

WYROK

z dnia 11 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Irmina Pawlik
Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Piotr Ceglowski.

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2022 r. przez:

1. wykonawcę Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., ul. Lwowska 135/6, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt KIO 506/22),
2. wykonawcę P. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „NOW-WAK P. N.”, ul. Brodowska 23, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt KIO 507/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków

przy udziale:

1. wykonawcy Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A., ul. Szafarska 102, 34-400 Nowy Targ zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 506/22 po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy Firma Projektowo - Usługowo - Handlowa „JUVENT” B.C., K.T. s.c., ul. Prądnicka 10/310, 30-002 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 506/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., ul. Lwowska 135/6, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt KIO 506/22)

i wykonawcę P. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „NOW-WAK P. N.”, ul. Brodowska 23, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt KIO 507/22) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., ul. Lwowska 135/6, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt KIO 506/22) i kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „NOW-WAK P. N.”, ul. Brodowska 23, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt KIO 507/22) tytułem wpisu od odwołań.

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 ze zm.) 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 506/22
KIO 507/22

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie na „Zawarcie umów ramowych na roboty budowlane w zakresie

bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych administrowanych przez Oddział w Krakowie GDDKiA z podziałem na pięć części”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 8 września 2021 r., nr 2021/S 174-452860.

KIO 506/22

W dniu 24 lutego 2022 r. (pismem z dnia 23 lutego 2022 r.) wykonawca Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Nowym Sączu, zwany dalej „Odwołującym BMD”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 24 lutego 2022 r.) w zakresie części 3 - obejmującej zawarcie umowy ramowej na roboty budowlane w zakresie bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Targ oraz w zakresie części 5 - obejmującej zawarcie umowy ramowej na roboty budowlane w zakresie bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych administrowanych przez Rejon Wadowice a także od czynności unieważnienia przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Firmy Projektowo - Usługowo - Handlowej „JUVENT” s.c. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawcą JUVENT”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w postaci wykluczenia wykonawcy a w rezultacie odrzucenia jego oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 2a) ustawy Pzp pomimo braku podstaw ku temu, a przede wszystkim pomimo

nieistnienia porozumienia zakłócającego konkurencję zawartego przez Odwołującego BMD z innym wykonawcą,

2. art. 110 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec wykazania przez Odwołującego BMD wszystkich przesłanek z tego przepisu,

3. art. 17, 18 ust. 1 oraz art. 260 ust. 1 ustawy Pzp w postaci unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy JUVENT bez podania podstawy faktycznej i prawnej.

Odwołujący BMD wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego BMD dla części 3 zamówienia,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego BMD dla części 5 zamówienia,

3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego BMD przy uwzględnieniu jego wyjaśnień z pisma z dnia 25 stycznia 2022 r. i powtórzenie czynności wyboru oferty,

4. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy JUVENT.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący BMD podniósł m.in.:

Odnosnie zarzutu 1 (naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) Odwołujący BMD

podniósł, że zgodnie z 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, jeżeli 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 o ochronie konkurencji i konsumentów wykonawcy ci złożyli odrębne oferty lub oferty częściowe, chyba że wykażą, iż przygotowali te oferty niezależnie od siebie.

Wyodrębnione w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp normy różnią kwestie ciężaru dowodu. W przypadku zasady ogólnej obejmującej zakaz zawierania porozumień zakłócających konkurencję inicjatywa wykazania (uprawdopodobnienia) tego faktu spoczywa na zamawiającym. W przypadku wykonawców działających w ramach tej samej grupy kapitałowej domniemywa się istnienia takiego porozumienia, którego obalenie jest inicjatywą wykonawcy. Normy te mają też jednak przesłankę wspólną: niezależnie od sposobu wykazania istnienia porozumienia musi ono zawsze zakłócać konkurencję.

Patrząc z tej perspektywy Odwołujący BMD stoi na stanowisku, że przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie miał w niniejszej sprawie zastosowania a Zamawiający całkowicie błędnie oparł na nim swoje rozstrzygnięcie. Wniosek taki płynie z analizy warunków postępowania oraz treści uzasadnienia kwestionowanego rozstrzygnięcia Zamawiającego z dnia 14 lutego 2022 r.

Przedmiotem zamówienia było zawarcie umowy ramowej w rozumieniu art. 311 i n. ustawy Pzp. Istotą umowy ramowej jest selekcja wykonawców, którym jednak nie jest udzielane zamówienie bezpośrednio po rozstrzygnięciu. Zasady udzielania poszczególnych zamówień zostały sprecyzowane na gruncie art. 313 i 314 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu szczegółowa regulacja dotycząca udzielania zamówień wykonawczych zawarta została w § 5 Projektowanych Postanowień Umowy Ramowej. Zgodnie z tym postanowieniem wybór wykonawcy odbywa się na podstawie ofert wykonawczych składanych przez wykonawców wyselekcjonowanych na etapie Postępowania. Jedynym zaś kryterium oceny ofert jest cena (§ 5 ust. 8).

W tym miejscu stwierdzić zatem należy, że istotą umowy ramowej jest wyselekcjonowanie wykonawców spełniających warunki realizacji przedmiotu zamówienia. Sam fakt zawarcia umowy ramowej nie daje jednak wykonawcy żadnej gwarancji udzielenia zamówienia dopóki nie spełnione zostaną przesłanki z art. 313 lub 314 ustawy Pzp. W interesie zamawiającego jest zatem aby panel potencjalnych wykonawców spełniających warunki realizacji zamówienia był jak najszerszy tak aby w ramach konkurencji zamawiający uzyskał najkorzystniejsze dla siebie warunki realizacji zamówienia. W Postępowaniu Zamawiający zastrzegł maksymalną liczbę pięciu wykonawców dla realizacji każdej z pięciu części zamówienia. Z punktu widzenia Zamawiającego najkorzystniejszą sytuacją byłoby zawarcie 25 umów ramowych tak aby konkurencja na właściwym etapie udzielania zamówienia była jak najszersza.

Przekładając powyższe rozważania na grunt podniesionego przez Odwołującego BMD zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wskazać należy, że nie można mówić o działaniu zakłócającym konkurencję w sytuacji, kiedy wykonawcy konkurują właściwie dopiero na etapie udzielania zamówienia na podstawie art. 314 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie udział dwóch wykonawców z jednej grupy kapitałowej składających oferty na różne części, których celem jest dopiero zawarcie umowy ramowej w żaden sposób nie zakłóca konkurencji. W rezultacie takiego działania powiększa się bowiem potencjalny krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie, którzy dążyć będą do przedstawienia Zamawiającemu najkorzystniejszej, w tym wypadku wyłączenie cenowo, oferty. Jest to zatem okoliczność oczekiwana przez Zamawiającego i zgodna z celem prawa zamówień publicznych, którym jest najefektywniejsze wykorzystywanie środków publicznych. W przypadku rozstrzygnięcia dotyczącego części 5 można wręcz pokusić się o stwierdzenie, że to Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego BMD ograniczył konkurencję pozostawiając jednego wykonawcę z zawartą umową ramową. Nie będzie mógł zatem w pełni korzystać z mechanizmu konkurencyjnej rywalizacji wykonawców podczas udzielania

poszczególnych zamówień w ramach tej części.

W przedmiotowym stanie faktycznym o jakiegokolwiek manipulacji wynikiem postępowania nie może być mowy. Złożone zostały bowiem przez dwóch wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej odrębne i niezależne oferty na odrębne i niezależne części zamówienia. Pomiędzy tymi częściami zamówienia nie ma żadnych związków faktycznych, które mogłyby być w jakikolwiek sposób wykorzystane do manipulowania wynikami Postępowania.

Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej w pięciu różnych częściach a części te zostały wyodrębnione według kryterium geograficznego. W przypadku części 2 zamówienie dotyczy rejonu Nowy Sącz, części 3 rejonu Nowy Targ a części 5 rejonu Wadowice. Odwołujący BMD realizując zamówienie z części 3 lub 5 (o ile zostanie mu udzielone w wyniku procedury z art. 314 ustawy Pzp) nie będzie wchodził w jakiegokolwiek interakcje z wykonawcą realizującym zamówienia z części 2. Jeżeli zaś jedynym kryterium wyboru wykonawców jest cena, konkurencja odbywać się będzie wyłącznie pomiędzy wykonawcami, którzy zawarli umowę w ramach danej części.

Podkreślić zatem należy, że Odwołujący BMD i wykonawca NOW-WAK składali oferty na różne części. W rezultacie na etapie ubiegania się o zawarcie umowy ramowej nie mogło dojść do jakiegokolwiek zakłócenia konkurencji przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej. Z tej perspektywy przykładem zakłócenia konkurencji nie może być w szczególności sugerowane przez Zamawiającego w uzasadnieniu rozstrzygnięcia obejścia zastrzeżenia w SWZ, że wykonawca może złożyć ofertę na maksymalnie dwie części zamówienia. Abstrahując od celowości takiego zastrzeżenia w przypadku postępowania dotyczącego zawarcia umowy ramowej, powtórzyć należy, że podmioty te są z punktu widzenia prawa zamówień publicznych odrębnymi wykonawcami w stosunku do których limit udziału w dwóch częściach zamówienia nie ulega zmianie pomimo przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia Zamawiającego jest zatem samo w sobie wadliwe i w żaden sposób nie potwierdza ani nie usprawiedliwia zasadności zastosowania przez Zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Odwołujący BMD wykazał, w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, że przygotował ofertę niezależnie od wykonawcy NOW-WAK. W szczególności w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2022 r. Odwołujący BMD wskazał, że jest odrębnym od wykonawcy NOW-WAK podmiotem gospodarczym posiadającym własną, niezależną organizację i potencjał. W ramach tej organizacji przygotowana została oferta Odwołującego BMD w sposób niezależny i bez wpływowy w stosunku do wykonawcy NOW-WAK. Dodatkowo Odwołujący BMD prezentuje własną strukturę organizacyjną, w której wyodrębnione jest pion odpowiedzialny za przetargi publiczne. Oznacza to, że Odwołujący BMD skutecznie obalił domniemanie z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wykazując, że w sposób niezależny od wykonawcy NOW-WAK sporządził i złożył ofertę w postępowaniu a zatem ta podstawa wykluczenia nie może w stosunku do Odwołującego BMD znaleźć zastosowania.

Odnosnie zarzutu nr 2 Odwołujący BMD podniósł, że w najlepiej pojętym interesie własnym i Zamawiającego w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 r. dokonał w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp samooczyszczenia na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Działanie to podyktowane było chęcią utrzymania jak najlepszej współpracy z Zamawiającym i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości w ramach partnerskiej relacji. Dlatego też Odwołujący BMD zdecydował się na skorzystanie z procedury self-cleaningu aby jego oferta została utrzymana i mógł świadczyć na rzecz Zamawiającego roboty budowlane (w przypadku udzielenia takiego zamówienia na podstawie art. 314 ustawy Pzp).

Próbę samooczyszczenia Zamawiający uznał za bezskuteczną z czym Odwołujący BMD się nie zgodził.

Odwołujący BMD udowodnił Zamawiającemu spełnienie wszystkich przesłanek wymienionych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp co zawarte zostało w piśmie Odwołującego BMD z dnia 25 stycznia 2022 r.. Przytaczając podjęte przez Odwołującego BMD działania wskazał m.in. na:

- w zakresie przesłanki naprawienia szkody wyrządzonej nieprawidłowym postępowaniem (art. 110 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp) Odwołujący BMD oświadczył według swej najlepszej wiedzy, że nie doszło do wyrządzenia szkody jego zachowaniem co koresponduje z argumentacją przedstawioną przez Odwołującego w uzasadnieniu zarzutu nr tego odwołania,
- w zakresie przesłanki wyczerpującego wyjaśnienia faktów związanych z

nieprawidłowym postępowaniem (art. 110 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp) Odwołujący BMD podał wszelkie istotne dla sprawy okoliczności w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 r.,

- w zakresie wykazania konkretnych działań zapobiegającym nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości (art. 110 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp) Odwołujący BMD w szczególności udowodnił dokonanie reorganizacji personelu w tym zmianę zakresu obowiązków pracownika, który przyczynił się do zaistniałej sytuacji. Odwołujący zintensyfikował szkolenia z zakresu zamówień publicznych, wdrożył system sprawozdawczości i kontroli a także utworzył w swoich strukturach jednostkę audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji i standardów w zakresie wynikającym z uczestnictwa w rynku zamówień publicznych. Wszelkie powyższe działania - jak dalej podniósł - zostały precyzyjnie

udokumentowane i udowodnione.

Z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego BMD wynika, że Zamawiający wbrew dyspozycji art. 110 ust. 2 ustawy Pzp w ogóle nie dokonał wymaganej oceny czy Odwołujący BMD podolał udowodnieniu spełnienia przesłanek wynikających z tego przepisu. Przepis ten obowiązuje Zamawiającego do oceny każdego zaoferowanego przez Odwołującego BMD dowodu na okoliczność spełnienia konkretnej przesłanki z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp i podania wyników tej oceny wraz z uzasadnieniem. Ocena ta powinna także przebiegać z uwzględnieniem dyspozycji art. 110 ust. 3 ustawy Pzp czyli według kryterium

rzetelności wykonawcy z uwzględnieniem wszakże wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy.

Tymczasem Zamawiający, jak wynika z treści pisma z dnia 14 lutego 2022 r., ograniczył się do ustalenia, że Odwołujący BMD nie naprawił szkody wyrządzonej swoim niewłaściwym postępowaniem a zatem w ocenie Zamawiającego nie została wykazana pierwsza z trzech przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp co dyskwalifikuje w całości próbę samooczyszczenia bez konieczności dalszego badania pozostałych przesłanek. Co niezwykle istotne w kontekście wyjaśnień Odwołującego BMD, Zamawiający w ogóle nie wskazał na rodzaj i wysokość szkody, która miała wskutek działania Odwołującego BMD powstać. Pomimo, że Odwołujący BMD oświadczył, że w jego ocenie szkoda nie powstała Zamawiający uznał, że pierwsza przesłanka z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp nie została spełniona. Zamawiający oczekiwał zatem od Odwołującego BMD niemożliwego czyli naprawienia nieistniejącej szkody. Wniosek taki jest uprawniony ponieważ Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji nie wskazał na istnienie szkody, która powstała w wyniku działania Odwołującego BMD i nie została przez niego naprawiona ale brakiem naprawienia tej nieistniejącej szkody uzasadnia bezskuteczność samooczyszczenia.

W uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego BMD trudno także poszukiwać wykonania przez Zamawiającego dyspozycji art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. Wynika z uzasadnienia bowiem, że Zamawiający ani nie ocenił dowodów pod względem kryterium rzetelności Odwołującego BMD ani tym bardziej nie wziął pod uwagę wagi i szczególnych okoliczności czynu Odwołującego BMD do czego był zobowiązany i czemu powinien dać wyraz w pisemnym uzasadnieniu. Waga zaś czynu Odwołującego BMD nie uzasadnia w żaden sposób konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty.

Odnosnie zarzutu nr 3 Odwołujący BMD podniósł, że w dniu 21 lutego 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy JUVENT. Wskazał, że w piśmie tym brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego lub prawnego poza jedynie powołaniem się na pismo tego wykonawcy z dnia 18 lutego 2022 roku.

W konsekwencji powyższego Odwołujący BMD niezwłocznie wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wszystkich ofert oraz kompletnej dokumentacji w postępowaniu celem weryfikacji decyzji Zamawiającego. W odpowiedzi na przedmiotowe pismo Zamawiający przekazał Odwołującemu BMD niekompletną dokumentację. Odwołujący BMD nie otrzymał m.in. pisma wykonawcy JUVENT z dnia 18 lutego 2022 r., które zgodnie z treścią pisma Zamawiającego z dnia 21 lutego 2022 r. stanowiło podstawę do zmiany decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy.

W dniu 25 lutego 2022 r. Zamawiający, za pośrednictwem Platformy Zakupowej eB2B, przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o odwołaniu wraz z kopią odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

W dniu 28 lutego 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. z siedzibą w Nowym Targu, zwany dalej

„przystępującym Przedsiębiorstwem”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu BMD i Zamawiającemu.

W dniu 28 lutego 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca JUVENT zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu BMD i Zamawiającemu.

KIO 507/22

W dniu 24 lutego 2022 r. (pismem z dnia 23 lutego 2022 r.) wykonawca P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „NOW-WAK P. N.” z siedzibą w Nowym Sączu, zwany dalej „Odwołującym NOW-WAK”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 24 lutego 2022 r.) w zakresie części 3 - obejmującej zawarcie umowy ramowej na roboty budowlane w zakresie bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Targ oraz w zakresie części 2 - obejmującej zawarcie umowy ramowej na roboty budowlane w zakresie bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Sącz, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w postaci wykluczenia wykonawcy a w rezultacie odrzucenia jego oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 2a) ustawy Pzp pomimo braku podstaw ku temu a przede wszystkim pomimo

nieistnienia porozumienia Odwołującego NOW-WAK zawartego z innym wykonawcą zakłócającego konkurencję,

2. art. 110 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec wykazania przez Odwołującego NOW-WAK wszystkich przesłanek z tego przepisu,

Odwołujący NOW-WAK wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego NOW-WAK dla części 2 zamówienia,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego NOW-WAK przy uwzględnieniu jego wyjaśnień z pisma z dnia 24 stycznia 2022 r. i powtórzenie czynności wyboru oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący NOW-WAK podniósł identyczne argumenty, jak w odwołaniu o sygn. akt KIO 506/22 odnośnie zarzutów 1 i 2 (obydwaj odwołujący są reprezentowani przez tego samego pełnomocnika a odwołania w swej treści są niemal identyczne)

W dniu 9 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, wnosząc o oddalenie obydwu odwołań w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego BMD i Odwołującego NOW-WAK w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1

ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Drogowo - Mostowego S.A. z siedzibą w Nowym Targu oraz wykonawcy Firmy Projektowo - Usługowo - Handlowej „JUVENT” B.C., K.T. s.c. z siedzibą w Krakowie do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 506/22 po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w postaci wykluczenia wykonawcy a w rezultacie odrzucenia jego oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 2a) ustawy Pzp pomimo braku podstaw ku temu, a przede wszystkim pomimo nieistnienia porozumienia zakłócającego konkurencję zawartego przez Odwołującego z innym wykonawcą nie potwierdził się (zarzut podniesiony w odwołaniu o sygn. akt KIO 506/22 i KIO 507/22).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale 6 SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, ppkt 6.1. zamieścił postanowienie „Na podstawie art. 91 ustawy Pzp Zamawiający określa, że jeden Wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na dwie dowolnie wybrane części zamówienia”.

Odwołujący BMD złożył ofertę na część 3 i 5.

Odwołujący NOW-WAK złożył ofertę na część 2.

Pismem z dnia 21 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawców, w tym Odwołującego BMD i Odwołującego NOW-WAK m.in. do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy, o których mowa w 9.1 i 9.2. IDW, w tym oświadczenia Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej (Formularz nr 3).

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący BMD, pismem z dnia 4 stycznia 2022 r., złożył odpowiedź na wezwanie, w tym oświadczenie na formularzu nr 3, w którym oświadczył, że „należy do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020r, poz. 1076 i 1086), o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z następującymi Wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty: 1. NOW-WAK Paweł Nowa”.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący NOW-WAK, pismem z dnia 3 stycznia 2022 r., złożył odpowiedź na wezwanie, w tym oświadczenie na formularzu nr 3, w którym oświadczył, że „należy do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020r, poz. 1076 i 1086), o której

mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z następującymi Wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty: 1. Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o.”.

Pismem z dnia 14 stycznia 2022 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego BMD wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wzywając Wykonawcę do wyjaśnienia i przedstawienia okoliczności które świadczą o tym że: przedmiotowa sytuacja nie narusza zasad uczciwej konkurencji; Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o., w przypadku wyboru przez Zamawiającego wszystkich ofert złożonych przez podmioty należące do grupy kapitałowej faktycznie dysponuje, dla każdej części na którą podmiot ten złożył ofertę, dwiema osobami do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych (w sumie 4 osobami). Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawcę, że w przypadku uznania przez wykonawcę, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp, przysługuje wykonawcy prawo do samooczyszczenia, zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 14 stycznia 2022 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego NOW-WAK wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wzywając Wykonawcę do wyjaśnienia i przedstawienia okoliczności, które świadczą o tym że: przedmiotowa sytuacja nie narusza zasad uczciwej konkurencji; NOW-WAK P. N., w przypadku wyboru przez Zamawiającego wszystkich ofert złożonych przez podmioty należące do grupy kapitałowej faktycznie dysponuje dwiema osobami do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawcę, że w przypadku uznania przez wykonawcę, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp, przysługuje wykonawcy prawo do samooczyszczenia, zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący BMD, pismem z dnia 25 stycznia 2022 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, podniósł m.in., że będąc członkiem grupy kapitałowej Spółka BMD nie działała w złej wierze i na szkodę Zamawiającego a także innych oferentów, nie zawarła również żadnego porozumienia z żadnym z oferentów, mającego na celu obejście zastosowanego przez Zamawiającego ograniczenia, dotyczącego maksymalnej ilości ofert jakie może złożyć jeden Wykonawca. Wykonawca NOW-WAK nieumyślnie naruszył limit nałożony przez Zamawiającego w zakresie ilości ofert częściowych. Oferta spółki BMD została przygotowana przez pracowników spółki niezależnie od oferty przygotowanej przez firmę NOW-WAK P. N., gdyż podmioty te posiadają dwie niezależne struktury administracyjne i kadrowe, niemniej jednak obydwie oferty zostały podpisane przez jedną osobę która działa w imieniu obydwu przedsiębiorców.

Nadto dodał, że Spółka BMD pragnie skorzystać z prawa do samooczyszczenia zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym wszcząć procedurę naprawczą, odnosząc się do poszczególnych przesłanek z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący NOW-WAK, pismem z dnia 25 stycznia 2022 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, oświadczył, że nie zostało zawarte żadne porozumienie ze Spółką mające na celu wywołanie negatywnych skutków dla konkurencji oraz mających na celu obejście ustanowionego przez Zamawiającego ograniczenia w ilości składanych ofert. Jednak w nawiązaniu do podniesionych w korespondencji wątpliwości wyrażonych przez Zamawiającego, oraz w związku z zaistnieniem faktu złożenia odrębnych ofert w przedmiotowym postępowaniu przez członków należących do grupy kapitałowej, przy jednoczesnym ograniczeniu przez Zamawiającego, zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp możliwości udzielenia części zamówienia jednemu wykonawcy (do dwóch części zamówienia), z daleko idącej ostrożności, wszczął procedurę naprawczą, zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, mającą na celu dokonanie samooczyszczenia. Dalej wskazał jakie czynności podjął celem spełnienia obligatoryjnych przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający, pismami z dnia 14 lutego 2022 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej dla części 3 i 5 oraz 2 zamówienia, oraz odrzuceniu: oferty Odwołującego BMD na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2a) w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie części 3 i 5 zamówienia a także Odwołującego NOW-WAK na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2a) w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie części 2 zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy 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 wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie

od siebie.

Oznacza to, że ustawodawca nakazał przyjęcie istnienia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy członkami grupy kapitałowej w sytuacji, gdy doszło do złożenia przez nich odrębnych ofert, ofert częściowych lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali oferty lub wnioski niezależnie od siebie, co jest równoznaczne z tym, że nie łączyło ich porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Przepis ten dotyczy m.in. sytuacji, gdy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty częściowe. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku ustanowienia przez Zamawiającego limitu liczby ofert częściowych gdy łączna liczba ofert częściowych złożonych przez członków grupy kapitałowej przewyższa ten limit. Takie zachowanie członków konsorcjum wskazuje na zawarcie porozumienia, którego celem jest obejście ustanowionego przez Zamawiającego ograniczenia i zapewnienie sobie udziału w większej liczbie części zamówienia, niż to przewidywał Zamawiający. Zaburza ono bowiem konkurencję i w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający podzielił zamówienie na 5 części. Postawił przy tym wymóg aby jeden wykonawca mógł złożyć ofertę maksymalnie na dwie dowolnie wybrane części zamówienia.

Bezspornym jest, że w tym postępowaniu obydwaj odwołujący się wykonawcy złożyli oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Niewątpliwym jest także, że niezależnie od postawionego przez Zamawiającego w SWZ wymogu ograniczającego możliwość złożenia ofert do dwóch części zamówienia Wykonawcy (członkowie tej samej grupy kapitałowej) złożyli oferty na trzy części zamówienia (Odwołujący BMD - na część 3 i 5 a Odwołujący NOW-WAK - na część 2). Obydwaj odwołujący należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli oferty aż na trzy części zamówienia a więc ponad wskazany przez Zamawiającego limit. Tym samym ziszcza się przesłanka istnienia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zakazuje bowiem wykonawcom należącym do tej samej grupy kapitałowej udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali oferty lub wnioski niezależnie od siebie. To na wykonawcach spoczywa bowiem obowiązek wykazania swojej rzetelności a więc przedstawienia dowodów swej samodzielności, zwłaszcza w zakresie udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Ustawodawca nie precyzuje jakie dokumenty lub informacje powinien złożyć wykonawca, aby potwierdzić, że przygotował ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Oczywistym jest jednak, że wykonawcy ci powinni wykazać różnice pomiędzy ich ofertami lub wnioskami o dopuszczenie do udziału, w tym przypadku dotyczące np. kalkulacji ceny, czy też osób skierowanych do realizacji zamówienia (kierowników robót). Tego jednak obydwaj wykonawcy (Odwołujący BMD i Odwołujący NOW-WAK) nie uczynili.

Niewątpliwym jest bowiem, że wykonawca P. N. prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą „NOW-WAK P. N.” z siedzibą w Nowym Sączu (Odwołujący NOW-WAK) jest jednocześnie podmiotem posiadającym 50% udziałów w spółce

Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu (Odwołujący BMD) oraz Prezesem Zarządu w tejże spółce. To także Pan P. N. złożył oferty w imieniu obydwu wykonawców na trzy części zamówienia, przekraczając tym samym limit wskazany w SWZ przez Zamawiającego. W ofertach obydwu wykonawców jako kierownika robót wskazano też te same osoby. I tak Odwołujący BMD wskazał Pana P. N. dla części 3 zamówienia i P. N.(2) dla części 5 zamówienia a Odwołujący NOW-WAK wskazał Pana P. N. i Pana P. N.(2) dla części 2 zamówienia. Zbieżne są także, jak wskazał Zamawiający, ceny zawarte w kosztorysach przedłożonych przez obydwu odwołujących się wykonawców. Są to okoliczności świadczące o możliwości wywierania wpływu przez jednego przedsiębiorcę na innego przedsiębiorcę. Obydwaj odwołujący się wykonawcy, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, konsekwentnie podkreślali, że nie zostało zawarte żadne porozumienie pomiędzy tymi dwoma podmiotami należącymi do tej samej grupy kapitałowej. Jednocześnie obaj wykonawcy wskazali, odnosząc się do osób wskazanych jako kierowników robót, że spółka BMD, która jest większym podmiotem, dysponuje także wieloma innymi osobami, które mogą być zadysponowani do wykonywania funkcji kierownika robót.

Podkreślić przy tym należy, że przepisy ustawy Pzp ani też akty wykonawcze do tych przepisów nie precyzują jakie konkretnie dokumenty lub informacje powinien złożyć wykonawca, aby potwierdzić, że przygotował ofertę częściową niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Wykonawcy ci złożyli obszerne wyjaśnienia, podkreślając, że między nimi nie zostało zawarte żadne porozumienie mające na celu wywołanie negatywnych skutków dla konkurencji oraz mających na celu obejście ustanowionego przez Zamawiającego ograniczenia w ilości składanych ofert. Nie przedstawili jednak niczego, co mogłoby wskazywać, że dotychczas obowiązujące

wewnętrzne procedury lub standardy, gwarantują zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowaniu ofert przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Podjęli natomiast działania „z daleko idącej ostrożności” mające na celu samooczyszczenie.

Odwołujący NOW-WAK podnosił także, iż nie działał w złej wierze ani też na szkodę Zamawiającego. Ma ogromne doświadczenie, wykonał wiele prac, w tym także na rzecz Zamawiającego i nigdy nie było żadnych zastrzeżeń do wykonywanych przez niego prac. Izba nie kwestionuje bogatego doświadczenia Odwołujących się wykonawców. Niemniej jednak dokonuje oceny konkretnego stanu faktycznego, który ma miejsce w niniejszej sprawie. Stan faktyczny jest jednoznaczny. Odwołujący się wykonawcy nie sprostali obowiązkowi z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i nie wykazali, że oferty częściowe sporządzili samodzielnie. Okoliczność, że jest to postępowanie o zawarcie umowy ramowej i

konkurowanie wykonawców - jak wskazali Odwołujący się wykonawcy - będzie miało miejsce dopiero na etapie udzielania zamówienia nie znajduje żadnego uzasadnienia. Jeszcze raz należy podkreślić, że wykonawcy ci (Odwołujący BMD i Odwołujący NOW-WAK) są członkami grupy kapitałowej a Zamawiający ustanowił w SWZ limit składania ofert częściowych. Tego postanowienia SWZ Odwołujący wcześniej nie kwestionował.

Reasumując stwierdzić należy, że Odwołujący się wykonawcy nie sprostali obowiązkowi wykazania, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Tym samym ziszczyły się przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp skutkujące wykluczeniem wykonawców z postępowania

Zarzut naruszenia art. 110 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec wykazania przez Odwołującego BMD i Odwołującego NOW-WAK wszystkich

przesłanek z tego przepisu nie potwierdził się (zarzut podniesiony w odwołaniu o

sygn. akt KIO 506/22 i KIO 507/22).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący BMD, pismem z dnia 25 stycznia 2022 r., oświadczył, że „akceptując stanowisko Zamawiającego, że przynależność spółki BMD do grupy kapitałowej rodzi domniemanie wystąpienia okoliczności skutkujących wykluczeniem z postępowania, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie złożenia ofert częściowych (pomimo faktu, iż nie prowadzi ono do zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu przetargowym), jako Spółka BMD pragniemy skorzystać z prawa do samooczyszczenia zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzo, tym samym wszcząć procedurę naprawczą”.

Odwołujący NOW-WAK, pismem z dnia 24 stycznia 2022 r., oświadczył, że „w związku z zaistnieniem faktu złożenia odrębnych ofert w przedmiotowym postępowaniu przez członków należących do grupy kapitałowej, przy jednoczesnym ograniczeniu przez Zamawiającego, zgodnie z art. 91 ust. 3 PZP możliwości udzielenia części zamówienia jednemu wykonawcy (do dwóch części zamówienia), z daleko idącej ostrożności, pragnę wszcząć procedurę naprawczą, zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP i dokonać „samooczyszczenia”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 110 ust. 2 stanowi, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

- a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
- b) zreorganizował personel,
- c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
- d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Przepis ten umożliwia wykonawcy wykazanie, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia podjęte zostały środki niezbędne do wykazania jego rzetelności, a tym samym brak jest podstawy do jego wykluczenia.

W tym stanie faktycznym zaistniały przesłanki do wykluczenia z postępowania obydwu odwołujących się wykonawców (Odwołującego BMD i Odwołującego NOW-WAK), gdyż obydwaj wykonawcy, będąc członkami tej samej grupy kapitałowej, złożyli oferty na więcej części zamówienia niż limit wskazany przez Zamawiającego w SWZ i skutecznie nie wykazali, że przygotowali oferty niezależnie od siebie. Okoliczności skutkujące wykluczeniem zaistniały więc w tym konkretnym postępowaniu. Nadto obydwaj odwołujący się wykonawcy zadeklarowali dokonanie samooczyszczenia.

Przepisy ustawy Pzp dają bowiem wykonawcy możliwość wykazania, że jest on zdolny do wykonania zamówienia, mimo że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania, poprzez zastosowanie procedury samooczyszczenia. Aby jednak procedura ta była skutecznie zastosowana powinny zająć łącznie trzy przesłanki, tj. powinno nastąpić naprawienie szkody lub wykonawca powinien zobowiązać się do jej naprawienia, powinno nastąpić wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z sankcjonowanym zachowaniem oraz powinny być podjęte działania zaradcze w celu uniknięcia wystąpienia takich zachowań w przyszłości. Odwołujący się wykonawcy, co jest niewątpliwie, wskazali jakie działania podjęli i jakie podejmą w celu uniknięcia tego typu sytuacji w przyszłości. Tak więc przeprowadzili szkolenia i zmiany organizacyjne, które to działania mają zapewnić im prawidłowość składania ofert w kolejnych postępowaniach.

Natomiast w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 r., jak dalej wskazali, wyjaśnili fakty i okoliczności związane z sankcjonowanym zachowaniem. Jednak poza wykazaniem zaistnienia dwóch wyżej wskazanych przesłanek nie wykazali zaistnienia pierwszej z przesłanek samooczyszczenia, tj. naprawienia szkody lub zobowiązania do jej naprawienia. Odwołujący się wykonawcy z jednej strony stwierdzili bowiem, że nie dopuścili się naruszenia konkurencji w tym postępowaniu, z drugiej zaś poddali się procedurze samooczyszczenia twierdząc, że nie doszło do wyrządzenia szkody na skutek zachowania, którego dopuścili się, składając swoje oferty w określonych okolicznościach (w ramach grupy kapitałowej i ponad wymagany limit), mimo że naprawienie szkody lub zobowiązanie się do jej naprawienia jest jedną z obligatoryjnych przesłanek zastosowania procedury samooczyszczenia, spełnienie której to przesłanki także powinno być wykazane. Istnieje więc nie tylko wewnętrzna sprzeczność w stanowisku Odwołujących się wykonawców, gdyż z jednej strony nie zgadzają się z przypisaniem im naruszenia zasady konkurencji, która to zasada została naruszona a z drugiej dokonują samooczyszczenia.

Zauważyć przy tym należy, że w literaturze przedmiotu wskazuje się, że istnieją problemy praktyczne, co do możliwości zastosowania procedury samooczyszczenia m.in. do przesłanki wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczącej porozumienia wykonawców zawartego w celu zakłócenia konkurencji a taka sytuacja w tym stanie faktycznym ma miejsce. Przepis ten nie daje bowiem możliwości skorzystania z procedury samooczyszczenia, gdyż nie ma możliwości wykazania w jakikolwiek sposób rzetelności wykonawcy, który w tym konkretnym postępowaniu dopuścił się określonego naruszenia (naruszenia zasady konkurencji). Jeżeli bowiem wystąpią okoliczności wskazane w tym przepisie, a w tym przypadku niewątpliwie tak było, to wykonawca obligatoryjnie podlega wykluczeniu a dopuszczalność samooczyszczenia możliwa będzie dopiero w kolejnym postępowaniu. Wykonawca musi więc przedsięwziąć niezbędne środki zmierzające do usunięcia skutków zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia w tym postępowaniu oraz wdrożyć środki zapobiegające wystąpieniu takich zdarzeń w przyszłości i wykazać ich podjęcie w kolejnym postępowaniu. W tym stanie faktycznym mimo zastosowanego samooczyszczenia oferty wykonawców - członków tej samej grupy kapitałowej pozostałyby nadal w postępowaniu ponad ustanowiony przez Zamawiającego limit.

Tym samym stwierdzić należy, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 17, 18 ust. 1 oraz art. 260 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy JUVENT bez podania podstawy faktycznej i prawnej nie potwierdził się (zarzut podniesiony w odwołaniu o sygn. akt KIO 506/22).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, pismem z dnia 14 lutego 2022 r., poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części 3 zamówienia. Pismem tym poinformował wykonawców także o odrzuceniu oferty nr 7 złożonej przez wykonawcę JUVENT na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodną z warunkami zamówienia. Wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą „Ramowej Tabeli Elementów Rozliczeniowych, stanowiącej integralną część oferty.

Wykonawca JUVENT, pismem z dnia 18 lutego 2022 r., poinformował Zamawiającego, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego, gdyż wysłał wszystkie wymagane załączniki (9 załączników) do oferty przetargowej, załączając screeny przedstawiające pobranie wszystkich (9szt) załączników wprost z platformy zakupowej. Nadto dodał, że z załączonych dokumentów wynika, że plik Excel został poprawnie wczytany.

W dniu 21 lutego 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy JUVENT oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia, dodając że w zakresie części 3 dokona ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy JUVENT.

We wniesionym odwołaniu Odwołujący BMD zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 17, 18 ust. 1 oraz 260 ust. 1 ustawy Pzp, podnosząc, iż Zamawiający informując wykonawców o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy JUVENT oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia nie podał jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego poza powołaniem się na pismo tego wykonawcy z dnia 18 lutego 2022 r. A ponadto Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu BMD ofert oraz kompletnej dokumentacji postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 260 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Powołany jako podstawa zarzutu art. 260 ust. 1 ustawy Pzp w tym stanie faktycznym nie znajduje zastosowania, gdyż dotyczy czynności unieważnienia postępowania a taka czynność w tym stanie faktycznym nie miała miejsca.

Jak wynika z akt niniejszej sprawy oraz z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego unieważnił on jedynie czynność odrzucenia oferty wykonawcy JUVENT oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia oraz wskazał, że dokona ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy JUVENT. Powyższe było konsekwencją korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z tym wykonawcą, a z której jednoznacznie wynika, że to Zamawiający nie otworzył wszystkich załączników - brakowało pliku w formacie.xls i ich brak było podstawą odrzucenia oferty tego wykonawcy. Tymczasem wykonawca JUVENT przekazał Zamawiającemu screeny przedstawiające pobranie wszystkich (9 szt.) załączników wprost z platformy zakupowej. Tym samym Zamawiający, unieważniając czynność odrzucenia oferty wykonawcy JUVENT, unieważnił w istocie błędnie podjętą przez niego czynność. Czynność ta była skutkiem - jak podniósł Zamawiający na rozprawie - błędu technicznego powstałego po jego stronie. Tak więc poprawienie z własnej inicjatywy popełnionych przez siebie błędów powstałych w trakcie przeprowadzonego postępowania należy uznać za prawidłowe. To przecież Zamawiający musi działać zgodnie z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, w tym ze wskazanymi w zarzucie tego odwołania (art. 17 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp) i w taki sposób też zadziałał. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: