

**Sygn. akt: KIO 2254/21,
KIO 2255/21,
KIO 2258/21**

**WYROK
z dnia 06 września 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Osiecka**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 września 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2021 r. przez:

- Odwołującego **Foxmet sp. z o.o. (ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka – Leszczyny)** (odwołania o sygnaturze akt: KIO 2254/21, KIO 2258/21)
- Odwołującego **W.C. prowadzącego działalność gospodarzą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe W.C. (ul. 3 Maja 79, 44-230 Czerwionka-Leszczyny)** (odwołanie o sygnaturze akt: KIO 2255/21)

w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. (ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom)**

przy udziale:

- wykonawcy **Developer i Recykling Sp. z o.o. (ul. Młodego Górnika 2d, 41-808 Zabrze)** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 2254/21, KIO 2255/21, KIO 2258/21** po stronie **Zamawiającego**
- wykonawcy **DOMINEX Sp. z o.o. (ul. Metalowców 3c, 41-600 Świętochłowice)** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 2254/21, KIO 2258/21** po stronie **Zamawiającego**

- wykonawcy **Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. (ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska)** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 2254/21, KIO 2255/21, KIO 2258/21** po stronie **Zamawiającego**

- wykonawcy **Konsorcjum: Dominex Sp. z o.o., NOMET Sp. z o.o. (ul. Metalowców 3c, 41-600 Świętochłowice)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2255/21** po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

- 1) oddala odwołania o sygnaturach akt: KIO 2254/21, 2255/21, 2258/21
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołujących:
 - **Foxmet sp. z o.o. (ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka – Leszczyny)** (w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO: 2254/21 i 2258/21) oraz
 - **W.C. prowadzący działalność gospodarzą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe W.C. (ul. 3 Maja 79, 44-230 Czerwionka-Leszczyny** (w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 2255/21) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) tytułem łącznej kwoty wpisów od odwołań w postępowaniach odwoławczych o sygnaturach akt: KIO 2254/21, KIO 2255/21, KIO 2258/21, w tym:
 - kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Foxmet sp. z o.o. (ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka – Leszczyny)** tytułem łącznej kwoty wpisu od odwołań o sygnaturach akt: KIO 2254/21 i KIO 2258/21,
 - kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **W.C. prowadzącego działalność gospodarzą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe W.C. (ul. 3 Maja 79, 44-230 Czerwionka-Leszczyny)** tytułem wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 2255/21.

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

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 2254/21

KIO 2258/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. prowadzi postępowania, których przedmiotem są:

- Likwidacja wybranych obiektów budowlanych na powierzchni dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I - Śląsk” Ruch „Śląsk”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 maja 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00063507/01.

- Likwidacja infrastruktury kolejowej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I – Śląsk” Ruch „Śląsk”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 maja 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00068110/01.

Odwołujący Foxmet sp. z o.o. w każdym z postępowań wniósł odwołanie, w którym podniósł jednakowe zarzuty dotyczące niezgodności z ustawą czynności Zamawiającego, polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania (na podstawie art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 111 pkt 5 i 6 Pzp) oraz odrzuceniu oferty Odwołującego (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp),

- w skutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1. art. 16 pkt 1), 2) i 3) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez niezgodne z tym przepisem dokonanie wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. dokonanie ustalenia, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy tymczasem Zamawiający nie dokonał pogłębionej analizy sprawy, bazując w swej decyzji na błędnych ustaleniach w wyroku w sprawie o sygn. KIO 1010/21, tym samym naruszając równe traktowanie Odwołującego w Postępowaniu i naruszając bezstronność i obiektywizm;

2. art. 111 pkt 4) w zw. z art 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, poprzez niezgodne z tym przepisem dokonanie wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. błędne ustalenie, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy tymczasem Odwołujący takiego porozumienia nie zawarł, a fakty, na które powołuje się Zamawiający wynikają z

nieprawomocnego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1010/21, od którego Odwołującemu przysługuje skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie,

3. art. 111 pkt 5) w zw. z art 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, poprzez niezgodne z tym przepisaniem dokonanie wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. błędne ustalenie, że Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, gdy tymczasem Odwołujący nie dopuścił się takiego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a fakty, na które powołuje się Zamawiający wynikają z nieprawomocnego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1434/21, od którego Odwołującemu przysługuje skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie,

4. art. 111 pkt 6) Pzp w zw. z art 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, poprzez niezgodne z tym przepisaniem dokonanie wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. błędne ustalenie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy tymczasem Odwołujący nie dopuścił się takiego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a fakty, na które powołuje się Zamawiający wynikają z nieprawomocnego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1434/21, od którego Odwołującemu przysługuje skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie,

5. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowań oraz odrzucenia ofert Odwołującego.

Odwołujący wniósł także o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka p. W.C. na okoliczność wykazania następujących faktów: przyczyn nie złożenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w postępowaniu na „Rozbiórkę wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze”, którego dotyczył wyrok KIO 1010/21.

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron M.C. - Prezesa Zarządu Odwołującego (wezwanie na adres Odwołującego) - na okoliczność wykazania następujących faktów: nie zawarcia z W.C. porozumienia mającego na celu ustalenie cen ofert składanych przez niego lub Odwołującego w niniejszym postępowaniu lub w

postępowaniu na „Rozbiórkę wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze”, którego dotyczył wyrok KIO 1010/21.

22 lipca 2021 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 111 pkt 4) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, tj. z uwagi na zawarcie pomiędzy Odwołującym a W.C. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W.C. porozumienia mającego na celu zalecenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co zostało dodatkowo potwierdzone w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1010/21.

Zamawiający wskazał, że w związku z treścią art. 111 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku stwierdzenia, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Ponadto, powołując się na art. 111 pkt 5 i art. 111 pkt 6) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wskazał, że wykluczenie Odwołującego następuje z uwagi na wprowadzenia w ramach rażącego niedbalstwa Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz z powodu niedbalstwa polegającego na przedostawaniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zostało dodatkowo potwierdzone w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1434/21.

Wyrok w sprawie KIO 1010/21 zapadł w dniu 24 czerwca 2021 r., zaś wyrok w sprawie KIO 1434/21 wydano w dniu 25 czerwca 2021 r.

Odwołujący wskazał, że wywód zawarty w protokole z posiedzenia i rozprawy z dnia 22 czerwca 2021 r. w sprawie KIO 1010/21, Zamawiający zakończył stwierdzeniem, iż nie przedstawiono dowodów na wystąpienie zмовы przetargowej. Ponadto Odwołujący wskazał, że od czasu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 czerwca 2021 r. (w sprawie KIO 1434/21) i w dniu 22 czerwca 2021 r. (w sprawie KIO 1010/21), a dniem 22 lipca 2021 r., kiedy Zamawiający powiadomił Odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania nie miało miejsce jakkolwiek zdarzenie - za wyjątkiem wydania rzeczonych orzeczeń przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 1010/21 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1434/21 - które miałyby zmienić zdanie Zamawiającego na temat tego, (1) czy Odwołujący jest winny porozumienia skutkującego wykluczeniem na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp,

(2) czy Odwołujący w wyniku rażącego niedbalstwa mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Odwołujący podkreślił, że odpis wyroku w sprawie KIO 1010/21 oraz odpis wyroku w sprawie KIO 1434/21 zostały doręczone Odwołującemu w dniu 16 lipca 2021 r., a więc stosownie do art. 580 ust. 2 Pzp - nie upłynął jeszcze Odwołującemu termin na wniesienie skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

W opinii Odwołującego ww. wyrok nie powinien wywoływać skutków z art. 365 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, zgodnie z którym: Orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby. Zastosowanie art. 365 § 1 KPC w sferze zamówieniowej podnoszone jest na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 185 § 7 Pzp z 2004 r. w zw. z art. 1212 § 1 KPC. W aktualnym stanie prawnym, w Pzp nie ma odesłania do przepisów sędzi polubownym (arbitrażowym), ale ta okoliczność nie powinna zmieniać uznania, że jedynie prawomocne orzeczenie może wiązać strony (Zamawiającego i Odwołującego) oraz sąd (Krajową Izbę Odwoławczą).

Dalej Odwołujący argumentował, że wyrok w sprawie KIO 1010/21 oraz wyrok w sprawie KIO 1434/21 są orzeczeniami nieprawomocnymi, a z tego faktu wynika, że Zamawiający powinien dokonać ponownie oceny odnośnie tego, czy doszło do porozumienia ograniczającego konkurencję z udziałem Odwołującego, w tym powinien podjąć decyzję co do uznania wystąpienia takiego porozumienia w oparciu o zebrany przez siebie materiał dowodowy, niezależnie od nieprawomocnego rozstrzygnięcia w sprawie KIO 1010/21; czy doszło do wprowadzenia w ramach rażącego niedbalstwa Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz z powodu niedbalstwa polegającego na przedostawaniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, niezależnie od nieprawomocnego rozstrzygnięcia w sprawie KIO 1434/21.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wykazał niedozwolonego porozumienia z udziałem Odwołującego, bowiem nie posiadał dowodów na istnienie niedozwolonego porozumienia, a jego ocenę sytuacji zmienił wyrok w sprawie KIO 1010/21, który za dowód nie może być poczytany. Podobnie należy ocenić wadliwe zastosowanie przez Zamawiającego przepisów art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp, które to pozwalają na wykluczenie wykonawcy z postępowania, pod warunkiem wystąpienia sytuacji związanych z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności, niedbalstwa czy zamierzonego działania. Z

treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie wynika, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, zaś jego optykę w tym zakresie zmienił wyrok w sprawie KIO 1434/21, który nie jest prawomocny i nie wywołuje skutków w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego w toku postępowania w sprawie KIO 1010/21 Skład Orzekający nie dokonał wnikliwej oraz kompleksowej analizy, czy porozumienie ograniczające konkurencję faktycznie miało miejsce. W uzasadnieniu ww. wyroku, odniesiono się m.in. do art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczący porozumienia ograniczającego konkurencję. Tymczasem, porozumienie o którym mowa w tym przepisie może stać się przedmiotem postępowania wyjaśniającego i ewentualnie także antymonopolowego prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. To UOKiK jest wyspecjalizowanym organem, upoważnionym na mocy ustawy do stwierdzenia czy wystąpiło porozumienie ograniczające konkurencję czy też takiego poróżnienia nie było. Co więcej, dokonując oceny takiej sytuacji, UOKiK stara się nie bazować wyłącznie na poszlakach, dokonując kompleksowej oceny sprawy, m.in. poprzedzając postępowanie antymonopolowe postępowaniem wyjaśniającym (art. 46 ust. 1 uOKiK), występując do przedsiębiorców o przekazywanie koniecznych informacji i dokumentów (art. 50 ust. 1 uOKiK) czy prowadząc rozprawę na którą może wezwać i przesłuchać strony, świadków oraz zasięgnąć opinii biegłego (art. 60 ust. 3 uOKiK).

Odwołujący zwrócił także uwagę, że w sprawie KIO 1010/21 nie przeprowadzono dowodu z zeznań świadków ani z przesłuchania stron. W toku postępowania odwoławczego nie zasięgnięto informacji od p. W.C., nie przesłuchano Prezesa Zarządu Odwołującego - p. M.C.. Krajowa Izba Odwoławcza podjęła decyzję o stwierdzeniu niedozwolonego porozumienia przez Odwołującego pomimo tego, że nie jest podmiotem wyspecjalizowanym do stwierdzenia takiego porozumienia, a dodatkowo dokonując oceny stanu faktycznego w sposób pobieżny, nie sięgając do tych dowodów, które są kluczowe i konieczne dla stwierdzenia wystąpienia porozumienia ograniczającego konkurencję.

W opinii Odwołującego dopóki sprawa objęta wyrokiem KIO 1010/21 nie zostanie rozpatrzona przez sąd zamówień publicznych, poprzestawanie przez Zamawiającego lub Składu Orzekającego rozpoznającego niniejsze odwołanie, na ocenie okoliczności faktycznych dokonanej przez Skład Orzekający w sprawie KIO 1010/21 powoduje naruszenie obu reguł, a także - na gruncie Prawa zamówień publicznych - naruszenie art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp.

Odwołujący wskazał, że z samego faktu bycia spowinowaconym z innym przedsiębiorcą nie można wyciągać negatywnych konsekwencji dla Odwołującego.

Również to, że postępowaniu, którego przedmiotem była „Rozbiórka wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze”, którego dotyczył wyrok KIO 1010/21, Odwołujący oraz W.C. podobnie skonstruowali pierwotne oferty nie jest okolicznością wskazującą na porozumienie. Gdyby miało mieć miejsce niedozwolone porozumienie pomiędzy Odwołującym a W.C., z pewnością nie podjęliby oni decyzji o tak jawnym „wyróżnieniu” się na tle innych złożonych ofert. Zjawisko formułowania abstrakcyjnie wysokich cen w przetargach organizowanych przez tego Zamawiającego jest sytuacją powszechną, a to z tego względu, że ostateczne ceny ofert ustalane są w ramach aukcji elektronicznej.

Odwołujący wyjaśnił także, że w postępowaniach prowadzonych z wykorzystaniem aukcji elektronicznej wykonawcy często oferują na początku wyższe ceny z zamiarem ich obniżenia w toku aukcji. Tak było również w innych, poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nie świadczy to o porozumieniu pomiędzy wykonawcami, lecz o przyjętej przez nich strategii składania ofert i ich dalszego licytowania. Jest to motywacja typowo taktyczna, bez szerszego, niecnego podtekstu. Ta okoliczność nie może prowadzić do wniosku o istnieniu pomiędzy wykonawcami niedozwolonego porozumienia, podobnie jak nie czyni tego np. podobieństwo składanych przez wykonawców wyjaśnień w toku postępowania.

Dalej Odwołujący zauważył, że korzystanie z tych samych zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci, to takie działanie samo w sobie nie wypełnia definicji czynu niedozwolonego naruszającego konkurencję, zwłaszcza na rynku, na którym działa niewielki krąg podmiotów.

W sprawie KIO 1010/21 Izba spuentowała wywód na temat tego, że doszło do niedozwolonego porozumienia tym, że „całokształt pozostałych okoliczności w przebiegu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zachowanie W. Cz. w toku i po aukcji elektronicznej, a także sposób działania Przystępującego i W. Cz. w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego obrazuje już pewien przyjęty model (wzór) zachowania (działania) określonych podmiotów wykonujących działalność gospodarczą o tożsamym zakresie...”

Odwołujący podkreślił, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania innych wykonawców, w tym W.C.. To nie w ocenie Odwołującego jest bronienie ww. wykonawcy. Stwierdzenie niedozwolonego porozumienia, jak to uczyniła Izba w sprawie KIO 1010/21, wymaga jednak poznania stanowiska głównego zainteresowanego, czyli W.C.. Tymczasem,

Izba wydała wyrok, który powoduje daleko idące, negatywne konsekwencje dla Odwołującego, nie poznając stanowiska głównego elementu w „układance” prowadzonego przez siebie wywodu.

Odwołujący wskazał także, że ustalenia faktyczne, będące podstawą do rozstrzygnięcia w sprawie KIO 1434/21 również zostały poczynione wadliwie. Zdaniem Odwołującego niesłusznie zarzuca się mu rażące niedbalstwo skutkujące wprowadzeniem Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu nr ZP-BD-0024/21, w toku którego wydano wyrok KIO 1434/21.

Odwołujący wyjaśnił, że wykazując spełnianie warunków udziału bazował na zapewnieniach podmiotów udostępniających zasoby (początkowo był to W. C., zaś następnie Business Affairs Spol. s.r.o.). Ten drugi podmiot zapewniał Odwołującego, że posiada niezbędne zasoby, co potwierdził umową w formie pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym, przyjmując na siebie odpowiedzialność za niewykonanie umowy w postaci kary umownej.

W uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO 1434/21 Izba uznała że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, w ten sposób, że powołał się na zasoby PHU W.C. (bez wskazania rodzaju zasobów oraz zakresu i sposobu realizacji przez niego zamówienia), mimo że podmiot ten również nie spełniał w żadnym zakresie warunków udziału w postępowaniu. Na żadnym etapie postępowania nr ZP-BD-0024/21, w toku którego wydano wyrok KIO 1434/21, Zamawiający nie badał zdolności technicznych i zawodowych W.C. jako podmiotu udostępniającego zasoby Odwołującemu. W toku ww. postępowania na żadnym jego etapie Zamawiający nie kwestionował wskazania rodzaju zasobów udostępnionych przez W.C. oraz zakresu i sposobu realizacji przez niego zamówienia, zaś praktyka takiego przedstawiania zasobów innych podmiotów była dotychczas powszechnie akceptowana przez Zamawiającego w innych postępowaniach o udzielenie zamówień.

Również w tym zakresie Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie powinien podejmować decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania bez przeprowadzenia własnych, dogłębnych ustaleń faktycznych.

Odwołujący wskazał także, że prawidłowa wykładnia przepisach krajowych nie może pomijać sensu przepisów Dyrektywy 2014/24/UE. Przesłankę wykluczenia z postępowania ujętej ramach regulacji art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, termin „sankcyjnego” wykluczenia na podstawie art. 111 pkt 4) Pzp należy liczyć od daty wydania decyzji organu właściwego do ustalania naruszenia prawa antymonopolowego (UOKiK). Zgodnie ze stanowiskiem TSUE, artykuł 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca

dopuszczył się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia oblicza się od daty wydania decyzji tego organu. Sankcyjne wykluczenie Odwołującego z postępowania w trybie art. 111 pkt 4) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp powinno zostać poprzedzone wydaniem decyzji uprawnionego organu (UOKiK), a już w szczególności wykluczenie nie powinno mieć miejsca przed uprawomocnieniem się wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1010/21.

Sygn. akt KIO 2255/21

Odwołujący W.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe W.C. wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., którego przedmiotem jest "Likwidacja pompowni przy osadnikach popłuczki oraz osadników wody popłuczkowej z podtorzem suwnicy zlokalizowanych w rejonie szybu „Pułaski” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu w Katowicach KWK „Wieczorek II”

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 7 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzedzone nieuprawnionym przyjęciem, iż Odwołujący zawarł z innymi przedsiębiorcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy Odwołujący nie dopuścił się zawarcia tego rodzaju porozumienia, a Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych,
- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i nieuprawnione przyjęcie, iż doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie miało miejsca i nie zostało przez Zamawiającego potwierdzone,
- naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, iż oferta Odwołującego uznana została za odrzuconą, gdy Odwołujący nie powinien być z postępowania wykluczony,
- naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu rzekomego zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

gdy Odwołujący nie dopuścił się zawarcia tego rodzaju porozumienia, co stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu w sposób bezpośredni dotyczącego Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania, dokonania czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wniósł także o:

- przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka M.C. - Prezesa Zarządu Foxmet sp. z o.o. na okoliczność: nie zawarcia przez tego Wykonawcę z W.C. porozumienia zakłócającego konkurencję przez w postępowaniu, w którym został wydany wyrok KIO 1010/21, na który powołuje się Zamawiający,
- przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron W.C. na okoliczność nie zawarcia przez Odwołującego z Foxmet sp. z o.o. porozumienia zakłócającego konkurencję przez w postępowaniu, w którym został wydany wyrok KIO 1010/21, na który powołuje się Zamawiający.

Zamawiający powiadomił Odwołującego, iż został wykluczony z postępowania z uwagi na zawarcie pomiędzy Odwołującym Foxmet sp. z o.o., porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Zamawiającego fakt ten został również potwierdzony w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1010/21.

Odwołujący wskazał, że nie był stroną postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w przywołanej sprawie stanowiącej - jak wynika z sekwencji podejmowanych przez Zamawiającego czynności - podstawę do wykluczenia Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Wskazał także, że bez możliwości obrony swych praw, np. poprzez przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka, Odwołujący w chwili obecnej ponosi negatywne skutki wydanego orzeczenia, które Zamawiający w sposób bezrefleksyjny, a z pewnością pochopny uznał za podstawę do niejako automatycznego wykluczenia Odwołującego z postępowania bez przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego.

Odwołujący wskazał, że jego oferta winna być sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Ofertę Odwołującego z ofertą złożoną przez Wykonawcę Foxmet sp. z o.o. dzieliło 6 ofert innych wykonawców. Trudno w takiej sytuacji mówić o zmowie cenowej.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że wyrok KIO 1010/21 nie jest jeszcze prawomocny, albowiem nie upłynął termin do jego zaskarżenia przez uprawnione do tego strony. W tej sytuacji przedmiotowy wyrok nie może stanowić dowodu w niniejszym postępowaniu, a tym bardziej nie może być podstawą do podejmowania przez Zamawiającego tak drastycznego kroku, jakim jest wykluczenie wykonawcy. Fakt nieprawomocności wskazanego wyroku KIO 1010/21 zdaniem Odwołującego powoduje, iż nie zostało przesądzone czy orzeczenie, na które powołuje się Zamawiający pozostanie w obrocie prawnym. Tym samym nie może on stanowić podstawy do podejmowania czynności skutkujących uniemożliwieniem Odwołującemu uczestnictwa w postępowaniach o zamówienie publiczne. Stanowi to również jaskrawy dowód na naruszenie art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał także, że bez swojej winy, a także beż żadnej możliwości obrony - znalazł się w bardzo trudnym położeniu. Z tego też względu, zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien przeprowadzić szczegółowe postępowanie wyjaśniające, a przede wszystkim umożliwić Odwołującemu odniesienie się do potencjalnych wątpliwości Zamawiającego, jeśli ten powziął je po otrzymaniu wyroku w sprawie o sygn. 1010/21 i łączy je jego osobą. Zamawiający zaniechał dokonania takich czynności, a dodatkowo dokonał czynności, na które Odwołujący nie miał żadnego wpływu.

Zdaniem Odwołującego nie może on ponosić negatywnych konsekwencji działań bądź zaniechań po stronie Zamawiającego, które w sposób rażący naruszają przepisy ustawy prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę dokumentację postępowania, w tym pisma procesowe stron i uczestników postępowania Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania podlegały oddaleniu.

Zgodnie z artykułem 111 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2019 roku), wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2019 roku), wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z art. 111 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2019 roku), wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku

od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2004 roku), z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 24 ust 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2004 roku), wykonawca podlega wykluczeniu przez okres 3 lat od dnia zaistnienia zdarzenia.

Powyżej przytoczone przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają charakter obligatoryjny.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający ustalił, że Odwołujący zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, a zatem w konsekwencji Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wykluczenia Odwołujących ze wskazanych postępowań.

Skoro Zamawiający ustalił, że pomiędzy Wykonawcami Foxmet sp. z o.o. oraz W.C., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe W.C., doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co znalazło potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1010/21, to należy uznać, że Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował art. 111 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2019 roku) i wykluczył Wykonawcę Foxmet sp. z o.o. z kolejnych postępowań, tj. postępowań, których przedmiotem jest - Likwidacja wybranych obiektów budowlanych na powierzchni dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I - Śląsk” Ruch „Śląsk”, oraz Likwidacja infrastruktury kolejowej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I – Śląsk” Ruch „Śląsk”.

Analogicznie, Zamawiający również w sposób prawidłowy zastosował art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2004 roku) i wykluczył Wykonawcę W.C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe W.C., z kolejnego postępowania, którego przedmiotem jest: „Likwidacja pompowni przy osadnikach popłuczki oraz osadników wody popłuczkowej z podtorzem suwnicy zlokalizowanych w rejonie szybu „Pułaski” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu w Katowicach KWK „Wieczorek II””.

Jak wskazał Zamawiający, dokonał analizy okoliczności, która potwierdziła, że doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy oboma Wykonawcami. Ustalenia dokonane przez

Zamawiającego znalazły potwierdzenie w wyrokach Izby o sygnaturach KIO 1010/21 oraz 1434/21.

Dokonując ustaleń, tak Zamawiający, jak i Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 1010/21, wskazała na zespół okoliczności, które oceniane łącznie potwierdzały, iż pomiędzy tymi Wykonawcami doszło do zawarcia niezgodnego z prawem porozumienia, w tym: powiązania rodzinne, podobieństwo cenowe pierwotnych ofert, korzystanie z tych samych, wzajemnych zasobów, nieuzasadnione zaniechanie złożenia przez W.C. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, powielanie się podobnych zachowań tych Wykonawców w toku innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

Każda z ww. okoliczności samodzielnie byłaby niewystarczająca dla stwierdzenia wystąpienia niezgodnego z prawem porozumienia. Dopiero wszystkie te okoliczności razem pozwalają przyjąć, że takie porozumienie wystąpiło. Zamawiający wykazywał, że zachowania Wykonawców powtarzają się w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nie są to zatem jednostkowe przypadki. Powtarzalność poszczególnych zachowań wskazywała na zawarcie porozumienia pomiędzy Wykonawcami i uprawniała Zamawiającego do oceny, iż pomiędzy Wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia (w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 1010/21).

Wbrew twierdzeniu Odwołującego Foxmet sp. z o.o., wskazywane przez niego działania, w tym także złożenie oferty, z której Wykonawca wycofuje się, czy to poprzez brak przedłużenia terminu związania ofertą, czy poprzez zaniechanie składania wyjaśnień w postępowaniu, nie należą do częstych, powszechnych działań wykonawców. Zatem jedynym logicznym uzasadnieniem dla notorycznego braku składania wyjaśnień przez Wykonawcę W.C. jest porozumienie wykonawców, mające na celu umożliwienie uzyskania zamówienia Wykonawcy Foxmet sp. z o.o., który oferuje w postępowaniu wyższą cenę.

Żaden z Odwołujących nie przedstawił innego logicznego wytłumaczenia dla takich działań.

W trakcie niniejszego postępowania odwoławczego żaden z Odwołujących nie przedstawił dowodu, który przeczyłby ustaleniom Zamawiającego, czy też przeczyłby okoliczności, że Odwołujący zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego W.C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe W.C., zgodnie z którym argumentacja w postępowaniu koncentruje się na sprawach i orzeczeniach zapadłych głównie w odniesieniu i z udziałem Odwołującego Foxmet sp. z o.o., należy stwierdzić, że Odwołujący pomija okoliczność notoryjną, tj. fakt, że porozumienie wymaga więcej niż jednego podmiotu/Wykonawcy, a jak zostało powyżej wskazane, także w wyrokach zapadłych przed Krajową Izbą Odwoławczą, to właśnie obydwie podmioty, tj. Foxmet sp. z o.o. oraz W.C.,

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe W.C., dokonywały czynności wskazujących na zawarcie porozumienia. Dotyczy to zatem nie tylko powiązań rodzinnych (którym Odwołujący wcale nie zaprzeczają), ale także innych działań jak: podobieństwo cenowe pierwotnych ofert, korzystanie z tych samych, wzajemnych zasobów, nieuzasadnione zaniechanie składania przez W.C. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, powielanie się podobnych zachowań tych wykonawców w toku innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego. Skoro zatem Zamawiający ustalił, że pomiędzy Wykonawcami Foxmet sp. z o.o. oraz W.C., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe W.C., doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co znalazło potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1010/21, to należy uznać, że Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku także w odniesieniu do Wykonawcy W.C..

Ponadto należy wskazać, że Wykonawca W.C. podkreślał, że nie brał udziału w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 1010/21.

Co istotne, Wykonawca ten nawet nie próbował zgłosić przystąpienia do wskazanego postępowania odwoławczego. Prawidłowe wykazanie interesu w zgłoszeniu przystąpienia, w szczególności, gdy w interesie tego Wykonawcy leżało ustalenie jego sytuacji tak w tym, jak i w kolejnych postępowaniach, wykazanie braku istnienia porozumienia z innym Wykonawcą w postępowaniu, umożliwiłoby Wykonawcy udział w tym postępowaniu. Wykonawca nie skorzystał jednak (choć mógł) z tego uprawnienia. Nie może zatem w tej sytuacji twierdzić, że nie miał możliwości wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i złożenia wyjaśnień, a orzeczenia zapadły głównie w odniesieniu i z udziałem Odwołującego Foxmet sp. z o.o. i nie mają odniesienia do jego oferty.

Odwołujący Foxmet sp. z o.o. w argumentacji podniósł, że sankcyjne wykluczenie Odwołującego z postępowania w trybie art. 111 pkt 4) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2019 roku) powinno zostać poprzedzone wydaniem decyzji uprawnionego organu (UOKiK), a już w szczególności wykluczenie nie powinno mieć miejsca przed uprawomocnieniem się wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1010/21. Jednakże ustawodawca nie uzależnił ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku, jak i przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji

stwierdzającej istnienie „zmowy przetargowej”. Gdyby tak było, ustawodawca wyraźnie wskazałby to w treści przepisu.

Przeciwnie - ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział niezależną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy to właśnie Zamawiający (a nie inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia.

Ustawodawca nie wskazał także, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest nieprawomocny. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest wykonalny i żaden przepis prawa nie zabrania Zamawiającemu wykonania wyroku Izby oraz uwzględnienia konsekwencji wydanego przez Krajowa Izbę Odwoławczą wyroku, nawet pomimo jego zaskarżenia przez wykonawcę czy inny podmiot.

Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z obu przedmiotowych postępowań także z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w postępowaniu, którego dotyczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 1434/21.

Jak zostało ustalone, wprowadzenie w błąd Zamawiającego polegało na złożeniu oświadczenia co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, mimo że Odwołujący ich nie spełniał, ani też nie polegał na potencjale podmiotu trzeciego. Działanie Wykonawcy Foxmet sp. z o.o. ukierunkowane było na wytworzenie u Zamawiającego przekonania, że Wykonawca ten dysponuje niezbędnymi zasobami wymaganymi w ramach postępowania, mimo iż faktycznie nimi nie dysponował.

Z uwagi na okoliczność, że Zamawiający dokonał wykluczenia Wykonawcy Foxmet sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd (co zostało ustalone w postępowaniu zakończonym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 1434/21), zasadnym było wykluczenie tego Wykonawcy w niniejszych postępowaniach na podstawie art. 111 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku.

Jedynie zatem na marginesie należy zauważyć, że Odwołujący Foxmet sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie złożył żadnych wyjaśnień czy dowodów, które pozwalałyby uznać, że ustalenia Zamawiającego, jak również Krajowej Izby Odwoławczej, były nieprawidłowe. Przeciwnie, składane w trakcie rozprawy oświadczenia Wykonawcy Foxmet sp. z o.o. potwierdzały prawidłowość ustaleń i wniosków Zamawiającego oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

W trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący Foxmet sp. z o.o. stwierdził, że nie miał wiedzy co do faktu, że Pan W.C. nie posiada zasobów wymaganych treścią warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie nie zaprzeczał, a wręcz przyznawał, że istnieją ścisłe relacje rodzinne pomiędzy nim a Wykonawcą W.C. (które to relacje rodzinne miały wpływ na

okoliczność, że nie zawierano żadnych umów w formie pisemnej i stąd niemożliwość przedstawienia w sprawie jakichkolwiek dowodów). Skoro zatem istnieją powiązania rodzinne pomiędzy Wykonawcami, to nie jest wiarygodne twierdzenie Wykonawcy Foxmet sp. z o.o., że nie posiadał wiedzy co do faktu, że Wykonawca W.C. nie dysponuje odpowiednimi zasobami. Składane zatem przez Odwołującego Foxmet sp. z o.o. oświadczenie jest niewiarygodne i jako takie nie potwierdza, aby ustalenia tak Zamawiającego, jak i Krajowej Izby Odwoławczej (w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 1434/21), były nieprawidłowe.

W konsekwencji za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2019 roku). Skoro Wykonawca Foxmet sp. z o.o. podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, to w konsekwencji oferta złożona przez tego Wykonawcę podlegała odrzuceniu.

Za bezzasadny należało także uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2004r.). Skoro Wykonawca W.C. podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, to w konsekwencji oferta złożona przez tego Wykonawcę podlegała odrzuceniu.

Izba oddaliła wnioski Odwołujących Foxmet sp. z o.o. oraz W.C. o przeprowadzenie dowodu:

- z zeznań świadka W.C. na okoliczność wykazania następujących faktów: przyczyn nie złożenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w postępowaniu na „Rozbiórkę wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze”, którego dotyczył wyrok KIO 1010/21,
- z przesłuchania strony M.C. - Prezesa Zarządu Odwołującego Foxmet sp. z o.o. na okoliczność wykazania następujących faktów: nie zawarcia z W.C. porozumienia mającego na celu ustalenie cen ofert składanych przez niego lub Odwołującego w niniejszym postępowaniu lub w postępowaniu na „Rozbiórkę wieży szybu IV wraz z wykonaniem płyty zamykającej szyb w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze”, którego dotyczył wyrok KIO 1010/21,
- z zeznań świadka M.C. - Prezesa Zarządu Foxmet sp. z o.o. w Czerwionce - Leszczynach oraz w charakterze strony W.C., na okoliczność nie zawarcia przez Odwołującego z Foxmet sp. z o.o. porozumienia zakłócającego konkurencję w postępowaniu.

Przeprowadzenie powyższych dowodów prowadziłyby do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania.

Wykonawca Foxmet sp. z o.o. nie zgłosił takich dowodów w postępowaniu o sygnaturze akt KIO 1010/21. Zgłoszone dowody nie są przydatne dla dokonania ustaleń w niniejszej sprawie.

Niezależnie od powyższego, każda ze stron ma prawo złożenia dowodów, oświadczeń do zamknięcia rozprawy. Każda ze wskazanych osób miała możliwość niezależnego stawiennictwa przed Izłą, złożenia oświadczenia. Żadna ze wskazanych osób nie tylko nie stawiła się, ale nie złożyła żadnego oświadczenia, pisemnych wyjaśnień, czy innych dowodów. Podkreślić należy, nie istniały żadne przeszkody, aby osoby te stawiły się na rozprawie celem przedstawienia własnego stanowiska. To strony postępowania odwoławczego decydują samodzielnie, która z osób stawi się na rozprawie. Oczywistym jest, że w sytuacji, gdyby strona postępowania była zainteresowana całkowitym wyjaśnieniem sprawy i uzyskaniem korzystnego dla niej rozstrzygnięcia, powyższe osoby stawiłyby się na rozprawie lub złożyły pisemne oświadczenia i wyjaśnienia. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że trudno uznać powyżej wymienione osoby za obiektywne i niezależne, w sytuacji, gdy mają interes w rozstrzygnięciu postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30000 zł 00 gr uiszczoną tytułem wpisu od każdego z odwołań.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....