Sygn. akt: KIO 296/22
KIO 344/22

WYROK

z 28 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Emilia Garbala
Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 23 lutego 2022 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez odwołującego: Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach:

1. 4 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 296/22,

2. 9 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 344/22,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 296/22 obciąża odwołującego: Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 344/22 obciąża odwołującego: Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:.....

Sygn. akt: KIO 296/22
KIO 344/22

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp):

1. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. Likwidacja wybranych obiektów budowlanych na powierzchni dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I - Śląsk" Ruch „Śląsk", nr postępowania: ZP-S-0011/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 maja 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00063507/01,

2. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. Likwidacja infrastruktury kolejowej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I - Śląsk" Ruch „Śląsk", nr postępowania: ZP-S-0012/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 maja 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00068110/01.

Wykonawca Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach (dalej: Odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. 4 lutego 2022 r. odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 296/22 dotyczące

postępowania wskazanego wyżej w punkcie 1,

2. 9 lutego 2022 r. odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 344/22 dotyczące

postępowania wskazanego wyżej w punkcie 2.

Oba odwołania różniły się nieznacznie - w zakresie stanu faktycznego dotyczącego obu postępowań. Zarzuty i żądania zawarte w tych odwołaniach były jednakowe, z tego względu dalej zostaną zreferowane tak, jakby były jednym odwołaniem dotyczącym dwóch postępowań.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp przez

bezpodstawne odrzucenie ofert złożonych przez Odwołującego mimo, że nie podlegał on wykluczeniu z postępowań w sytuacji, gdy:

a. wyrok Izby o sygn. akt KIO 3707/21 nie był prawomocny, a zatem nie zaistniało zdarzenie o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp,

b. brak było zdarzenia o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp, gdyż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-BD-0012/20, w którym miało dojść do zmowy z udziałem Odwołującego, taka okoliczność nie została stwierdzona przez zamawiającego prowadzącego ww. postępowanie, jak również nie zostało wydane żadne prawomocne orzeczenie w tym zakresie;

c. w toku postępowania nr ZP-BD-0012/20 nie doszło do zmowy przetargowej między Odwołującym i wykonawcą NOMET S. N. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: NOMET), a Zamawiający nie wykazał takiej zmowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że wykluczenie nastąpiło na podstawie art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Uzasadniając zastosowanie art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający powołał się na okoliczność wydania wyroku Izby o sygn. akt KIO 3707/21 w którym, jak wskazał Zamawiający, ustalono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-BD-0012/20 doszło między Odwołującym, a wykonawcą NOMET do porozumienia mającego

na celu zakłócenie konkurencji. Zamawiający przywołał ustalenia Izby zawarte w wyroku KIO 3707/21, które leżały u podstaw uwzględnienia przez nią zarzutu naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp.

Zdaniem Odwołującego ww. decyzja Zamawiającego podjęta została z naruszeniem przepisów Pzp.

Zamawiający nie ustalił samodzielnie, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, faktu zawarcia zmowy przetargowej w postępowaniu nr ZPBD-0012/20. Podstawą wykluczenia nie była okoliczność o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp tj. „jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji". Wykluczenie Odwołującego z postępowań uzasadnione było natomiast faktem wydania przez Izbę wyroku KIO 3707/21, w którym stwierdzono zawarcie zmowy w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20.

Dla Zamawiającego wydanie wyroku KIO 3707/21 było właśnie zdarzeniem, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp, które w powiązaniu z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp spowodowało wykluczenie Odwołującego. Potwierdzała to wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna wykluczenia tj. art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, a nie art. 108 ust. 1 pkt 5
w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp. W orzeczeniu KIO 3707/21 zarzutem odwołania był właśnie art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp.

Potwierdzeniem, że przedmiotowa decyzja Zamawiającego nie stanowiła stwierdzenia zmowy w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20, ale była jedynie pochodną wyroku KIO 3707/21 było poniższe stwierdzenie Zamawiającego dotyczące tego orzeczenia:

„Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że okoliczności związane z tzw. zmową przetargową mogą zostać stwierdzone w okresie późniejszym, po zakończeniu takiego postępowania. Jeżeli zostanie stwierdzone, że w konkretnym postępowaniu zaistniały podstawy do uznania, że mieliśmy do czynienia ze zmową przetargową, to okres wykluczenia, wynikający z przepisu art. 111 pkt 4 Pzp należy liczyć od tego zdarzenia".

Z powyższego cytatu wynikało, że to Izba w sprawie o sygn. akt KIO 3707/21 stwierdziła okoliczności związane ze zmową przetargową, a w konsekwencji wskazany w art. 111 pkt 4 Pzp należało liczyć od tego zdarzenia.

Odwołujący podkreślił, że wyrok Izby o sygn. akt KIO 3707/21 był nieprawomocny, a 4 lutego 2022 r. Odwołujący go zaskarżył. Podejmując 4 lutego 2022 r. decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający miał świadomość, że wyrok KIO 3707/21 był nieprawomocny i nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zdarzeniem, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp może być tylko prawomocna decyzja, w tym przypadku prawomocny wyrok Izby. Potwierdzeniem takiej interpretacji art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp jest art. 57 ust. 4 lit. d) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), którego implementację do porządku krajowego stanowił art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 57 ust. 7 ww. dyrektywy, który implementowany był przez art. 111 pkt 4 Pzp.

Art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE, zdanie trzecie, stanowi: Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania

prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1 i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4.

W kwestii interpretacji użytego w art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE pojęcia „zdarzenie" wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 24 października 2018 w sprawie C-124/17, Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen GmbH, a analiza Trybunału w tym zakresie potwierdzała prezentowaną przez Odwołującego wykładnię art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 111 pkt 4 Pzp.

W pkt 34 ww. orzeczenia wskazano:

„Przez pytania trzecie i czwarte, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia należy liczyć od daty wydania decyzji tego organu". Przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału była więc przesłanka wykluczenia z postępowania dotycząca zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji i ocena od jakiego momentu należało liczyć okres wykluczenia. Sprawa będąca przedmiotem rozstrzygnięcia TSUE dotyczyła decyzji federalnego urzędu antykartelowego, który nałożył na Vossloh Laeis karę za to, że brała ona do roku 2011 udział w porozumieniach dążących do zakłócenia konkurencji w ramach kartelu szynowego. Trybunał rozstrzygał zatem, czy okres wykluczenia należało liczyć od dnia wydania decyzji przez federalny urząd antykartelowy, czy od dnia zakończenia uczestnictwa w kartelu. Rozstrzygając powyższą kwestię Trybunał uznał, że choć „art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru „odnośnego zdarzenia", ani w szczególności momentu, w którym ono następuje, należy zauważyć, że przepis ten przewiduje w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, że jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo

po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia".

W powyższym motywie Trybunał uznał zatem, że w świetle art. 57 ust. 7 dyrektywy zasadą jest, że okres wykluczenia liczy się nie od dnia popełnienia czynu wypełniającego znamiona naruszenia (np. zawarcia zmowy przetargowej), ale od daty skazania, która przypada niekiedy sporo po popełnieniu czynu.

W dalszej części orzeczenia TSUE wskazał: „W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiednią podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej.

W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji".

„W rezultacie okres wykluczenia oblicza się nie od chwili uczestnictwa w kartelu, lecz od daty, w której to zachowanie stało się przedmiotem stwierdzenia naruszenia przez właściwy organ".

W powyższych motywach Trybunał stwierdził jednoznacznie, że liczenie okresu wykluczenia musi następować od dnia wydania decyzji właściwego organu z uwagi na troskę o przewidywalność i pewność prawa. Decyzja ta musi mieć walor ostateczności, a zatem musi być prawomocna. Wykluczenia z postępowań wykonawców z powołaniem się na nieprawomocne decyzje prowadziłoby do chaosu prawnego.

Mając ponadto na uwadze przepis art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE, a także zasadę pewności prawa, podstawą wykluczenia na podstawie art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp mogła być tylko prawomocna decyzja, w tym przypadku prawomocny wyrok Izby tj. zdarzenie o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp oraz art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE. Taka sytuacja w przedmiotowym stanie faktycznym nie wystąpiła.

Niezależnie od powyższej argumentacji Odwołujący podniósł, że o naruszeniu przez Zamawiającego art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp świadczyła również

okoliczność, w której podstawą wykluczenia z postępowania na tej podstawie mogła być wyłącznie prawomocna decyzja zamawiającego podjęta wyłącznie w toku postępowania nr ZP-BD-0012/20, lub też prawomocny wyrok Izby w tym zakresie wydany w związku z postępowaniem odwoławczym w toku postępowania nr ZP-BD-0012/20. W toku postępowania nr ZP-BD-0012/20 nie została jednak stwierdzona zmowa przetargowa z udziałem Odwołującego, żaden z wykonawców nie podniósł też zarzutów do decyzji zamawiającego w tym zakresie.

W opinii Odwołującego już z samej treści art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wynika, że „możliwość stwierdzenia na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji" mogła nastąpić tylko w toku tego postępowania, w którym doszło do zawarcia nielegalnego porozumienia i tylko przez tego zamawiającego, który to konkretne postępowanie prowadził. Art. 108 ust. 1 pkt 5

Pzp, w części dotyczącej „grupy kapitałowej", używa w odniesieniu do wykonawców podejrzanych o udział w zmowie określenia „chyba, że wykażą". Oznacza to, że wykonawcy należący do grupy kapitałowej, przed ich wykluczeniem, muszą mieć zapewnioną możliwość wykazania, że oferty przygotowali niezależnie od siebie. Tymczasem, w innym postępowaniu, prowadzonym np. 2 lata po złożeniu odrębnych ofert przez kilku wykonawców należących

do jednej grupy kapitałowej, może startować tylko jeden z tych wykonawców. Uznanie zatem, że również w tym postępowaniu możliwe jest badanie zaistnienia zmowy przetargowej, zawartej w postepowaniu prowadzonym 2 lata temu, oznaczałoby zatem, że wykonawca, który rzekomo uczestniczył w tej zmowie, a nie złożył oferty w aktualnie prowadzonym postępowaniu, pozbawiony byłby prawa jakie daje mu art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Na potwierdzenie trafności takiej wykładni art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp Odwołujący wskazał wyroki KIO 3106/21, KIO 3019/21 oraz KIO 3012/21, które zapadły na skutek w zasadzie tożsamych odwołań złożonych przez Odwołującego FOXMET w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego (postępowania nr: ZP-K-0008/21,

nr ZP-M-0001/21 i nr ZP-PI-0003/21), gdzie w każdym z nich formułował on ten sam co obecnie zarzut tj. naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Dominex Sp. z o.o. mimo zawarcia nielegalnego porozumienia z NOMET w toku postępowania nr ZP-BD-0012/20.

Zasadność prezentowanej przez Odwołującego wykładni art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp potwierdzają przepisy Pzp określające terminy na korzystanie ze środków ochrony prawnej (art. 515 Pzp). Zasadą jest, że podnoszenie zarzutów w stosunku do czynności, czy też zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego winno następować w ściśle określonych terminach liczonych od dnia, w którym wykonawca dowiedział się lub mógł się dowiedzieć o danym naruszeniu ze strony zamawiającego. Uregulowana w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp przesłanka wykluczenia z postępowania, znajduje zastosowanie, jeżeli zamawiający prowadzący dane postępowanie, był w stanie stwierdzić, że wykonawcy ubiegający

się o zamówienie w tym postępowaniu, zawarli nielegalne porozumienie, mające na celu zakłócenie konkurencji w tym postępowaniu. Jeżeli zatem inny wykonawca uczestniczący w tym postępowaniu stwierdziłby, że mimo istnienia wiarygodnych przesłanek co do zawarcia nielegalnego porozumienia (np. złożone dwie podobne oferty lub wykonawca wybrany celowo odmówił podpisania umowy, w celu umożliwienia udzielania zamówienia drugiemu wykonawcy) zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawców na podstawie art.

108 ust. 1 pkt 5 Pzp, to zarzut ten winien on formułować w terminach określonych w art. 515 Pzp. Reguła ta jest niezbędna dla zachowania pewności prawa oraz realizacji zasady koncentracji środków ochrony prawnej. Wymaga podkreślenia, że zamawiający prowadzący postępowanie nie może udzielić zamówienia wykonawcy podlegającemu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1
pkt 5 Pzp tj. który wspólnie z innym wykonawcą uczestniczącym w tym postępowaniu zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie można stwierdzić najpóźniej w momencie ogłoszenia wyników postępowania, a zatem zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp winien być formułowany w terminie określonym w art. 515 ust. 1 Pzp. Podniesienie takiego zarzutu w innym terminie musiałoby być uznane za spóźnione. Powyższe potwierdzało, że wykładnia art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp prowadząca do dopuszczenia możliwości badania zmowy przetargowej w innym postępowaniu niż to, w którym doszło do jej zawarcia prowadziłaby do przywrócenie terminów do korzystania ze środków ochrony prawnej i zaburzenia

wynikającej z przepisów Pzp zasady koncentracji środków ochrony prawnej.

21 lutego 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania i wniósł o ich oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowań objętych odwołaniami nie było wydanie wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3707 /21, a fakt jego uczestnictwa w zmowie przetargowej. Wywodzenie przez Odwołującego odmiennych wniosków z kolejności podania przez Zamawiającego jednostek redakcyjnych przepisów Pzp pozostających w związku było nieuprawnione. W toku postępowania przed KIO zostały ujawnione okoliczności, które wcześniej nie były przedmiotem rozwagi Zamawiającego, stąd zbieżność czasowa czynności Zamawiającego z wydaniem wyroku. Zamawiający, jako podmiot publiczny, nie mógł tolerować sytuacji, w której w aktualnie toczących się postępowaniach brał udział wykonawca, który uczestniczył w zmowie przetargowej. Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający wyklucza wykonawcę, jeżeli może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek,

że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Zamawiający dysponował takimi wiarygodnymi przesłankami, a zdarzeniem, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp nie było wydanie wyroku a zaistnienie zmowy przetargowej.

Błędnie Odwołujący wskazał przy tym, że podstawą wykluczenia wykonawcy zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp mogła być wyłącznie prawomocna decyzja właściwego organu. Wykładnia taka w pierwszej kolejności jest sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Nawet gdyby przyjąć, że zmowa przetargowa mogłaby być sankcjonowana wyłącznie po jej stwierdzeniu przez właściwy organ, orzeczenie KIO nie jest decyzją właściwego organu w zakresie porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji. Organ ten, zgodnie z konstrukcją ustawową, nie jest bowiem powołany do stwierdzenia porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji.

Nie ulegało wątpliwości, że wyrok KIO 3707/21, w którym stwierdzono zmowę przetargową w postępowaniu ZP-BD-0012/20 był nieprawomocny. Ustawodawca nie obliguje jednak zamawiających do wstrzymania się z prowadzonymi postępowaniami do czasu rozstrzygnięcia skargi na orzeczenie Izby.

Na potwierdzenie wystąpienia okoliczności przemawiających za stwierdzeniem udziału Odwołującego w zmowie przetargowej w postępowaniu ZP-BD-0012/20 Zamawiający przytoczył podstawowe fakty, które były już przedmiotem oceny Izby w postępowaniu o sygn. akt KIO 3707/21.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedziach na odwołania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 296/22 po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Foxmet Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach. W uzasadnieniu swojego interesu w przystąpieniu do postępowania wykonawca wskazał: „Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego gdyż oddalenie odwołania jest konieczne dla utrzymania w mocy czynności Zamawiającego związanej z wykluczeniem z zamówień publicznych Odwołującego, który wraz z innym wykonawcą w innym postępowaniu zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami". Izba ustaliła, że 22 lipca 2021 r. Zamawiający

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp odrzucił z postępowania ofertę wykonawcy Foxmet Sp. z o.o. uznając, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania. Wykonawca

ten 27 lipca 2021 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przeciwko ww. czynności Zamawiającego. Wyrokiem KIO 2254, 2255/21 z 6 września 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie i utrzymała w mocy odrzucenie oferty wykonawcy Foxmet. Wyrok ten nie został zaskarżony do sądu i uprawomocnił się. W konsekwencji powyższego Izba uznała, że Foxmet Sp. z o.o. nie jest już wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Nie ma on zatem interesu w popieraniu Zamawiającego. Co za tym idzie nie zostały wypełnione przesłanki określone w art. 525 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Wobec powyższego Izba podczas posiedzenia niejawnego z udziałem z stron postanowiła w urzędu nie dopuścić wykonawcy Foxmet Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący w piśmie procesowym z 22 lutego 2022 r. zgłosił ponadto opozycję przeciwko przystąpieniu wykonawcy Foxmet Sp. z o.o. do postępowania o sygn. akt KIO 296/22. Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko opierając się na faktach, które Izba ustaliła z urzędu i na których oparła swoją decyzję o niedopuszczeniu wykonawcy Foxmet do postępowania odwoławczego. W konsekwencji, o ile stanowisko Odwołującego było co do zasady prawidłowe, Izba uznała zgłoszoną opozycję za bezprzedmiotową.

Izba ustaliła, co następuje:

4 lutego 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a Pzp oferty Odwołującego z postępowań: ZP-S-0011/21 i ZP-S-0012/21. Uzasadnienie ww. czynności w ramach obu postępowań było jednobrzmiące - Zamawiający wskazał:

„W wyroku z dnia 10 stycznia 2022 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt 3707/21) w sprawie dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia nr ZP-PI-0003/21 pn. „Likwidacja 23 obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Piekary I cz. II" został orzeczony nakaz wykluczenia ww. Wykonawców z postępowania.

Wykluczenie następuje na podstawie art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku z uwagi na zawarcie pomiędzy Wykonawcami pod nazwą Nomet S. N. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ul. Sienkiewicza 16, a Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach przy ul. Metalowców 3C porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami

w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie prowadzonej pod sygn.

akt KIO 3707/21 ustalono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-BD-0012/20 pn. „Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłowice - Wesoła 1" Ruch KWK „Boże Dary" część 1, część 11" Wykonawca pod nazwą Nomet S. N. i Wykonawca pod nazwą Dominex Sp. z o.o. zawarli niedozwolone przepisami prawa porozumienie naruszające zasady uczciwej konkurencji (...). W toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą stwierdzono,

że w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 zachodziły okoliczności, uwarunkowane bezpośrednimi zależnościami kapitałowo-osobowymi pomiędzy ww. podmiotami, które zawarły niedozwolone przepisami prawa porozumienie, celem pozyskania tego zamówienia w Części I zamówienia. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej liczy się sama chęć wyeliminowania innych podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez zawarcie niedozwolonego porozumienia. Jak wskazała

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia

13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18 „zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa

dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki

bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy

przetargowej". Jak wykazało postępowanie, z analizy zachowania Wykonawcy pod nazwą Dominex Sp. z o.o. oraz Wykonawcy pod nazwą Nomet S. N. wynika, że w postępowaniu numer ZP-BD-0012/20 ww. wykonawcy zawarli ze sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (zmowa przetargowa o charakterze horyzontalnym). Potwierdzeniem, iż doszło do zmowy przetargowej w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 jest postępowanie Wykonawcy pod nazwą Nomet S. N., który po wygranej aukcji elektronicznej, w ogóle nie zareagował na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Biorąc pod uwagę relacje pomiędzy S. N. a Dominex Sp. z o.o. nie tylko powiązania rodzinne (prezesem zarządu Dominex Sp. z o.o. jest małżonka S. N.a), wieloletnia współpraca na gruncie zamówień publicznych, ale i poleganie na zasobach tego samego podmiotu w celu wskazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wszystko to prowadzi do wniosku, zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, że Wykonawcy ci celowo zadziałali w porozumieniu, żeby zamówienie uzyskał podmiot oferujący jego wykonanie za wyższą cenę. W postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 Wykonawcy: Dominex Sp. z o.o. oraz S. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NOMET S. N. w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu polegali na zasobach tego samego podmiotu. Na skutek wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty Dominex Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia, w których powołał się między innymi na współpracę z firmą NOMET S. N. po atrakcyjnych, wynegocjowanych stawkach. Z kolei NOMET S. N. nie udzielił odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny po aukcji elektronicznej. Następnie, po dokonaniu wyboru Wykonawcy PHU Complex L. W., zawierającej drugą co do wysokości cenę w zakresie części 1 zamówienia, Dominex sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym domagał się między innymi unieważnienia wyboru oferty PHU Complex L. W. w zakresie części 1 zamówienia. Wyrokiem z dnia 30 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3026/20 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. Ostatecznie zamówienie w zakresie części 1 udzielono wykonawcy PHU Complex L. W., który zrealizował zamówienie za wynagrodzeniem zaledwie o 19 834,76 złotych wyższym od ceny oferty Wykonawcy Nomet S. N.. W tej sytuacji, zdaniem KIO, jedynym logicznym wytłumaczeniem zachowania S. N. (brak wyjaśnień zaproponowanej ceny) jest istnienie porozumienia z Dominex Sp. z o.o., w którym chodziło o spowodowanie wyboru oferty Dominex Sp. z o.o., droższej o ponad 200.000,00 zł od oferty Nomet S. N.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że Zamawiający miał podstawy do odrzucenia ofert Odwołującego z obu postępowań, w konsekwencji powyższego zarzuty odwołań zostały uznane za niezasadne.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Z kolei art. 111 pkt 4 Pzp stanowi, że wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 i 6, art. 109 ust. 1 pkt 4-7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Istotne znaczenie w sprawie miały też następujące przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE:

> 1. art. 57 ust. 4 pkt d: Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające
>
> na celu zakłócenie konkurencji.
>
> 2. art. 57 ust. 7: Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4.

Przytoczony wyżej art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp daje zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy (lub wykonawców), gdy zamawiający stwierdzi na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawcy dopuścili się zmowy przetargowej. Podkreślenia wymaga przy tym, że ustawa nie obliguje zamawiającego do udowodnienia zaistnienia zmowy przetargowej,

co uznać należy za rozwiązanie w pełni zasadne - zmowy tego rodzaju ze swej natury są utrzymywane przez zainteresowanych wykonawców w tajemnicy. Z tego też względu zamawiający może podjąć decyzję o odrzuceniu ofert takich wykonawców w oparciu o poszlaki. Ustawa nie wymaga również, by to zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w kierunku potwierdzenia zaistnienia zmowy przetargowej między wykonawcami - zgodnie z przytoczonym przepisem wystarczające jest oparcie się przez zamawiającego

na wiarygodnych przesłankach. Dlatego też zamawiający ma prawo skorzystać z informacji (wiarygodnych przesłanek) ustalonych przez inne podmioty. Zamawiający może oczywiście przeprowadzić własne postępowania mające na celu weryfikację uzyskanych danych, ale ustawa nie nakłada na niego takiego obowiązku.

Tym samym Zamawiający miał prawo oprzeć się na nieprawomocnym wyroku KIO 3707/21 w zakresie w jakim dotyczył on ustalenia przez Izbę okoliczności dających podstawę do uznania, że w postępowaniu ZP-BD-0012/20 doszło do zmowy przetargowej z udziałem Odwołującego. Zamawiający nie kwestionował ustaleń Izby, w tym nie skorzystał z prawa wniesienia skargi, z czego wywodzić można, że zgadzał się z dokonaną przez Izbę oceną. Wobec powyższego okoliczności zaistniałe w postępowaniu nr ZP-BD-0012/20 był uprawniony potraktować jako wiarygodne przesłanki w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. W konsekwencji Izba uznała za niezasadne stanowisko Odwołującego, który oparł zarzut na twierdzeniu, że błędem Zamawiającego było bezrefleksyjne uznanie, że nieprawomocny wyrok KIO 3707/21 dawał podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Kwestia nieuprawomocnienia wyroku KIO 3707/21 nie miała znaczenia w sprawie.

Podkreślenia wymaga, że z przytoczonego wyżej art. 111 pkt 4 Pzp wynika, że termin w jakim zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który dopuścił się zmowy przetargowej, biegnie od zdarzenia, a nie od prawomocnej decyzji uprawnionego organu, który stwierdził zaistnienie tej zmowy.

W podobny sposób tą kwestię reguluje art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE - ostatnie zdanie tego przepisu brzmi: „Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach,

o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4". Tym samym przypadki, których dotyczy art. 57 ust. 4 Dyrektywy objęte są trzyletnim terminem wykluczenia liczonym od daty odnośnego zdarzenia, a nie od prawomocnego wyroku.

Nie zasługiwało na uwzględnienie twierdzenie Odwołującego, że wykluczenie wykonawcy, który uczestniczył w zmowie przetargowej możliwe jest tylko w tym postępowaniu, w którym do takiej zmowy doszło. Stanowisko takie jest wprost sprzeczne z art. 111 pkt 4 Pzp, z którego jasno wynika, że dopuszczenie się przez wykonawcę zmowy przetargowej daje podstawę

do wykluczania go z postępowań przez trzy lata od zaistnienia tej zmowy. Celem tego przepisu jest trzyletnia eliminacja od dostępu do zamówień publicznych wykonawcy, który dopuścił

się zmowy - przedstawiona przez Odwołującego zawężająca interpretacja tego przepisu nie zasługiwała na uwzględnienie.

Izba pominęła argumenty Odwołującego stanowiące polemikę z wyrokiem KIO 3707/21. Wyrok ten został zaskarżony przez Odwołującego, co za tym idzie będzie podlegał kontroli instancyjnej Sądu Okręgowego w Warszawie.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:.....