Sygn. akt: KIO 3106/21

POSTANOWIENIE
z dnia 5 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie:

Jolanta Markowska

Małgorzata Rakowska

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 5 listopada 2021 r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18

października 2021 r. przez Odwołującego - M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod

firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe FOXMED M. C., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale

Wykonawcy Developer i Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul.

Młodego Górnika 2d, 41-808 Zabrze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy Tree Capital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Łubna 50 C, 05-532

Baniocha zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Metalowców 3c, 41-600 Świętochłowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ulman D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe FOXMED M. C. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie - 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 3106/21

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 Pzp z

zastosowaniem aukcji elektronicznej przez Zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń

S.A. z siedzibą w Bytomiu na Rozbiórkę 5 obiektów budowlanych wraz z likwidacją

przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia, zlokalizowanego na terenie SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Suszcu KWK „Krupiński" (nr postępowania: ZP-K-0008/21), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 20 lipca 2021 r. nr 2021/BZP 00119902, wobec zaniechania wykluczenia z postępowań wykonawców, zaniechania odrzucenia ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 18 października 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy M. C. prowadząca działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMED M. C. (sygn. akt KIO 3106/21) zwana dalej Odwołującym.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy:

Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu, Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w

Świętochłowicach, Ulman D. M. z Mikołowa, Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Baniocha.

Zamawiający w piśmie z 2.11.2021 r. dotyczącym trzech połączonych odwołań (sygn. akt KIO 3012/21, KIO 3019/21, KIO 3106/21) uznał w całości zarzuty podniesione przez Odwołującego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

W sprawie sygn. akt KIO 3106/21 sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania wnieśli wykonawcy: D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ulman D. M., Dominex Sp. z o.o., Developer i Recykling Sp. z o.o. oraz Tree Capital Sp. z o.o. przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odwołanie wniesione zostało wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, do jakich miał się dopuścić w postępowaniu z jednoczesnym wskazaniem w podstawie faktycznej zarzutów okoliczności związanych z zaniechaniami Zamawiającego w innych postępowaniach przetargowych, mających wskazywać na ziszczenie się przesłanek do wykluczenia z obecnego postępowania wykonawców, co miało prowadzić do naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj. :

1. art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-BD-

0006/20 (Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w

Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłowice - Wesoła I" Ruch KWK „Boże Dary")

wykonawca Dominex zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji; w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 (Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłowice - Wesoła I" Ruch KWK „Boże Dary" Część I, Część II)

wykonawca Dominex zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji; w postępowaniu nr ZP-BD-0033/20 (Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1] Budynek rachuby 2/ Pomost z szybem Staszic część II) wykonawca Dominex zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;

2. art. 111 pkt 5) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dominex, który wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, do czego doszło przy przedstawianiu przez Dominex Sp. z o. o. informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu nr ZP-BD-0024/20, poprzez złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w postępowaniu oraz posłużenie się zasobami Trakt Sp. z o. o. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, którego przedmiotem była Likwidacja szybika wentylacyjnego „Ryża" oraz pochylni wentylacyjnej „Ryża" na odcinku od przecinki do szybika wentylacyjnego do powierzchni wraz z wyposażeniem oraz likwidacja obiektów budowlanych (nr postępowania: ZP-BD-0024/20), podczas gdy robota budowlana pod nazwą Zasyp rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan (umowa z dnia 26 kwietnia 2017 r. numer SRK/KWKC/26/17) nie dotyczyła likwidacji szybu wraz z wyposażeniem oraz nie spełniała minimalnej wartości określonej w SIWZ, co zostało potwierdzone w zawiadomieniu z dnia 25 lutego 2021 r. o wykluczeniu z postępowania numer ZP-M-0007/20 konsorcjum w składzie: Dominex Sp. z o.o. (lider), Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. (uczestnik) i Trakt Sp. z o.o. (uczestnik);

3. art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Developer i Recykling w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-BD-0006/20 (Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w

Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłowice - Wesoła I" Ruch KWK „Boże Dary") wykonawca Developer i Recykling zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;

4. art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie

wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że 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) wykonawca Ulman zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji; w postępowaniu nr ZP-BD-0033/20 (Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1] Budynek rachuby 2/ Pomost z szybem Staszic część II) wykonawca Ulman zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;

5. art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pol Invest w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że 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) wykonawca Pol Invest zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji; w postępowaniu nr ZP-BD-0033/20 (Rozbiórka 2 obiektów budowlanych położonych na terenie Spółki

Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK Centrum, w tym: 1] Budynek rachuby 2/ Pomost z szybem Staszic część II) wykonawca Pol Invest zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;

6. art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Tree Capital w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że w postępowaniu nr ZP-BD-0006/20 (Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w

Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłowice - Wesoła I" Ruch KWK „Boże Dary") wykonawca Tree Capital zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji

7. art. 289 ust. 1 i art. 227 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie zakwalifikowania do udziału w negocjacjach oraz zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej AUK-P/2021/0634

wykonawców: Dominex, Developer i Recykling, Ulman, Tree Capital, podczas gdy

podlegają oni wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności zakwalifikowania do negocjacji oraz zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej i dokonania wykluczenia z postępowania wykonawców Dominex, Developer i Recykling, Ulman, Pol Invest, Tree Capital i powtórzenia czynności oceny i kwalifikacji do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący wskazał, jako moment, w którym powziął informację o naruszeniu przepisów ustawy Pzp zdarzenie polegające na zakwalifikowaniu wykonawców do udziału w negocjacjach oraz zaproszeniu do aukcji elektronicznej z 12.10.2021 r.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał natomiast na zachowania podmiotów mające wskazywać na czyn nieuczciwej konkurencji oraz wprowadzanie zamawiającego w błąd w innych przetargach, co miałoby wypełniać przesłanki do wykluczenia również w obecnym postępowaniu na zasadzie wynikającej z przepisu art. 111 pkt 4 i 5 ustawy Pzp, tj. przy uwzględnieniu wytycznej dotyczącej okresów wykluczenia z udziału w postępowaniach przetargowych.

Całość argumentacji, jak i dowodów zgłoszonych w odwołaniu powiązana była z innymi postępowaniami przetargowymi, co powiązane zostało z koniecznością oceny zachowań podmiotów pod kątem naruszeń mogących skutkować ich wykluczeniem z postępowań odpowiednio na okres 3 lub 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 16.06.2021 r., Izba

stwierdziła, iż zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3

Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa).

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie wniesione zostało po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Izby odwołanie stanowiło próbę obejścia przepisów ustawy Pzp określających terminy na wnoszenie odwołania, które liczone są od dnia powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 515 ust. 1 ustawy Pzp). Ponieważ zarzuty związane są z zaniechaniem wykluczenia z postępowania wykonawców, a okoliczności stanowiące podstawę do sformułowania zarzutów: zawiązania niedozwolonego porozumienia naruszającego zasady konkurencji w przetargu, jak i związanych z wprowadzaniem zamawiającego w błąd, odnosiły się wprost do innych (wcześniejszych) postępowań, dla oceny zachowania terminu na wniesienie odwołania, decydującym było ustalenie kiedy zdarzenia mające mieć skutek dla wykonawców w obecnym postępowaniu miały miejsce. To 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 zmowy 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 ustawy 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 wyznaczenia 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.

Odwołujący wyjaśniał na posiedzeniu, iż wiedzę o możliwości zakwalifikowania zachowania wykonawców do kategorii zmowy przetargowej powziął po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.06.2021r. sygn. akt 1010/21, w którym stwierdzono czyn nieuczciwej konkurencji, którego dopuść miał się sam Odwołujący. Okoliczność ta w żaden sposób nie wpływa na ustalenie kiedy zdarzenia mające mieć skutek dla wykonawców miały miejsce. Były one bezpośrednio powiązane z ich udziałem w postępowaniach ogłoszonych w 2020 roku.

W ocenie Izby to w momencie ustalania wyników przetargów należało podnosić zarzuty wobec zaniechania wykluczenia wykonawców z postępowania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie § 5 i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz.2437) Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 10.000 zł. Izba nie uwzględniła wniosków przystępujących po stronie zamawiającego, którzy zgłosili sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego o zasądzenie kosztów na podstawie złożonych rachunków. Przepisy rozporządzenia nie przewidują możliwości zasądzenia kosztów na rzecz przystępujących wnoszących sprzeciw. Tylko w przypadku, gdy sprzeciw prowadzi do rozpoznania zarzutów odwołania, przystępujący mogą ubiegać się o zwrot kosztów. W przypadku odrzucenia odwołania kwestia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzut przez zamawiającego nie ma wpływ na sposób rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: .....

Członkowie: