamawiającemu dokumentacji, takiej jak 1) umowa z dnia 23 lutego 2021 r. numer e-RU 242100078 zawarta przez SRK S.A. z D. M. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą ULMAN D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów na realizację zamówienia pod nazwą Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji wraz z załącznikami, 2) wszelkie umowy o podwykonawstwo lub świadczenie usług zawartych pomiędzy ULMAN D. M.k a innymi podmiotami w ramach realizacji ww. zamówienia, 3)

wykaz pojazdów, maszyn i sprzętu wykonawców upoważnionego do wjazdu na teren kopalni w ramach realizacji umowy z dnia 23 lutego 2021 r. numer e-RU 242100078 zawartej z ULMAN D.M. na realizację zamówienia pod nazwą Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji, 4) ewidencja wjazdu i wjazdu pojazdów, maszyn i sprzętu wykonawcy na teren kopalni w ramach realizacji umowy zawartej z ULMAN D. M. na realizację ww. zamówienia, 5) wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia przez wykonawcę w ramach realizacji umowy z dnia 23 lutego 2021 r. numer e-RU 242100078 oraz wykazu osób, które zapoznały się z „Technologią i organizacją robót”, 6) dokumentacja fotograficzna oraz filmowa wykonana przez Zamawiającego lub na zlecenie Zamawiającego w trakcie realizacji przez ULMAN D. M. zamówienia na podstawie umowy numer e-RU 242100078, 7) protokół odbioru robót wykonanych w ramach umowy z dnia 23 lutego 2021 r. numer e-RU 242100078 zawartej z ULMAN D. M. na realizację ww. zamówienia; 8) karty przekazania odpadów "tworzonych przez wykonawcę ww. zamówienia;

Wobec tego, że ww. dokumenty pozostają w dyspozycji Zamawiającego, na zasadzie art. 536 Pzp, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego przez Izbę do ich przedstawienia celem ujawnienia w toku niniejszego postępowania odwoławczego,

IV. Rażąco niska cena w ofercie Pol Invest Group Odwołujący wskazuje, że na sfinansowanie zamówienia Zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę 746 479,00 zł brutto. Z kolei wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT wnosi: 746 478,32 zł brutto, W dniu 27 stycznia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Pol Invest Group za wynagrodzeniem nie wyższym niż 397 000,00 zł brutto.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w postępowaniu zaniechał zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do wykonawcy Pol Invest Group, w sytuacji gdy cena oferty ww. wykonawcy (397 000,00 zł brutto) jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (746 478,32 zł brutto), zaś powyższa rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, lecz powinna zostać wyjaśniona, w szczególności, że w dniu 14 października 2021 r. Zamawiający zwrócił się z wezwaniami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do innych wykonawców oferujących wyższe ceny: PHU Complex L. W.(493 476,00 zł brutto), DEVELOPER 1 RECYKLING sp. z o.o. (483 547,47 zł brutto), PHU Foxmet M. C. (451 287,00 zł brutto) oraz do wykonawcy Firma ZK K.Ż., G. Ż. s.c. (246 000,00 zł brutto).

Dowód: wezwania do wyjaśnienia RNC z dnia 14.10.2021r.

V. Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu, Konsekwencją zarzutów przedstawionych wcześniej będzie uwzględnienie przez Izbę zarzutów polegających na wadliwym dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Bezwzględnie bowiem nie może zostać uznana za najkorzystniejszą oferta złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (Pol Invest Group). Z zarzutami omawianymi wcześniej koresponduje zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało zaniechaniu wezwania Pol Invest Group do wyjaśnienia RNC. Skoro Zamawiający żądał złożenia dowodów z wyjaśnieniami od innych wykonawców (w tym wykonawców oferujących wyższe ceny przed aukcją elektroniczną), to nie powinien zaniechać takiego wezwania również po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej (w szczególności, że wykonawcy często twierdzą, że ich ceny wylicytowane w ramach aukcji są wynikiem lekkomyślnego działania pod wpływem silnych emocji towarzyszących aukcji). Takie preferencyjne traktowanie Pol Invest Group odbyło się bowiem z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego (który swoje wyjaśnienia składał na wezwanie Zamawiającego). Wreszcie, uzasadnienie zarzutu związanego z wystąpieniem zmowy przetargowej w postępowaniu numer ZP-C-0033/20 dodatkowo świadczy o zasadności zarzutu W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego oraz argumentacji prawnej podanej dla uzasadnienia zarzutów odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie całości. W tym stanie rzeczy wnoszę jak w petitum.

Odpowiedź zamawiającego z dnia 11 lutego 2022r.

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej PZP), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo, którego odpis przedkładam w załączeniu, niniejszym składam odpowiedź na odwołanie z dnia 1 lutego 2022 roku wniesione przez M. C. PHU FOXMET z siedzibą w Czerwionce Leszczynach w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą „Rozbiórka 4 obiektów budowlanych „szybu Witczak” 1. Rurociąg posadzkowy, 2. Zbiorniki wód oczyszczalni — 2 sztuki, 3. Rurociąg posadzkowy w części powierzchniowej nr 2 dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział KWK Centrum” — znak Postępowania ZP- C- 0022/21.

Zamawiający uznaje odwołanie w części — w zakresie zarzutu nr 1, 2 i 3 odwołania.

Zamawiający nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania wniesionego przez Wykonawcę w zakresie zarzutu nr 4 i 5 Odwołania; wobec powyższego wnoszę o: oddalenie odwołania w części — dot. zarzutu 4 i 5.

UZASADNIENIE odpowiedzi na odwołanie

Odwołujący w odwołaniu z dnia 1 lutego 2022 r. podniósł niezgodność z ustawą czynności Zamawiającego polegającej na:

- I. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Pol Invest Group sp. z o.o. Sosnowiec, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania,
3. zaniechaniu zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przed wyborem oferty najkorzystniejszej do wykonawcy Pol Invest Group,

W skutek czego miało dojść do naruszenia:

1. art. 239 ust.1 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty Pol Invest Group, jako oferty najkorzystniejszej podczas gdy wykonawca podlega wykluczeniu z tego postępowania,

2.art. 108 ust 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 111 pkt 4) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że:

1) w postępowaniu nr ZP-C-0033/20 (Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1) Budynek Rachuby, 2) Pomost za Szybem Staszic część II wykonawca Pol Invest Group zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu,

2) w postępowaniu nr ZP-KCL-0018/20 (likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK Mysłowice w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji) zawarł z innym porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu,

3. art. 109 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 111 pkt 4) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy Pol Invest Group podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ w innym postępowaniu:

1) nr ZP-C-0033/20 (Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1) Budynek Rachuby, 2) Pomost za Szybem Staszic część II)wykonawca Pol Invest Group zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu,

2)nr ZP-KCL-OOI 8/20 (likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK Mysłowice w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji) zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu;

4. art.224 ust.2) pkt 1 PZP i art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed wyborem oferty najkorzystniejszej do wykonawcy Pol Invest Group, w sytuacji gdy cena oferty ww. wykonawcy jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaś powyższa rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, lecz powinna zostać wyjaśniona, w szczególności, że w dniu 14 października 2021 r. Zamawiający zwrócił się z wezwaniami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do innych wykonawców oferujących wyższe ceny PHU Complex L. W., Developer i Recykling sp. zo. o., PHU FOXMET M. C. oraz do wykonawcy Firma ZK K.Ż., G. Ż. s.c.

5. art.224 ust.2 pkt 2) PZP w zw. z art.224 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do wykonawcy Pol Invest Group, w sytuacji gdy ocena oferty w/w wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz w sytuacji gdy pomiędzy otwarciem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej nastąpiła istotna zmiana cen rynkowych.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. dokonanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group,
3. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie
4. zwrócenia się do wykonawcy Pol Invest Group z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający uwzględnia zarzuty 1,2 i 3 odwołania, natomiast zarzut podniesiony w punkcie 4 i 5 uznaje za bezzasadne i wnosi o ich oddalenie z następujących względów.

W pierwszej pragnę przytoczyć, treść art. 224, który stanowi, że: 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 .

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający, po otwarciu ofert, na podstawie art.224 ust. 1 ustawy PZP zwrócił się do wykonawców w dniu 14.10.2021 r. z wezwaniem w zakresie rażąco niskiej ceny. Już w wyniku analizy złożonych wyjaśnień w tym przedmiocie, Zamawiający doszedł do wniosku, że oszacowana pierwotnie wartość zadania, która wynosiła: 746.478,32 zł jest znacznie zawyżona w stosunku do realnej ceny rynkowej za wykonanie zadania w tym przedmiocie. Wykonawcy wezwani do złożenia wyjaśnień wykazali bowiem, że złożone oferty, pomimo iż zawierały cenę o ponad 30 % niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, nie zawierają rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, że na skutek przeprowadzenia aukcji elektronicznej wskazani Wykonawcy: Pol Invest Group, PHU FOXMET M. C., Developer i Recykling sp. zo.o. złożyli oferty opiewające na cenę bardzo zbliżoną, nieprzekraczającą 400.000,00 złotych. Znamienne, że z 8 oferentów, którzy wzięli udział w aukcji elektronicznej aż 5 wykonawców zadeklarowało cenę nieprzekraczającą kwoty 500.000 złotych, a zatem niższą o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Dowód:

-informacja o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 26.11.2021 r.,

-wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone na skutek wezwań z dnia 14.10.2021 r. (w aktach postępowania)

Stanowisko doktryny wprost wskazuje, iż zamawiający w każdym przypadku, kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe "dają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (czyli wartości tego zamówienia) lub poweźmie wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego — lub wynikające z odrębnych przepisów — wymagania, zobowiązany jest o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Dokonanie przez instytucję zamawiającą oceny, czy występują rażąco niskie oferty, odbywa się dwuetapowo. Najpierw instytucja zamawiająca powinna ocenić, czy złożone oferty „wydają się” rażąco niskie. Użycie czasownika „wydaje się” w rozporządzeniu wykonawczym oznacza, że instytucja zamawiająca dokonuje oceny *prima facie* rażąco niskiego charakteru oferty. Rozporządzenie wykonawcze nie wymaga więc, by instytucja zamawiająca z urzędu przeprowadzała szczegółową analizę składników każdej oferty w celu ustalenia, że nie stanowi ona oferty rażąco niskiej (aktualnie zob. załącznik I do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z 18.7.2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniającego rozporządzenia (UE) Nr 1296/2013, (UE) Nr 1301 / 2013, (UE) Nr 1303/2013, (UE) Nr 1304/2013, (UE) Nr 1309/2013, (UE) Nr 1316/2013, (UE) Nr 223/2014 i (UE) Nr 283/2014 oraz decyzję Nr 541/2014/UE, a także uchylającego rozporządzenie (UE, Euratom) Nr 966/2012, Dz. Urz. UE L 193, s. 1). Tym samym, w pierwszej kolejności, instytucja zamawiająca musi jedynie ustalić, czy złożone oferty zawierają oznaki mogące budzić podejrzenie, że mogłyby być rażąco niskie. Następnie, jeżeli istnieją oznaki mogące rodzić podejrzenia, że oferta może być rażąco niska, instytucja zamawiająca powinna, w drugiej kolejności, zweryfikować, z czego składa się ta oferta, aby upewnić się, że nie jest rażąco niska. Przy przeprowadzaniu

tej weryfikacji instytucja zamawiająca ma obowiązek umożliwienia oferentowi przedstawienia powodów, dla których uważa on, że jego oferta nie jest rażąco niska. Następnie instytucja zamawiająca powinna ocenić przedstawione wyjaśnienia i ustalić, czy dana oferta ma rażąco niski charakter, w którym to przypadku jest obowiązana odrzucić ofertę (wyr. Trybunał Sprawiedliwości UE z 10.9.2019 r. w sprawie T-741/17, *Trasys International EEIG i Axianseu — Digital Solutions SA v. Europejska Agencja Bezpieczeństwa Transportu Lotniczego*, Ustawodawca w ust. 1 komentowanego przepisu nie wskazuje wprost na przesłanki, które muszą zaistnieć, aby zamawiający miał obowiązek uznania, że występuje podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, a w konsekwencji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca nie określił precyzyjnie i sztywno przesłanek stosowania tego przepisu, zostawiając tym samym zamawiającemu swobodę w podejmowaniu decyzji. Z literalnego brzmienia przepisu art. 224 ust. 1 PZP wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych wyłącznie, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia powzięto wątpliwość, że zaproponowana przez wykonawcę cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o: „Ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania 1 oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia Publicznego- w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego” (wyr. KIO z 8.5.2018 r., KIO 769/18, *Legalis*).

Określony w tym przepisie próg 30% stanowi maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Ustawodawca w ust. 2 pkt 1 komentowanego przepisu dodał zastrzeżenie, zgodnie z którym rozbieżności wynikające z okoliczności oczywistych nie będą wymagały wyjaśnienia. Oznacza to, że zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT, ustalona przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 36 ust. 1 i 2 PZP, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający-każdorazowo będzie musiał stwierdzić, czy w danym

przypadku takie rozbieżności mają miejsce czy też nie oraz czy wynikają one z oczywistych okoliczności.

Oczywistość takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację.

Mając powyższe na uwadze, a także kierując się doświadczeniem w zakresie likwidacji budynków w ramach prowadzonej działalności, Zamawiający doszedł do wniosku, na zasadzie art. 224 ust. 2 pkt 1), że rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty Pol Invest Group, a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zgodnie z Komentarzem Prawa Zamówień Publicznych Urzędu Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza do art. 224 PZP Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust.2 pkt 1 Pzp, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia. I taka sytuacja może mieć miejsce co do zdarzeń i faktów od razu przez Zamawiającego dostrzeżonych, bez konieczności dokonywania analizy, porównywania i badania innych przypadków. Zdaniem Zamawiającego, z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, zważywszy na fakt, że oferta Pol Invest była jedynie o 999,98 zł niższa od oferty Odwołującego, która uplasowała się na drugim miejscu po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Podsumowując, zdaniem Zamawiającego, rozbieżności między ceną złożonej oferty, a wartością zamówienia z okoliczności oczywistych, nie wymagających już wyjaśnienia.

Ponadto, nie znajduje uzasadnienia zarzut odwołującego polegający na zarzuceniu Zamawiającemu zaniechanie wezwania Pol Invest Group do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przed wyborem oferty w sytuacji gdy pomiędzy otwarciem ofert (08.10.21r.) a wyborem najkorzystniejszej oferty (27.01.22 r.) oferty nastąpiła istotna zmiana cen rynkowych. Zdaniem Zamawiającego, odwołujący nie wykazał by taka istotna zmiana nastąpiła. Także złożona przez odwołującego oferta nie wskazuje, by taka istotna zmiana cen miała nastąpić. Zdaniem Zamawiającego nie wystąpiły żadne okoliczności, które prowadziłyby do konieczności aktualizacji wartości zamówienia.

Mając to wszystko na uwadze, zamawiający wnosi jak we wstępie jak na wstępie.

Sprzeciw z dnia 18 lutego 2022r.

Działając w imieniu Przystępującego, na podstawie pełnomocnictwa znajdującego się w aktach sprawy, na podstawie art. 523 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako Pzp) składam sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania z dnia 1 lutego 2022 r. w części dotyczącej zarzutów nr 1, 2 i 3 oraz wnoszę o:

- 1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualnie oddalenie odwołania jako bezzasadnego,
- 2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Przystępującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

UZASADNIENIE sprzeciwu

W odwołaniu z dnia 1 lutego 2022 r. wniesionym w postępowaniu o udzielenie zamówienia na rozbiórkę 4 obiektów budowlanych szybu „Witczak”: 1. Rurociąg podsadzkowy, 2. Zbiorniki wód oczyszczalni - 2 szt., 3. Rurociąg podsadzkowy w części powierzchniowej nr 2 dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Centrum” (nr sprawy: ZP - C - 0022/21), Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group, wskazując, że Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZPKCL-0018/20 pn. „Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej likwidacji” zawarł z innym wykonawcą [ULMAN D. M.] porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Należy wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygała już analogiczną sprawę, wszczętą na skutek odwołania złożonego przez Odwołującego - sygn. akt KIO 3106/21. Wówczas Odwołujący podnosił identyczny zarzut rzekomego zawarcia przez Przystępującego oraz spółkę Pol Invest Group sp. z o.o. porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w prowadzonym przez SRK postępowaniu nr ZP - KCL - 0018/20. Postanowieniem z dnia 5 listopada 2021r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie

stanowiło próbę obejścia przepisów ustawy Pzp określających termin na wnoszenie odwołania, które liczone są od dnia powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 515 ust. 1 ustawy Pzp). Ponieważ zarzuty odwołania związane były z zaniechaniem wykluczenia z postępowania wykonawców, a okoliczności stanowiące podstawę do sformułowania zarzutów, tj. zawiązania niedozwolonego porozumienia naruszającego zasady przetargu, jak i związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, odnosiły się wprost do innych (wcześniejszych) postępowań, dla oceny zachowania terminu na wniesienie odwołania, decydującym był ustalenie kiedy zdarzenia mające mieć skutek dla wykonawców w obecnym postępowaniu miały miejsce. Izba jednoznacznie wskazała, że nie samo zaniechanie wykluczenia z obecnie prowadzonego postępowania decydowało o terminowości zarzutów, ale ustalenie, w jakim terminie zarzuty dotyczące zachowań w innych postępowaniach mogły być skutecznie podniesione. Dla oceny zasadności zarzutów koniecznym byłoby odniesienie się do dokumentacji innego postępowania i ustalenia, czy nie doszło w tych postępowaniach do zмовы przetargowej oraz wprowadzenia zamawiającego w błąd. Żadne z zachowań mających wyczerpywać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, czy też prowadzić do wykluczenia z postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, nie były powiązane z ofertami złożonymi w obecnie prowadzonej procedurze przetargowej. Tym samym dla oceny zachowania Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu należałoby odnieść się do decyzji związanych z oceną ofert złożonych w innym przetargu. Takie działanie prowadziłoby faktycznie do przywrócenia terminu na zaskarżenie czynności i zaniechań zamawiających w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w zasadzie bez wyznaczania żadnych ram czasowych dla podjęcia próby wykazania podstaw do zakwestionowania czynności w postępowaniu. Nie można w ocenie Izby tracić z pola widzenia, iż odniesienie się do zarzutów wymagało w sposób bezpośredni oceny zdarzeń, jakie wystąpiły we wcześniejszych postępowaniach, co do których nie składano odwołań na czynności lub zaniechania zamawiającego. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zarzuty podnoszone przez Odwołującego były spóźnione bowiem to w momencie ustalania wyników przetargów [z 2020 r.] należało podnosić zarzuty wobec zaniechania wykluczenia wykonawców.

Stanowisko wyrażone przez Izbę w sprawie KIO 3106/21 jest powszechnie przyjęte także w literaturze i judykaturze. W art. 515 ust. 3 Pzp przewidziany został termin na wniesienie odwołania od czynności innych niż określone w ust. 1 (o których zamawiający poinformował wykonawcę) i ust. 2 (wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o konkursie lub treści dokumentów zamówienia). W przypadku postępowań unijnych termin ten wynosi 10 dni, a w postępowaniach o niższej wartości zamówienia - 5 dni od dnia, w którym powzięto

lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zauważyć należy, że termin określony w tym przepisie liczony jest nie tylko od dnia faktycznego powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, ale też od dnia, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć taką wiadomość (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, 2021 r., SIP Legalis).

Odwołujący jest przedsiębiorcą funkcjonującym na rynku właściwym od dłuższego już czasu. Jako podmiot obrotu gospodarczego posiada większą świadomość prawną, jest profesjonalistą. Okoliczności zatem, jakie przywołuje, musiały być mu znane znacznie wcześniej, niż w terminie w jakim złożył odwołanie.

Mając na względzie powyższe orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej należy uznać, że zarzuty podniesione w odwołaniu z dnia 1 lutego 2022 r. są spóźnione, a tym samym nie powinny zostać uznane przez Zamawiającego - wobec czego uzasadniony jest zgłaszany w niniejszym sprzeciwie wnioski o odrzucenie odwołania.

Ponadto Przystępujący stanowczo zaprzecza wszelkim twierdzeniom i zarzutom podnoszonym przez Odwołującego. Z uwagi na uznanie przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutów dotyczących rzekomej zмовы przetargowej pomiędzy Przystępującym a Pol Invest Group konieczne jest złożenie przez Przystępującego sprzeciwu, bowiem zarzut zawarcia przez Przystępującego jakiegokolwiek porozumienia z innymi wykonawcami w celu zakłócenia konkurencji w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego jest całkowicie bezpodstawny.

Zgodnie z przepisem art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp 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. Wykluczenie wykonawcy na mocy wskazanego przepisu wymaga zatem wykazania łącznego spełnienia wszystkich wskazanych przesłanek.

Odnosząc się do przesłanki stwierdzenia „wiarygodnych przesłanek” należy przytoczyć treść uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2018 r. (KIO 2095/18), który dotyczył podobnej podstawy wykluczenia, wynikającej z przepisów poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz może być odpowiednio zastosowany także w obecnym stanie prawnym - w przywołanym wyroku Izba stwierdziła:

podstawa faktyczna domniemania zмовы przetargowej musi uprawniać do wniosku, iż wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, nie może też być jedynie jednym z możliwych wniosków, które można powziąć z zaistniałych okoliczności. Można prezentować różne poglądy na temat tego, jak silny musi być taki dowód, czy też czy może to być jedynie uprawdopodobnienie, jednak rzeczywiście jakaś forma dowodu musi zaistnieć, podczas gdy w niniejszym postępowaniu odwoławczym w ogóle nie wskazano ani dowodów, nawet pośrednich, ani nawet konkretnych okoliczności faktycznych wskazujących na istnienie takiego porozumienia. Same zaś twierdzenia, podejrzenia i wątpliwości, jakie można powziąć w danym stanie faktycznym, środka dowodowego nie stanowią.

Ponadto z cytowanego orzeczenia wynika, że: Nie jest dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców, co do których takie wątpliwości występują, a także nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia. Podobnie w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r. (KIO 2213/17) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza).

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów istnienia porozumienia, choćby dowodów pośrednich, w dodatku pomijając istotne dla sprawy fakty. W odniesieniu do postępowania nr ZPKCL-0018/20 Odwołujący uznał, że okolicznością rzekomo dowodzącą zawarcia porozumienia, którego celem jest zakłócenie konkurencji, było cofnięcie w dniu 16 lutego 2021 r. przez POL INVEST GROUP sp. z o.o. odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej likwidacji” (znak sprawy: ZP-KCL-0018/20). Odwołujący celowo pominął fakt, że odwołanie POL INVEST GROUP sp. z o.o. z dnia 27 stycznia 2021 r. było spóźnione, a w konsekwencji podlegałoby ono odrzuceniu. Należy wskazać, iż w postępowaniu nr ZP-KCL0018/20 Przystępujący złożył odwołanie we wrześniu 2020 r. i zakończyło się wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2020 r. (sygn. akt KIO 2240/20). Odwołanie wniesione przez POL INVEST GROUP sp. z o.o. w dniu 27 stycznia 2021 r. koncentrowało się na zarzucie rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Przystępującego - jednakże takie okoliczności jak treść oferty Przystępującego oraz treść wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

były znane POL INVEST GROUP sp. z o.o. już w dniu 2 września 2020 r., kiedy to Zamawiający po raz pierwszy zawiadomił Strony o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wtedy też spółka POL INVEST GROUP nie tylko miała interes prawny w uzyskaniu zamówienia, ale zachodziły również przesłanki do złożenia odwołania przez tę spółkę lub przystąpienia przez nią do postępowania odwoławczego, tak jak uczynił to wówczas Przystępujący. Powyższe okoliczności zostały wskazane przez Przystępującego w piśmie z dnia 1 lutego 2021 r. (Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego). Dnia 16 lutego 2021r. POL INVEST GROUP sp. z o.o. cofnął odwołanie, dzięki czemu spółka ta mogła uzyskać zwrot 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, które straciłaby w przypadku odrzucenia odwołania jako spóźnionego.

Stanowisko Przystępującego dotyczące konieczności odrzucenia spóźnionego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła w wyroku z dnia 16 marca 2021 r. (KIO 293/21, KIO 296/21), nawiązując do utrwalonej w KIO, a potwierdzonej w orzecznictwie sądów okręgowych zasady kumulacji środków ochrony prawnej. Już w wyroku z dnia 17 marca 2016 r. (sygn. akt. XXIII Ga 104/16) Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał: Zasada koncentracji środków ochrony prawnej, którą statuuje ustawa Prawo zamówień publicznych, polega na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Ponadto celem zasady koncentracji środków ochrony prawnej jest zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych, Podobnie na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 maja 2021 r. (XXIII Zs 28/21). Także orzecznictwo Izby w zakresie zasady koncentracji środków ochrony prawnej było przez lata jednolite - tytułem przykładu można przywołać postanowienie z dnia 1 grudnia 2011 r. (KIO 2464/11), postanowienie z dnia 1 grudnia 2011 r. (KIO 2473/11), postanowienie z dnia 11 czerwca 2012 r. (KIO 1059/12), postanowienie z dnia 11 czerwca 2012 r. (KIO 1114/12), postanowienie z dnia 11 października 2012 r. (KIO 2076/12), wyrok z dnia 11 października 2012 r. (KIO 2098/12), postanowienie z dnia 28 listopada 2012 r. (KIO 2533/12), wyrok z dnia 13 sierpnia 2013 r. (KIO 1804/13), wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r. (KIO 61/14), wyrok z dnia 7 marca 2016 r. (KIO 162/16), wyrok KIO z dnia 30 lipca 2018 r. (KIO 1210/18).

Należy podkreślić, iż współpraca Przystępującego z POL INVEST GROUP sp. z o.o. w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia nie wynikała zatem z zawarcia porozumienia na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, lecz była prawnie dozwoloną czynnością, polegającą na realizacji zamówienia z udziałem podwykonawcy. Konieczność

skorzystania z podwykonawcy wynikała z faktu kumulacji kilku inwestycji prowadzonych przez Przystępującego i konieczności zrealizowania zamówienia publicznego w ustalonym przez Zamawiającego terminie przy uwzględnieniu okoliczności, że między złożeniem przez ULMAN oferty w postępowaniu, a zawarciem umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego mięło ponad pół roku. Sam zaś fakt, że dwa podmioty startują w jednym postępowaniu przetargowym, a w następstwie wyboru najkorzystniejszej oferty dochodzi między nimi do zawarcia umowy podwykonawczej nie może być postrzegany jako zmierzający do ograniczania konkurencji. Ograniczenie konkurencji musiałoby być celem samym w sobie, zaś taka umowa powinna w sposób intencjonalny zmierzać do naruszania zasad uczciwej konkurencji.

Teza Odwołującego nie wytrzymuje także konfrontacji ze stanem faktycznym w zakresie interesu podmiotów, które w rozumieniu Odwołującego miałyby zawrzeć porozumienie - w postępowaniu nr ZP-KCL-0018/20 oferta ULMAN zawierała cenę 2 190 000,00 zł, a oferta POL INVEST GROUP sp. z o.o. cenę 2 280 000,00 zł, czyli w rezultacie domniemanego porozumienia zamówienie było realizowane za niższą cenę (sic!). Z logicznego punktu widzenia porozumienie zawarte w celu wspólnego realizowania zamówienia za niższą cenę nie wydaje się możliwe, chyba że Skarżąca zakłada, że wskazane podmioty działają całkowicie nierozsądnie i wbrew swoim interesom.

Podkreślić należy, iż ULMAN przygotowując oferty i biorąc udział w postępowaniach prowadzonych przez SRK działał i wciąż działa samodzielnie, nigdy nie podjął żadnych działań lub zaniechań, które prowadziły lub których celem byłoby zakłócenie konkurencji. Odwołanie nie zostało poparte żadnymi dowodami, które służyłyby wykazaniu podniesionych zarzutów. Zarzuty są bezpodstawne i nie znajdują żadnego odzwierciedlenia w rzeczywistości. W ocenie ULMAN działanie Odwołującego ma na celu pozbycie się konkurencji w obecnych i przyszłych postępowaniach prowadzonych przez SRK i jako takie stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 16 pkt. 1 Pzp.

W wyroku z dnia 10 listopada 2017 r. (KIO 2213/17) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: Zaznaczyć również należy, że dla wykazania spełnienia przesłanki wykluczenia nie ma znaczenia w jakiej formie zostało zawarte porozumienie, ale jednocześnie niezbędnym jest, aby to sankcjonowane wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu rzeczywiście, faktycznie było wynikiem takiego porozumienia, a nie było efektem innych zdarzeń, zachowań, czynników, które w istocie nie mają związku z działaniami wykonawców w ramach prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, stwierdzenie istnienia porozumienia wykonawcy z innymi wykonawcami mającymi na celu zakłócenie

konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Stwierdzenie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Oznacza to tyle, że nie jest właściwe ani dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców co do których takie wątpliwości występują, a także, że nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia. Przeciwnie - te poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego, statycznych prawidłowości jako oczywiste w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami, Podkreślenia jednocześnie wymaga, że przepis ustawy Pzp wymaga dodatkowo aby Zamawiający w przypadku, gdy będzie stosował ową przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania był w stanie wykazać za pomocą stosowanych środków dowodowych przyczyny, które legły u podstaw wykluczenia wykonawcy.

Tym samym podstawa wykluczenia wykonawcy, w przypadku tzw. zmowy przetargowej, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie i doktrynie poglądem musi być ściśle traktowana, tak samo jak inne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wniosku o dokonywaniu uzgodnień, wymienianiu informacji itd. pomiędzy wykonawcami nie można domniemywać ani z góry zakładać - konieczne w tym zakresie jest oparcie się na dowodach, a nie jedynie na podejrzeniach, jak w wypadku Odwołującego. Zamawiający zaś nie może rozstrzygać podejrzeń i wątpliwości na niekorzyść wykonawców. Same zaś twierdzenia, podejrzenia i wątpliwości, jakie można powziąć w danym stanie faktycznym, środka dowodowego nie stanowią. Co więcej, z okoliczności sprawy, na które powoływał się Odwołujący, nie można wywieść jedyne logicznego, a nawet - najbardziej prawdopodobnego - wniosku, że zaistniała sytuacja jest wynikiem właśnie takiego niedozwolonego porozumienia.

Z uwagi na powyższe odwołanie powinno zostać odrzucone jako spóźnione, bądź uznać je należy za całkowicie bezpodstawne, a w konsekwencji powinno ono zostać oddalone, tak wnosi wnoszący sprzeciw ULMAN D. M..

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Przedmiotowe postępowanie zamawiającego o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wpłynęło odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty dotyczy „Rozbiórki 4 obiektów budowlanych szybu „Witczak”: 1 Rurociąg podsadzkowy, 2. Zbiorniki wód oczyszczalni — 2 szt., 3. Rurociąg podsadzkowy w części powierzchniowej nr 2 dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A, w Bytomiu, Oddział KWK „Centrum”.

Numer ogłoszenia pod którym zamawiający prowadzi postępowanie: 2021 Nr pozycji: 2021/BZP 00184070/01, zamówienie tzw. Podprogowe.

Zasadnicze rozstrzygnięcie Izby odnoszące się do złożonego odwołania dotyczy podniesionego zarzutu zmowy przetargowej oraz ewentualnego zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego.

Jak wynika ze wstępnej części uzasadnienia wyroku, cytując zarzuty i uzasadnienie odwołania, odwołujący podnosi niezgodność z ustawą następujących czynności (zaniechań) zamawiającego, które polegają na :

1. wyborze oferty złożonej przez spółkę Pol Invest Group Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu zwanej dalej też „Pol Invest Group”, jako oferty najkorzystniejszej,
2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania spółki/wykonawcy Pol Invest Group, która w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziła zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania;
3. zaniechaniu zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do wykonawcy Pol Invest Group.

Podsumowując zasadnicze zarzuty odwołania sprowadzają się do wyboru najkorzystniejszej oferty, w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę, któremu stawia odwołujący zarzut zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy złożeniu oferty jak i nie wezwaniu przez zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Czynności jak i zaniechania zamawiającego oraz okoliczności faktyczne i prawne, w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty odwołujący formułuje następująco:

1. naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty Pol Invest Group jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca podlega wykluczeniu z tego postępowania, czyli nie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4) Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group w sytuacji gdy zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że:

1) w postępowaniu nr ZP-C-0033/20 (Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1 Budynek rachuby 2 Pomost za szybem Staszic część II) wykonawca Pol Invest Group zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu;

2) w postępowaniu nr ZP.KCL-0018/20 (Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji) zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Powyższe okoliczności wskazywane przez odwołującego, jako podstawa dla zamawiającego i to na podstawie wiarygodnych przesłanek do wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy, opierają się na przeprowadzonych przetargach w okresie ostatnich trzech lat, w których jak podnosi odwołujący, wykonawca wybrany porozumiał się z innym wykonawcą,

przez co zakłócił konkurencję w tych postępowaniach, które prowadzone były przez zamawiającego. W ocenie odwołującego takie postępowanie Pol Invest Group winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania, ze skutkiem na okres trzech lat od zdarzeń naruszenia konkurencji przez odwołującego (art. 108 ust.1 pkt 5 w związku z art.111 pkt 4 ustawy Pzp).

3. art. 109 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 111 pkt 4) Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy Pol Invest Group podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ w innym postępowaniu: 1) nr ZP-C-0033/20 Pol Invest Group zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu; 2) nr ZP-KCL-0018/20 zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, które to porozumienie zostało zawarte przed upływem 3 lat od chwili upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Kolejna podstawa prawna, do wykluczenia wykonawcy wybranego wskazywana przez odwołującego opiera się na zdarzeniach takich samych jak powyżej to jest udziale wykonawcy wybranego w dwóch postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego nr ZP-C-0033/20 i nr ZP-KCL-0018/20, gdzie zdaniem odwołującego, wykonawca wybrany zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, a co jest zamierzonym działaniem lub rażącym niedbalstwem, które wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, o nie podleganiu wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art.109 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp) i co rodzi konsekwencje wykluczenia na okres trzech lat z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (art.111 pkt 4 ustawy Pzp).

4. art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp i art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do wykonawcy Pol Invest Group, w sytuacji gdy cena oferty ww.

wykonawcy (397 000,00 zł brutto) jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (746 478,32 zł brutto), zaś powyższa rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, lecz powinna zostać wyjaśniona, w szczególności, że w dniu 14 października 2021 r. Zamawiający zwrócił się z wezwaniami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do innych wykonawców oferujących wyższe ceny: PHU Complex L. W. (493 476,00 zł brutto), DEVELOPER I RECYKLING sp. z o. o. (483 547,47 zł brutto), PHU Foxmet M. C. (451 287,00 zł brutto) oraz do wykonawcy Firma ZK K. Ż., G. Ż.s.c. (246 000,00 zł brutto);

5. art. 224 ust. 2 pkt 2) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do wykonawcy Pol Invest Group, w sytuacji gdy cena oferty ww. wykonawcy (397 000,00 zł brutto) jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (746.478,32 zł brutto) oraz w sytuacji gdy pomiędzy otwarciem ofert (08.10.2021 r.) a wyborem oferty najkorzystniejszej nastąpiła istotna zmiana cen rynkowych.

Kolejna grupa zarzutów odwołującego (pkt 4 i pkt 5 zarzutów odwołania) związana jest z różnicą ceny oferty wykonawcy wybranego (397.000,00 zł brutto) a wartością zamówienia powiększoną o podatek vat (746.478,32 zł brutto), przekraczającą 30%, w sytuacji gdy inni wykonawcy w dniu 14 października 2021r. zostali wezwani do złożenia wyjaśnień cen ofertowych, a takie postępowanie zamawiającego wobec wykonawcy wybranego, pozostaje w sprzeczności z art.224 ust.2 pkt 1 oraz z art.224 ust.1 ustawy Pzp. co narusza. W tej grupie zarzutów pod adresem wykonawcy wybranego odwołujący przywołuje przepisy wskazujące na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania czy też przejrzystości i proporcjonalności postępowania zamawiającego (art.16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp).

Na kanwie tak sprecyzowanych zarzutów odwołania sformułowane zostały następujące żądania odwołania:

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Wobec wskazanych czynności (zaniechań) zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przytoczonymi przepisami ustawy, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. dokonania wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group;
3. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

ewentualnie:

4. zwrócenia się do wykonawcy Pol Invest Group z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Izba w oparciu o przeprowadzone postępowanie dowodowe w toczącej się sprawie odwoławczej, z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, jak i przywołanych wydanych uprzednio wyroków Izby związanych z przedmiotowym postępowaniem, jak i wykonawcami, którym odwołujący zarzuca zmowy przetargowe, a także w oparciu o argumentację formalną i prawną odwołującego nie znalazła podstaw formalnych jak i prawnych do uwzględnienia wniesionego odwołania.

Na wstępie należy wskazać, że co do wniosków o odrzucenie odwołania Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia żądania odrzucenia odwołania jako spóźnionego, w świetle podniesionych zarzutów z tytułu zaistnienia zmowy przetargowej. Izba uznała, że wskazywane postępowania przetargowe prowadzone przez tegoż zamawiającego, co w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w których miały miejsce według twierdzeń odwołującego zmowy przetargowe, nie uległy przedawnieniu tak aby nie mogły być zgłoszone jako zmowy przetargowe w przedmiotowym postępowaniu. Bowiem ani zamawiający, ani przystępujący po stronie zamawiającego nie wykazali, że przy dołożeniu należytej staranności okoliczności wskazywane jako zmowa przetargowa w przywoływanych postępowaniach zamawiającego, mogły być zgłoszone we wcześniej prowadzonych postępowaniach przetargowych, niż w związku z aktualnie prowadzonym postępowaniem zamawiającego. Tym bardziej, że okoliczności wskazywane przez odwołującego jako zmowa przetargowa, na tle wszczętych i prowadzonych w 2020 roku postępowań przez tegoż zamawiającego, jako zachowania wskazujące na zmowy przetargowe nie miały miejsca, a przynajmniej nie mogły ujawnić się na etapie prowadzenia postępowania przetargowego, tylko po jego rozstrzygnięciu to jest na etapie realizacji umów. Tymi okolicznościami były jak wskazywał odwołujący, udostępnianie sprzętu do rozbiórek czy to obiektów budowlanych, czy to obiektów infrastruktury przemysłowej, transport odpadów po rozbiórkach na miejsce ich utylizacji. Odwołujący swoje podejrzenia co do zmów przetargowych wywodził również z okoliczności wnoszenia, a następnie wycofania odwołań, w kontekście późniejszej współpracy na etapie realizacji umowy wykonawcy wybranego i realizującego zadanie z odwołującym, który wycofał odwołanie. Nie oceniając tego rodzaju zachowań co do ich merytorycznego znaczenia i charakteru, na etapie rozpoznania wniosku o odrzucenie odwołania, w ocenie Izby brak podstaw do stwierdzenia,

że zgłaszanie okoliczności zmywy przetargowej na etapie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia nie może być z gruntu uznane jako nieuprawnione. Tym bardziej, że jak w przedmiotowym przypadku elementy, przemawiające za zmywą przetargową, które można i należy rozważyć co do ich zaistnienia, bądź nie zaistnienia, dają symptomy nie w czasie prowadzonego postępowania przetargowego przez zamawiającego, tylko na etapie realizacji umowy, w okolicznościach wycofania odwołania przez późniejszego „podwykonawcę”. Pozostaje do rozstrzygnięcia cezura czasowa, na którą można się powoływać przy kwalifikowaniu zdarzeń do dających znamiona zmywy przetargowej i w kontekście konsekwencji prawnych przewidzianych art.111 pkt 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby kwestię przedawnienia zgłoszenia czynu noszącego znamiona zmywy przetargowej należy rozpatrywać w związku takich przepisów ustawy Pzp jak: art. 513, w związku z art. art.515 ust.3 i w związku z art.111 pkt 4 ustawy Pzp.a to oznacza nie później niż 3 lata od zaistnienia zmywy przetargowej.

W powyższym stanie rzeczy wniosek o odrzucenie odwołania z racji powoływania się na zmywy przetargowe w innych, poprzedzających to postępowanie, postępowaniach zamawiającego nr ZP-C-0033/20 i nr ZP-KCL-0018/20, jest nieuprawniony.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego co do posiadania prawa do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego wynika z faktu, iż złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to oferta nie uległa odrzuceniu, w związku z czym odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba jak już powyżej nadmieniono przeprowadziła postępowanie dowodowe między innymi z dokumentów przedłożonych przez strony w tym z dokumentacji zamawiającego z niniejszego postępowania i uczestników z odmową skorzystania z art.536 ustawy Pzp., co do wezwania zamawiającego do przekazania dokumentów z realizacji zadań nr ZP-C-0033/20 i nr ZP-KCL-0018/20, z uwagi na to, że wnioskujący odwołujący nie wykazał, aby po jego stronie wystąpiły jakiegokolwiek przeszkody w ich uzyskaniu, chociażby w ramach dostępu do informacji publicznej. Ponadto okoliczności co do wystąpienia zdarzeń nie były kwestionowane przez przystępujących/uczestników, ale różniły się co do ich oceny w

zakresie ich charakteru, znaczenia w kontekście zarzucanego przez odwołującego czynu zmowy przetargowej.

Izba rozpoznała merytoryczne zarzuty co do zaistnienia zmowy przetargowej w poprzedzających postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego również w zakresie rozbiórek obiektów budowlanych, czy obiektów infrastruktury z udziałem przystępujących w tym wykonawcy wybranego (nr ZP-C-0033/20 i nr ZP-KCL-0018/20) i nie stwierdziła w tych postępowaniach znamion zaistnienia zmowy przetargowej, w związku ze wskazaniem na nią przez odwołującego. Sam fakt, że odwołujący wycofuje odwołanie i po wycofaniu odwołania uczestniczy jako współpracujący w realizacji zadania, nie oznacza zaistnienia zmowy przetargowej, z samego tylko takiego faktu, ponieważ powody późniejszej współpracy na etapie realizacji zamówienia mogą wynikać z innych przyczyn, a nie tylko świadczyć o zmowie przetargowej. Na takie właśnie okoliczności współpracy wskazywali uczestnicy postępowania, którym odwołujący zarzucił znowę przetargową, protokół - zgromadzony sprzęt w związku z uprzednio realizowaną usługą rozbiórki. Owszem efektem zmowy przetargowej może być podzielenie się realizacją zamówienia, ale jako jej wystarczająca dla wykazania przesłanka nie może służyć okoliczność samego tylko wycofania odwołania i późniejsza współpraca w wykonaniu zadania. Zresztą jak sama nazwa wskazuje, zmowa przetargowa powinna przejawiać się przede wszystkim na etapie przetargu i uniemożliwiać innym wykonawcom uzyskanie zamówienia chociażby przez stosowanie zaniżonych cen, a nie jak w tym postępowaniu, na co powoływał się odwołujący, przez zawyżenie cen, na skutek unieważnienia czynności zamawiającego przez Izbę i ponowne przeprowadzenie aukcji przez zamawiającego, na której ceny aukcyjne były wyższe. To decyzja Izby i w jej następstwie czynność zamawiającego powtórzenia czynności aukcji elektronicznej spowodowała wyższe ceny niż w pierwotnej przeprowadzonej aukcji elektronicznej. W ocenie Izby skoro to nie czynności wykonawców tylko czynności Izby oraz w jej następstwie czynności zamawiającego, spowodowały wyższe ceny, to nie można winić wykonawców za wyższe ceny na aukcji i zarzucać im znowę przetargową. Inni to jest pozostali wykonawcy mieli stworzoną możliwość wskazania niższych cen na aukcji niż wykonawca wybrany z wykonawcą pozostającym z nim w zmowie przetargowej, jak twierdzi odwołujący. Odwołujący poza wskazywaniem okoliczności współpracy wykonawcy wybranego (Pol Invest Group) z innym (drugim) wykonawcą, nie przedstawił na czym polegało, wskutek tej współpracy dwóch wykonawców, zakłócenie uczciwej konkurencji, czy też równe traktowanie przez zamawiającego, wykonawców pozostających w zmowie przetargowej. W ocenie Izby nie można z okoliczności współpracy dwóch wykonawców odczytywać zmowy przetargowej, ponieważ zagraża to interesom powodzenia w realizacji zadań objętych zamówieniem, co naraża na ryzyko interes zamawiającego. Odwołujący nie może odnosić korzyści przez sam

fakt oskarżenia wykonawców współpracujących przy realizacji zamówienia, w ramach dopuszczalnych prawem form, a co ma według odwołującego automatycznie ma oznaczać znowę przetargową, czyli negatywne zjawisko szkodzące innym wykonawcom, czy też zamawiającemu. W ocenie Izby dopuszczane przez doktrynę bardziej tolerancyjne dowodzenie znowy przetargowej, nie może opierać się na tzw. poszlakach, tym bardziej gdy powołujący się na znowę nie wykazuje, że takie porozumienie wykonawców ogranicza dostęp do zamówień innym wykonawcom, czy też szkodzi zamawiającemu w prowadzeniu konkurencyjnego postępowania.

W powyższym stanie rzeczy zarzuty naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4) Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group w sytuacji gdy zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że:

1) w postępowaniu nr ZP-C-0033/20 i 2) w postępowaniu nr ZP.KCL-0018/20 wykonawca wybrany zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami,

oraz art. 109 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 111 pkt 4) Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest Group, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy Pol Invest Group podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ w innym postępowaniu: 1) nr ZP-C-0033/20 Pol Invest Group zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami i 2) nr ZP-KCL-0018/20 zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami,

W ocenie Izby po stronie zamawiającego nie wystąpiły okoliczności ani uprawdopodobnione, a tym bardziej udowodnione (art.8 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 6 k.c.), które można byłoby uznać za wiarygodne przesłanki wskazujące, że wybrany wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, jak brzmi dyspozycja art. 108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. Jak powyżej cytowano zarzuty odwołania, znowę przetargową odwołujący wskazuje do innego wykonawcy (liczba pojedyncza), a nie jak wynika z dyspozycji przepisu „zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji” (liczba mnoga).

W tym stanie rzeczy zarzuty odwołania w pkt 1,2,3 nie zostały udowodnione.

Również bezzasadne są zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp i art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie zwrócenia się z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do wykonawcy Pol Invest Group, w sytuacji gdy cena oferty ww. wykonawcy (397 000,00 zł brutto) jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (746 478,32 zł brutto).

Izba przyjmuje za prawidłową argumentację zamawiającego w tym zakresie, cytowaną powyżej w uzasadnieniu wyroku. Bowiern zamawiający na podstawie wezwań innych wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w dniu 14 października 2021r. miał prawo uznać, na podstawie złożonych wyjaśnień innych wykonawców, że wystąpiły okoliczności oczywiste co do zawyżenia wartości zamówienia przez zamawiającego, a co zwalnia jego z dalszych wezwań do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pozostałych wykonawców w tym wykonawcy wybranego.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 złotych i zasądzając kwoty 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od odwołującego na rzecz wnoszących sprzeciw do uwzględnienia odwołania to jest na rzecz D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ULMAN D. M. z siedzibą Mikołów i Dominex Sp. z o.o. z siedzibą Świętochłowice, w związku ze złożonymi wnioskami kosztowymi i fakturami tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocników przystępujących po stronie zamawiającego.

Przewodniczący:

