

WYROK

z dnia 1 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Leśne: LEŚNIK-T M. Cz., ul. Młodzieżowa 5/7, 77-220 Koczała, R. M., R. M. Firma Usługowa S.C, Dretyń 31, 77-203 Miastko, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe Nadleśnictwo Niedźwiady w Przechlewie, ul. Człuchowska 71, 77-320 Przechlewo,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum „WALD” Zakład Usług Leśnych W. G. Stara Brda Piłska 5, 77-220 Koczała, Usługi Leśne i Transportowe M. S. Wilkowo 5a/10, 77-220 Koczała, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Leśne: LEŚNIK-T m. Cz., ul. Młodzieżowa 5/7, 77-220 Koczała, R. M., R. M. Firma Usługowa S.C, Dretyń 31, 77-203 Miastko i:
2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza kwotę 4 674,26 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćset siedemdziesiąt

cztery złote dwadzieścia sześć groszy) od Odwołującego - wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Leśne: LEŚNIK-T M.

Cz., ul. Młodzieżowa 5/7, 77-220 Koczała, R. M., R. M. Firma Usługowa S.C, Dretyń 31, 77-203 Miastko, na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe Nadleśnictwo Niedźwiady w Przechlewie, ul. Człuchowska 71, 77-320 Przechlewo, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i jego dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1064/19

Zamawiający - Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe Nadleśnictwo Niedźwiady w Przechlewie, ul. Człuchowska 71, Przechlewo 77-320, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiada w Przechlewie w latach 2019-2020 —leśnictwa: Pustowo, Kamionka, Rudka, Głuszec”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.04.2019 r. pod numerem 2019/S 077-183608.

Zamawiający w dniu 4.06.2019 r. przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia - KONSORCJUM LEŚNE: LEŚNIK-T M. Cz., ul. Młodzieżowa 5/7, 77-220 Koczała, R. M., R. M. Firma Usługowa S.C, Dretyń 31, 77-203 Miastko (dalej jako Odwołujący) informację o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Od tej czynności, w dniu 10.06.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania,
- 2) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż zastosowana przesłanka odrzucenia nie ma zastosowania i umocowania w zaistniałym stanie faktycznym.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że do wykluczenia go z postępowania doszło wobec stwierdzenia przez Zamawiającego, iż w prowadzonym uprzednio postępowaniu „Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019-2020”, [SA.270.19.2018.KG] doszło do zawarcia pomiędzy wykonawcami, w tym Odwołującego, porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Do wniosku takiego Zamawiający doszedł wobec wystąpienia w ofertach wykonawców: 1. Usługi Wielobranżowe J. Cz., ul. Leśna 10/10, 77-22- Koczała oraz 2. Konsorcjum: Leśnik—T M. Cz., ul. Młodzieżowa 5/7, 77-220 Koczała: Usługi Transportowo-Leśne TRANS-MAR M. S., Wilkowo 5a, 77- 22- Koczała, jednakowych cen jednostkowych dla prawie wszystkich pozycji, a ponadto w ofertach Wykonawców popełniono jednakowe błędy. Nadto wykonawca - Usługi Wielobranżowe J. Cz.

- wezwany do uzupełnienia JEDZ - nie złożył prawidłowych dokumentów sytuacji gdy jego oferta była z najniższą ceną. Zamawiający wskazał również na powiązania rodzinne między M. Cz. a J. Cz., co jego zdaniem, w oparciu na literaturę przedmiotu, wskazuje na fakt zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zamawiający podnosi, że Zamawiający wskazał także, że w momencie wniesienia odwołania do KIO w tymże postępowaniu przez innego uczestnika postępowania Konsorcjum zgłosiło swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego, a w momencie uznania przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu złożono oświadczenie, że Przystępujący nie będzie wnosił sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający wywiódł z tego, że wykonawca Konsorcjum "przyznał rację Odwołującemu i Zamawiającemu, iż dopuścił się zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji".

Odwołujący wskazuje, że podobna argumentacja odnosi się do wyników postępowania w Pakiecie VIII tego samego zamówienia (SA.270.19.2018.KG) i dotyczy Konsorcjum Leśnego A. W. Usługi Leśne, ul. Miastecka 18, 77-220 Koczała; R. M.

i R. M. Firma Usługowa S.C. Dretyń 31, 77-220 Koczała oraz Leśnik-T M. Cz., ul. Młodzieżowa 5/7, 77-220 Koczała. Podnosi, że tam również powołano się na kwestię skali zbieżności cen jednostkowych i niezłożenia dokumentów wskazanych przez Zamawiającego przez Wykonawcę, związków osobistych Wykonawców oraz niezłożenia sprzeciwu wobec uznania przez Zamawiającego argumentów innego uczestnika, który złożył odwołanie.

Wobec powyższego, Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp i na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 wykluczył Konsorcjum z udziału w postępowaniu. Odwołujący informuje, że Zamawiający wskazał, iż „za stosowne środki dowodowe należy uznać w niniejszym postępowaniu prawomocną decyzję Zamawiającego o wykluczeniu wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o znaku sprawy SA.270.19.2018.KG jak również dokumenty znajdujące się w aktach owego postępowania, z których wynika zawarcie przez wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Odwołujący wywodzi, że wykonawca Konsorcjum Leśne w JEDZ zaznaczył odpowiedź, iż nie zawarł porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Ponadto w dniu 30.05.2019 r. złożył identyczne oświadczenie, iż „w żadnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zawierałem porozumienia z innymi wykonawcami, które miałyby prowadzić do zakłócenia konkurencji w rozumieniu art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Konsorcjum nie wniosło sprzeciwu wobec uznania przez Zamawiającego argumentów odwołania wniesionego przez innego uczestnika postępowania. Odwołujący podnosi, że powyższe nie oznacza, że doszło do przyznania faktu zawarcia umowy z jakimkolwiek wykonawcą. Zdaniem Odwołującego, przyjęcie przez Zamawiającego, iż dopuszczono się umowy na podstawie braku złożenia sprzeciwu wobec stanowiska Zamawiającego w postępowaniu przed KIO z odwołania TAXFOREST Sp. z o.o. i TAXUS UL Sp. z o.o. jest nieuprawnione. Wskazuje, że niezłożenie sprzeciwu wobec uznania przez Zamawiającego takiego zarzutu postawionego w odwołaniu Taxforest sp. z o.o. i Taxus UL Sp. z o.o. z 16 marca 2019 r. wynikało z bezprzedmiotowości toczenia sporu wobec przekroczenia w ofercie kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego i ewentualnego obciążenia kosztami w przypadku negatywnego rozstrzygnięcia KIO, postępowanie zaś zostało zakończone unieważnieniem, wobec przekroczenia poziomu środków przewidzianych przez Zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że na żadnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym na żadnym etapie postępowania odwoławczego nie nastąpiło potwierdzenie przez Konsorcjum zawarcia z jakimkolwiek innym wykonawcą umowy cenowej, ani nie wynikało to z jakiegokolwiek dokumentu. Podnosi, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Odnosząc się treści odwołania, które w uprzednim postępowaniu zostało wniesione, a zostało uznane przez Zamawiającego jako wytyczna w obecnym postępowaniu, odwołujący wskazywał na swoje „uzasadnione podejrzenie, co do zawarcia porozumienia mającego zakłócić konkurencję i podnosił w pkt 1, że Wykonawcy najprawdopodobniej ustalili warunki składanych ofert”. Do takiego rozumowania przychylił się Zamawiający uznając argumenty podniesione w odwołaniu, a następnie uznał tezy odwołania za udowodnione. Zdaniem Odwołującego za pozbawione postaw należy też uznać wzmiankowane powyżej stwierdzenie Zamawiającego, że za stosowne środki dowodowe uznano prawomocną decyzję Zamawiającego o wykluczeniu wykonawców z postępowania. Powyższe może być jedynie dowodem, iż taką decyzję Zamawiający powziął, a nie, że istotnie nastąpiły okoliczności porozumienia wykonawców. Odwołujący wywodzi, że nietrafnie podnoszone są okoliczności, co do związków rodzinnych i osobistych jako przesądających o wystąpieniu porozumienia Wykonawców, gdyż żaden przepis nie zabrania składania ofert przez tak powiązanych wykonawców. Wskazuje, że również kwestia wystąpienia podobnych danych, czy liczb,

a nawet błędów w obliczeniach, nie przesądza o wystąpieniu okoliczności określonych w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp tj. zawarciu porozumienia zmierzającego do zakłócenia konkurencji, a jedynie na współpracę przy redagowaniu oferty, co jest zrozumiałe wobec występowania więzów rodzinnych i osobistych wśród uczestników postępowania. Ostatecznie złożyli oni odmienne oferty cenowe. Podnoszony fakt nieuzupełnienia ofert w sposób wskazany przez Zamawiającego, jest istotny, ale nie udowadnia istnienia inkryminowanego porozumienia Wykonawców, co Zamawiający winien udowodnić, a w tym zakresie nie przedstawiono stosownego dowodu potwierdzającego okoliczność porozumienia. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie wykazał za pomocą stosownych środków dowodowych faktu zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję, a tak stanowi stosowny przepis Pzp. Odpowiedni przepis - art. 57 ust. 4 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE odpowiadający art. 24 ust. 1 pkt 20 mówi o istnieniu wiarygodnych przesłanek, natomiast przepis polskiego prawa mówi o dysponowaniu dowodami, co w przedmiotowej sprawie nie zostało spełnione. Odwołujący stoi na stanowisku, że nie jest wystarczające wnioskowanie z zachowania wykonawców, że pozostają oni w porozumieniu, a niezbędne jest posiadanie dowodów.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 26.06.2019 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpienie skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum Leśne "WALD" Zakład Usług Leśnych W. G., Usługi Leśne i Transportowe M. S. (dalej również jako Przystępujący), wnioskując o oddalenie odwołania.

W dniu 25.06.2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy przed KIO strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w dniu 13.12.2018 r., wszczął postępowanie na zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w latach 2019-2020”, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 240-548326.

W rzeczonym postępowaniu wpłynęły następujące oferty: Usługi Wielobranżowe J. Cz. - cena oferty brutto 1 801 775,14 zł (oferta najkorzystniejsza w Pakiecie II), oferta konsorcjum M. Cz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LEŚNIK-T M. Cz. oraz M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TRANS — MAR M. S. - cena oferty 2 004 866,98 zł (druga najbardziej korzystna oferta w Pakiecie II) oraz oferta konsorcjum TAXFOREST Sp. z o.o. oraz TAXUS UL Sp. z o.o. - cena oferty 2 106 883,87 zł.

Na pakiet (część) VIII wpłynęły zaś następujące oferty: LEŚNIK-T M. Cz. - cena oferty brutto: 2 474 344,94 zł (druga najkorzystniejsza oferta w Pakiecie VIII), oferta konsorcjum A. W. Usługi Leśne, R. M., R. M. Firma Usługowa S.C. - cena oferty 2 149 787,41 zł (oferta najkorzystniejsza w Pakiecie VIII) oraz oferta konsorcjum TAXFOREST Sp. z o.o. oraz TAXUS UL Sp. z o.o. - cena oferty 2 653 766,36 zł.

W dniu 28.01.2019 r. Zamawiający wezwał na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia na pakiet II tj. J. Cz.

i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na pakiet VIII tj. A. W., R. M. oraz R. M. do uzupełnienia formularzy JEDZ.

W odpowiedzi na wezwania ww. wykonawcy przedłożyli formularze JEDZ, jednakże Zamawiający uznał, że nie pozwalają one na stwierdzenie, że spełniają oni warunki udziału w postępowaniu.

W dniu 5.02.2019 r. Zamawiający wykluczył z postępowania o udzielenie zamówienia na Pakiet II wykonawcę J. Cz. na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczył z postępowania o udzielenie zamówienia na Pakiet VIII wykonawców A. W. R. M. oraz R. M. na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wykonawcy przedłożyli formularze JEDZ o identycznej treści, jak te, które zostały złożone wraz z ofertą).

Następnie Zamawiający wybrał jako oferty najkorzystniejsze: dla Pakietu II - ofertę konsorcjum M. Cz., M. S., dla Pakietu VIII ofertę M. Cz.

Od ww. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 13.03.2019 r., konsorcjum TAXFOREST Sp. z o.o. oraz TAXUS UL Sp. z o.o. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 444/19), zarzucając Zamawiającemu, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców, którzy podlegali wykluczeniu z uwagi na zawarcie umowy przetargowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Zamawiający podjął decyzję o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości.

Wykonawcy: konsorcjum M. Cz., M. S. i wykonawca Leśnik-T M. Cz. przystąpili do postępowania odwoławczego, jednakże nie wnieśli sprzeciwu od uwzględniania zarzutów przez Zamawiającego.

W dniu 11.04.2019 r. Zamawiający wykluczył z postępowania konsorcjum M. Cz., M. S. (w pakiecie II) i wykonawcę Konsorcjum Leśne: A. W. Usługi Leśne, R. M., R. M. Firma Usługowa S.C. i Leśnik-T M. Cz. (w pakiecie VIII), uznając, że zawarli oni porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Jako podstawę uznania, że doszło do ww. porozumienia, wskazał, odnośnie wykonawców J. Cz. i Konsorcjum Leśnik-T M. Cz., Usługi Transportowo-Leśne Trans-Mar M. S. Zamawiający wskazał, że „w kosztorysach ofertowych przedłożonych przez obu Wykonawców zostały wskazane jednakowe ceny jednostkowe dla prawie wszystkich pozycji. Różnica w wycenie dotyczy tylko pozycji nr 39 kosztorysu ofertowego, w której Wykonawcy zastosowali różne stawki (Usługi Wielobranżowe J. Cz. — 15 zł, Konsorcjum - 23 zł).

Również w wycenie tych samych pozycji kosztorysowych Wykonawcy popełnili błąd rachunkowy (dotyczy poz. 9, 35, 36).

Nie jest prawdopodobnym, aby w tak wielu pozycjach Wykonawcy identycznie wycenili pozycje kosztorysowe i dodatkowo pomylili się w wyliczeniach w tych samych pozycjach. Biorąc nawet pod uwagę fakt wcześniejszej współpracy, niemożliwa jest taka wycena kosztorysu ofertowego, bez wcześniejszych ustaleń między sobą.

W wyniku wezwania Wykonawcy - Usługi Wielobranżowe J. Cz. - do uzupełnienia JEDZ (pismo Zamawiającego z dnia 28.01.2019 r.), Wykonawca ten nie złożył dokumentu w sposób wskazany w wezwaniu, co było skutkiem jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP (Zawiadomienie o wykluczeniu Wykonawcy z dnia 05.02.2019 r.).

Ustalenie takiego sposobu działania niezłożenie prawidłowych dokumentów w niższej

cenowo ofercie i późniejsze ich nieuzupełnienie w sposób określony przez Zamawiającego, żeby mogła wygrać oferta najbardziej korzystna dla Wykonawców jest powszednie w zмовach przetargowych.

Wykonawca jest na tyle doświadczonym podmiotem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, że nie można mówić tu również o jego niewiedzy w wypełnianiu i uzupełnianiu dokumentów przetargowych.

Ponadto pomiędzy Panem M. Cz. a J. Cz. istnieją powiązania rodzinne. W poprzednich latach wykonawcy ci występowali wspólnie przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Opierając się na literaturze przedmiotu

i orzecznictwie, występowanie dodatkowo takich zależności wskazuje na fakt zawarcia między podmiotami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

W momencie wniesienia odwołania do KIO przez Konsorcjum: TAXFOREST Sp. z o.o., TAXUS UL Sp. z o.o., Konsorcjum: LEŚNIK-T M. Cz.; Usługi Transportowo-Leśne TRANS-MAR M. S. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (pismo z dnia 16.03.2019 r.). W momencie uznania przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu, przez Przystępującego zostało złożone oświadczenie, że nie będzie on wnosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tym samym Wykonawca Konsorcjum: LEŚNIK-T M. Cz.; Usługi Transportowo-Leśne TRANS-MAR M. S. przyznał rację Odwołującemu / Zamawiającemu, iż dopuścił się zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji”.

W odniesieniu do wykonawców Konsorcjum Leśne: A. W. Usługi Leśne, R. M., R. M. Firma Usługowa S.C i Leśnik-T M. Cz., Zamawiający jako podstawę uznania, że doszło do zмовы przetargowej, wskazał:
„W kosztorysach ofertowych przedłożonych przez obu Wykonawców zostały wskazane jednakowe ceny jednostkowe dla prawie wszystkich pozycji. Różnica w wycenie dotyczy tylko pozycji nr 1, 2, 3, 8, 19, 27, 28, 36-41 kosztorysu ofertowego (13 z 46 pozycji), w której Wykonawcy zastosowali różne stawki.

Nie jest prawdopodobnym, aby w tak wielu pozycjach Wykonawcy identycznie wycenili pozycje kosztorysowe, bez wcześniejszych ustaleń między sobą.

W wyniku wezwania Wykonawcy — Konsorcjum Leśne - do uzupełnienia JEDZ (pismo Zamawiającego z dnia 28.01.2019 r.), Wykonawca ten nie złożył dokumentu w sposób wskazany w wezwaniu (złożenie tych samych dokumentów), co było skutkiem jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP (Zawiadomienie o wykluczeniu Wykonawcy z dnia 05.02.2019 r.). Co więcej, dokumenty uzupełnione przez Konsorcjum Leśne w dniu 30.01.2019 r. zostały podpisane przed terminem składania ofert, na co wskazuje dokument weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego pod przesłanymi dokumentami.

Ustalenie takiego sposobu działania niezłożenie prawidłowych dokumentów w niższej cenowo ofercie i późniejsze ich nieuzupełnienie w sposób określony przez Zamawiającego, żeby mogła wygrać oferta najbardziej korzystna dla Wykonawców jest powszednie w zмовach przetargowych.

Ponadto pomiędzy Panem M. Cz. a A. W. istnieją powiązania osobiste. Opierając się na literaturze przedmiotu i orzecznictwie, występowanie dodatkowo takich zależności wskazuje na fakt zawarcia między podmiotami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

W momencie wniesienia odwołania do KIO przez Konsorcjum: TAXFOREST Sp. z o.o., TAXUS UL Sp. z o.o., Wykonawca LEŚNIK-T M. Cz. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (pismo z dnia 16.03.2019 r.). W momencie uznania przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu, przez Przystępującego zostało złożone oświadczenie, że nie będzie on wnosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tym samym Wykonawca: LEŚNIK-T M. Cz. przyznał rację Odwołującemu i Zamawiającemu, iż dopuścił się zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji”.

W postępowaniu, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie - pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiada w Przechlewie w latach 2019-2020 - leśnictwa: Pustowo, Kamionka, Rudka, Głuszec” - członkowie konsorcjum Odwołującego złożyli dokumenty JEDZ w których na pytanie czy „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji?” zaznaczyli

odpowieź „Nie”. W związku z tym, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, wskazując, że w uprzednio prowadzonym postępowaniu członkowie konsorcjum Odwołującego zostali wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp oraz wskazując na możliwość określoną w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (self-cleaning).

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący oświadczył, że nie doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Zamawiający w dniu 4.06.2019 r. Zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, wskazując, że za stosowne środki dowodowe, o których mowa w powołanym przepisie uznał prawomocną decyzję Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy wydaną w uprzednio, wyżej opisanym, postępowaniu oraz dokumenty znajdujące się w aktach rzeczzonego postępowania, z których wynika zawarcie przez wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby działanie Zamawiającego, polegające na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp było prawidłowe - Zamawiający zasadnie uznał, iż ziszcila się przesłanka wykluczenia wykonawcy określona w powołanym przepisie. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, z udziału w postępowaniu 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. Omawiana przesłanka wykluczenia ma charakter obligatoryjny, jednakże zachodzą dwie okoliczności, w których nie znajdzie zastosowania - gdy od zawarcia porozumienia upłynęły ponad 3 lata (art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp), albo wykonawca, który takie porozumienie zawarł, przedstawi dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności np. podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu (art. 24 ust. 8 ustawy Pzp).

Wobec powyższego, należy uznać, że w sytuacji gdy Zamawiający w uprzednio prowadzonym postępowaniu stwierdził, że członkowie konsorcjum Odwołującego zawarli niedozwolone porozumienie i skutecznie wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, dla możliwości stwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w tym postępowaniu koniecznym byłoby wykazanie, że od zawarcia porozumienia upłynęły trzy lata, bądź wykonawca przedstawił przekonujące dowody na wykazanie swej rzetelności (self-cleaning). Odwołujący jednakże na takie okoliczności nie wskazywał, nie podjął nawet próby dokonania samooczyszczenia (choćby taką możliwość w wezwaniu do wyjaśnień wskazał Zamawiający), co wynikało zapewne z przyjętej taktyki, polegającej na zaprzeczaniu, iż w ogóle do porozumienia o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp doszło.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego była całkowicie chybiona. Należy bowiem uznać, że etapem, na którym Odwołujący mógł zaprzeczyć i wykazać, że do rzeczzonego porozumienia nie doszło, było pierwsze postępowanie, w którym został on wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Wykonawcy, którzy wchodzi w skład konsorcjum Odwołującego, w tamtym postępowaniu zrezygnowali z przysługującego im uprawnienia do wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia zarzutów odwołania, w których zarzucano im zawarcie niedozwolonego porozumienia. O ile rezygnacja ze sprzeciwu nie może być utożsamiana z „przyznaniem się”, tak należy ją poczytywać jako godzenie się z konsekwencjami uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego - w tym wypadku uznania, że wykonawca, którego dotyczyły zarzuty, zawarł porozumienie o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Z kolei obecnie prezentowana przez Odwołującego argumentacja, iż zrezygnował z wniesienia sprzeciwu, gdyż cena jego oferty przekraczała kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, a zatem nie mógł liczyć na uzyskanie zamówienia nawet w przypadku oddalenia odwołania, nie jest wiarygodna i racjonalna. Po pierwsze, Odwołujący nie miał pewności, że nie dojdzie do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, co jest prawnie dozwolone, w szczególności w sytuacji, gdy było to już drugie postępowanie, następujące po przetargu unieważnionym ze

względu na przekroczenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Należy w tym miejscu dodać, iż zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, okoliczność, iż cena oferty odwołującego przenosi kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie wpływa na posiadanie interesu we wniesieniu odwołania, m.in. właśnie wobec możliwości zwiększenia tej kwoty przez Zamawiającego (por. np. wyrok z 5.04.2017 r., KIO 539/17, z 11.05.2017 r., KIO 803/17, z 7.05.2018 r., KIO 851/18). Po drugie, wykonawcy, wchodzący w skład konsorcjum Odwołującego, jako podmioty profesjonalnie działające na rynku, powinni dbać o swoją pozycję rynkową i renomę, a zaniechanie obrony przed zarzutem zawarcia niedozwolonego porozumienia, którego stwierdzenie skutkuje wykluczeniem z postępowań o udzielenie zamówienia na trzy lata, uznać należy za działanie niemieszczące się w granicach racjonalnego zarządzania.

Próba podważenia ustaleń i decyzji Zamawiającego z poprzedniego postępowania, którą podejmuje Odwołujący, jest spóźniona. Umożliwienie podważenia ustaleń, które były podstawą decyzji o wykluczeniu go z poprzedniego postępowania, stanowiłoby w zasadzie przywrócenie terminu na wniesienie sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu odwołania dotyczącego zawarcia przez członków konsorcjum Odwołującego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Postępowanie odwoławcze, w którym rzeczono uwzględnienie miało miejsce zostało prawomocnie zakończone - umorzeniem postępowania, ze względu właśnie na uwzględnienie odwołania. Dopuszczenie ponownego badania, czy w poprzednim postępowaniu Odwołujący zawarł porozumienie o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp - pomimo ustalenia przez zamawiającego, że do porozumienia doszło - pozwoliłoby na obejście zasady ne bis in idem, która w ustawie Pzp znajduje odbicie w art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5. Artykuł 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp ma na celu wyeliminowanie wykonawców dopuszczających się praktyk zakłócających konkurencję, które zagrażają rynkowi i systemowi zamówień publicznych. Wobec powyższego nie można uznać, że wykonawca, co do którego stwierdzone zostanie, że zawarł takie porozumienie, jest traktowany nadmiernie surowo czy pozbawiany prawa do obrony. Należy zauważyć, że decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp może być - w zależności od woli wykonawcy - poddana kontroli KIO. Wykonawca ma zatem możliwość wykazania niezasadności decyzji Zamawiającego. Co więcej, przysługuje mu instytucja self-cleaningu. Ponadto po upływie trzech lat od zawarcia niedozwolonego porozumienia, ta przesłanka wykluczenia z postępowania wygasa. W tak ukształtowanym stanie prawnym z całą stanowczością należy stwierdzić, że nie jest zasadnym umożliwienie wykonawcy wykazywania, że uprzednio stwierdzone przez zamawiającego niedozwolone porozumienie nie miało miejsca. Możliwość taka stanowiłaby dodatkową - nadmiarową, mając na uwadze dyspozycje art. 24 ust. 7 i 8 ustawy Pzp, furtkę do uniknięcia wykluczenia z postępowania dla wykonawców, dopuszczających się zawierania zmów przetargowych.

W ocenie Izby, wystarczającym „środkiem dowodowym”, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, koniecznym dla uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania jest uprzednie, niewzruszone stwierdzenie, że wykonawca dopuścił się zawarcia takiego porozumienia, zapadłe w innym postępowaniu. W rozpatrywanej sprawie Zamawiający sam był podmiotem, który uznał, że ziszcila się przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, wobec czego znał i posiadał całość dokumentacji będącej podstawą wydania tej decyzji i wiedział, że nie była ona w żaden sposób podważana. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że wydanie decyzji o wykluczeniu go z poprzedniego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp stanowi jedynie dowód, że Zamawiający taką decyzję wydał. Dokonane w rzeczonym postępowaniu ustalenie, iż członkowie konsorcjum Odwołującego zawarli porozumienie zakłócające konkurencję, wobec braku jego sfalsyfikowania w przewidzianym do tego terminie (tj. w tym wypadku, w toku postępowania odwoławczego, gdzie podniesiono taki zarzut przeciw wykonawcy), stanowi dowód, że porozumienie takie zostało zawarte. W sytuacji, w której wykonawca zaniechał obrony przed uznaniem go winnym zawarcia niedozwolonego porozumienia (bądź jeżeli obrona taka byłaby nieskuteczna), dopóki nie upłynie termin 3 lat od jego zawarcia, to celem uniknięcia wykluczenia z kolejnych postępowań powinien dokonywać samooczyszczenia.

Tytułem uzupełnienia można dodać, że w rozpatrywanej sprawie Odwołujący nie przedstawił dowodów ani twierdzeń, których nie mógł podnieść w poprzednim postępowaniu. Jedynym środkiem dowodowym było złożone na rozprawie oświadczenie osoby, która miała przygotowywać w poprzednim postępowaniu jego ofertę oraz oferty innych wykonawców. Należy uznać, że przedstawione pismo stanowiło jedynie dowód, że takie oświadczenie zostało złożone. Dowód ten nie korespondował z żadnym innym dowodem czy ustaleniami w sprawie. Ponadto jak ustalono w toku rozprawy - oświadczenie zostało złożone przez osobę będącą w relacjach gospodarczych z Odwołującym i uprzednio zatrudnioną przez Zamawiającego - gdzie obecnie „nie jest lubiana”. Niezależnie od powyższego należy powtórzyć, że Odwołujący próbę podważenia ustaleń Zamawiającego o zawarciu porozumienia o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp winien był podjąć w poprzednim postępowaniu, a obecnie jest to działanie spóźnione.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznał, że zaszła przesłanka

wykluczenia Odwołującego z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Niewątpliwie środkiem dowodowym, pozwalającym na ustalenie, że Odwołujący zawarł porozumienie zakłócające konkurencje było uprzednie, ostateczne ustalenie, że porozumienie takie zostało zawarte. Jednocześnie Odwołujący nie podjął próby samooczyszczenia, nie upłynął również trzyletni termin, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Jako uzasadnione koszty związane z dojazdem na rozprawę Izba uznała jedynie przedłożony bilet lotniczy na kwotę 1074,26 zł. Za uzasadniony koszt Izba nie uznała przedłożonej faktury za paliwo - na kwotę 146,44 zł. Nie można uznać za uzasadniony dojazd pełnomocników Zamawiającego różnymi środkami transportu. Uzasadnionym kosztem byłby wspólny dojazd pełnomocników na rozprawę - pojazdem samochodowym lub pociągiem. W tej sytuacji Izba uznała, iż wysoki koszt przedstawionego biletu lotniczego wyczerpuje pulę „uzasadnionych kosztów” - i na jego podstawie orzekła jak w sentencji, zgodnie z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczącą: