Sygn. akt: KIO 1401/22

WYROK
z dnia 9 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przemysław Dzierzędzki
PrzewodniczącyProtokolant:
Danuta Dziubińska

Członkowie:
Joanna Gawdzik-Zawalska
Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2022 r. przez wykonawcę B. M. prowadzącego w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą GRAF-BUD B. M.

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawcy M. J. prowadzącej w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J., zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę B. M. prowadzącego w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą GRAF-BUD B. M. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę B. M. prowadzącego w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą GRAF-BUD B. M. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1401/22

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

Miasto Łódź z siedzibą w Łodzi, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem są remonty chodników oraz inne prace naprawczo-remontowe na nieruchomościach niezabudowanych na terenie działania

Wydziału Gospodarki Komunalnej w Departamencie Pracy, Edukacji i Kultury UMŁ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 9 marca 2022 r., nr 2022/BZP 00080523/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 24 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca B. M. prowadzący w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą GRAF-BUD B. M., zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 128 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wystosowania do trzech wykonawców [M. J.

prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. (1), G&P M. M., P. M. Sp. Jawna (2), D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK (3)] wezwania do złożenia wyjaśnień, pomimo posiadania informacji stanowiących wiarygodne przesłanki świadczące o zawarciu między nimi porozumienia naruszającego konkurencję, a przez to zaniechanie przeprowadzenia jakiejkolwiek procedury/postępowania o charakterze wyjaśniającym;

b) art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia trzech wykonawców [M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. (1), G&P M. M., P. M. Sp. Jawna (2), D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK (3)] pomimo posiadania informacji stanowiących wiarygodne przesłanki świadczące o zawarciu między nimi porozumienia naruszającego konkurencji, a konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit a Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu;

c) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę - M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. jako oferty najkorzystniejszej pomimo zaistnienia okoliczności, które winny stanowić podstawę wykluczenia tego wykonawcy, a tym samym oferta ta nie powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;

d) art. 253 ust. 1 Pzp poprzez brak umieszczenia w informacji dotyczącej wyniku przedmiotowego postępowania udostępnionej na stronie internetowej zamawiającego jak i na stronie prowadzonego postępowania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wyboru oferty najkorzystniejszej jaki w przedmiocie zasadności odrzucenia ofert innych wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

b) wykluczenia z postępowania trzech wykonawców [M. J. prowadząca działalność

gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. (1), G&P M. M., P. M. Sp. Jawna (2), D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK (3)] wobec zawarcia między nimi porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a tym samym zaistnienia podstawy wykluczenia wynikającej z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, a w konsekwencji odrzucenie ofert wykonawców; ewentualnie

c) wezwania wszystkich trzech wykonawców [M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. (1), G&P M. M., P. M. Sp. Jawna (2), D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK (3)] do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących wzajemnych powiązań osobowych i kapitałowych wraz z wykazaniem stosowymi dowodami okoliczności niezależnego przygotowania oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie zaistniało szereg okoliczności wskazujących na zawarcie pomiędzy trójką wykonawców składających oferty w tym postępowaniu porozumienia co do sposobu złożenia ofert, ich warunków, a także późniejszego postępowania w toku prowadzonego postępowania, którego efektem miał być wybór ofert konkretnego wykonawcy. Zdaniem odwołującego o tym, że na potrzeby tego postępowania zawarte zostało porozumienie naruszające konkurencję świadczyć mogą chociażby następujące okoliczności:

a. powiązania osobowe i kapitałowe pomiędzy wykonawcami;

b. cenowa zależność złożonych ofert;

c. przyczyny odrzucenia oferty złożonej przez D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK.

a. powiązania osobowe i kapitałowe pomiędzy Wykonawcami

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu podzielonym na III części wpłynęły oferty łącznie od 5 różnych wykonawców. W ocenie odwołującego trzy z tych podmiotów tj. M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. (1), G&P M. M., P. M. Sp. Jawna (2) oraz D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK (3), ustaliły między sobą warunki złożonych w postępowaniu ofert. Na potwierdzenie tych okoliczności odwołujący powołał się na powiązanie między wyżej wymienionymi podmiotami.

Odwołujący podniósł, że P. M. będący wspólnikiem G&P M. M., P. M. Sp. Jawna jest jednocześnie wspólnikiem w spółce Concrete Łódź Sp. z o.o. (KRS 0000777287), w której wspólnikiem jest także D. A. S., który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu w ramach prowadzonej przez siebie jednoosobowej działalności prowadzonej pod firmą SZADEK D. S.. Co więcej D. S. pełni funkcję prezesa zarządu wskazanej spółki, natomiast P. M. jest członkiem zarządu. Dodatkowo M. J., która w niniejszym postępowaniu także złożyła ofertę w ramach prowadzonej przez siebie jednoosobowej działalności gospodarczej jest prokurentem w wyżej wskazanej spółce Concrete Łódź Sp. z o.o. Taką samą funkcję w tej spółce pełni M. M., wspólnik spółki jawnej G&P M. M., P. M. Sp. Jawna.

Odwołujący wskazał ponadto, że przedstawione wyżej powiązania nie są jednocześnie jedynymi jakie występują między wykonawcami składającymi oferty w niniejszym postępowaniu. M. M. oraz M. J. są także wspólnikami w innej spółce tj. Future Living Sp. z o.o. (KRS 0000909962), w której dodatkowo M. J. pełni funkcję wiceprezesa zarządu. W ocenie odwołującego przedstawione wyżej powiązania w sposób rzeczywisty odzwierciedlają osobowe i kapitałowe zależności pomiędzy wykonawcami, którzy na potrzeby tego konkretnego postępowania złożyli odrębne od siebie oferty. Tym samym zachodzi duże podejrzenie, graniczące z pewnością, że podmioty te konsultowały wzajemnie ze sobą warunki złożonych przez siebie ofert ustalając zaproponowane ceny, a przez to wpływając na ukształtowanie hierarchii ofert.

b. cenowa zależność złożonych ofert

Zdaniem odwołującego nie bez znaczenia dla wykazania podjęcia przez wykonawców wzajemnych konsultacji w zakresie sposoby i warunków złożonych ofert jest okoliczność właściwie hierarchicznego ułożenia cen w ofertach kolejno następujących po sobie wykonawców. Odwołujący argumentował, że w zakresie I i II części wykonawca - D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK zaoferował wykonanie zamówienia po cenie najmniejszej tj. 717.255,80 zł. Kolejno następujące po sobie oferty zostały ukształtowane w schemacie stopniowego wzrostu o blisko 100 tys. złotych tak by końcowa wartość oferty trzeciego wykonawcy zbliżona była wartościowo do oferty złożonej przez odwołującego. Podobny schemat zastosowany został także w zakresie oferty na III część zamówienia gdzie przeskok między poszczególnymi ofertami wyniósł 20 tys. zł.

W ocenie odwołującego nie bez znaczenia dla wykazania konsultowania składanych ofert są także poszczególne ceny wskazane przez wykonawców w załączonym do oferty formularzu cenowym. Odwołujący zwrócił uwagę na podobieństwo cenowe między ofertą złożoną przez D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK oraz M. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J.. W wielu pozycjach ceny zaoferowane przez tych wykonawców są rażąco niskie i w sposób oczywisty i istotny odbiegają od rzeczywistych cen uwidocznionych już w ofercie wykonawcy - G&P M. M., P. M. Sp. Jawna. Przykładowo w pozycji 38 formularza cenowego oznaczonego jako „Rekultywacja trawnika obejmująca: uporządkowanie i przygotowanie terenu, uprawę gleby (przekopanie i ewentualne usunięcie darni i chwastów), nawiezienie 10-cio cm warstwy ziemi urodzajnej (humusu), rozplantowanie nawiezionej ziemi, wysiew trawy wraz z uwałowaniem”, wykonawca D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK jako cenę jednostkową brutto wskazał 12,30 zł; M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. podała wartość 49,20 zł, podczas gdy rzeczywista wartość wykonanych prac uwidoczniona została dopiero w ofercie trzeciego wykonawcy G&P M. M., P. M. Sp. Jawna i winna wynosić 123,00 zł.

Ponadto w ocenie odwołującego wątpliwości winno budzić także ukształtowanie cen w zakresie prac dotyczących „Robót rozbiórkowych wraz z ponownym ułożeniem nawierzchni, obrzeży i krawężników”. W ofercie złożonej przez G&P M. M., P. M. Sp. Jawną, pozycje 9-15 mają jednakową wartość co jest uzasadnione zakresem wykonanych prac, podczas gdy

zarówno w ofercie złożonej przez D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK oraz M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. pozycja nr 11 „Rozebranie chodnika z płyt betonowych 50 x 50 x 7 cm bez względu na rodzaj podsypki (piaskowa lub cementowo - piaskowa) wraz z ponownym ułożeniem na podsypce cementowo-piaskowej", z niewidomego powodu została ponadprzeciętnie i nadmiernie wyceniona. Ponadto odwołujący wskazał, że pierwsze 8 pozycji w załączonym przez D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK oraz M. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. formularzu ofertowym wskazuje na dokładnie tą samą wartość.

W ocenie odwołującego wykazanie takich zależności, tj. znaczne zaniżenie poszczególnych pozycji, dokładnie taka sama wartość innych pozycji czy też przyjęcie zawyżonych wartości w wybranych, tych samych pozycjach wskazuje na celowe, wadliwe ukształtowanie ofert dwóch wykonawców [D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK oraz M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J.] tak by właściwie wycenioną i realną ofertą była oferta złożona przez G&P M. M., P. M. Sp. Jawną.

W ocenie Odwołującego złożenie przez dwóch wykonawców ofert po zaniżonych względem realnych cen ofert miało na celu wyłącznie właściwe ukształtowanie hierarchii ofert i przygotowania niejako pozycji pod ofertę właściwą tj. złożoną przez G&P M. M., P. M. Sp. Jawną. Zamiar takiego ukształtowania cen był jasny i oczywisty.

c. przyczyny odrzucenia oferty złożonej przez D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK

Odwołujący wskazał, że wykonawca, którego oferta zawierała cenę najniższą tj. oferta złożona przez D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK, pierwotnie wezwany został do złożenia podmiotowych środków dowodowych w dniu 30 marca 2022r. Wykonawca nie ustosunkował się do przedmiotowego wezwania. Następnie zamawiający w dniu 6 kwietnia 2022r. wystosował wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które właściwie winno być odczytywane jako ponowne ich złożenie bowiem na pierwsze wezwanie wykonawca nie złożył żadnych dokumentów. Termin na złożenie tych dokumentów upływał w dniu 12 kwietnia 2022r. W tym terminie wykonawca złożył jedynie wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz wykaz robót, zaniechał jednak przedstawienia referencji potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, do których złożenia także był zobowiązany, o czym był doskonale tego świadomy. Na tym działania zamawiającego powinny się zakończyć bowiem zaktualizowała się podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy. Tymczasem w dniu 19 kwietnia 2022r. zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień braku przedłożenia wymaganych referencji. Zdaniem odwołującego nie sposób zrozumieć czym kierował się zamawiający wystosowując takie wezwanie, w szczególności, że w niniejszym postepowaniu nie było przewidzianego zobowiązania do wniesienia wadium, a tym samym przyczyna braku złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych była w rzeczywistości irrelewantna. Wykonawca ustosunkowując się do przedmiotowego wezwania, wskazał, że brak załączenia wymaganych dokumentów był wynikiem jego „omyłki".

Zdaniem odwołującego, schemat postępowania wykonawcy wskazuje na cel, jaki przyświecał mu w wadliwie składanych dwukrotnie dokumentach. Wykonawca ten dążył do odrzucenia jego oferty co ostatecznie się stało, jednak poprzedzone było trzykrotnie wystosowanymi do niego wezwaniami. Wykonawca nie wskazał na żadne okoliczności, które mogłyby w odmienny sposób tłumaczyć schemat przyjętego przez niego postępowania. Oferta wykonawcy została odrzucona zasadnie mimo, że decyzja w tym zakresie powinna zostać podjęta nawet wcześniej, a wezwanie do złożenia wyjaśnień z powodu niezałączenia wymaganych recenzji uznać należy za zbędne i de facto zmierzające nawet do przedłużenia całego postępowania. W ocenie odwołującego także sposób składania dokumentów przez drugiego wykonawcę tj. M. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. wskazywał na celowość działania, ponieważ także i ona była wyzwana do uzupełnienia składanych podmiotowych środków dowodowych, gdyż ich pierwotne złożenie było niekompletne.

Zdaniem odwołującego działanie wykonawcy D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK nakierunkowane było na odrzucenie złożonej przez niego oferty co tak się stało. W ocenie odwołującego całość działań podjętych przez trójkę wykonawców doprowadzić miała do wyboru trzeciej, najdroższej oferty, a przyczyną dla jakiej to się nie stało jest prawdopodobnie wyłącznie obawa wykonawców w zakresie konsekwencji podjęcia takich działań co dostrzegli na późniejszym etapie trwającego postępowania, być może mając już wiedzę o sygnalizowanych zamawiającemu przez odwołującego nieprawidłowościach.

Odwołujący argumentował także, że po dokonaniu analizy ofert złożonych przez trzech wykonawców i powzięcia informacji bezpośrednio od wykonawców, zasygnalizował zamawiającemu, że w niniejszym postępowaniu powiązania między wykonawcami pozwalają z dużą dozą prawdopodobieństwa dowodzić zawarcia pomiędzy nimi niedozwolonego porozumienia naruszającego konkurencję na rynku. W ocenie odwołującego wykazane przez niego powiązania powinny chociażby doprowadzić do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w zakresie okoliczności złożenia przez wykonawców ofert w tym postępowaniu. Wobec powyższego odwołujący wskazał, że już 4 kwietnia 2022r. wystosował do zamawiającego pismo, w którym wykazał wiadome mu powiązania zarówno osobowe jak i kapitałowe, które zaistniały między wykonawcami. Odwołujący wskazał, że zamawiający długo czekał z ustosunkowaniem się do pisma wykonawcy by dopiero dnia 29 kwietnia 2022r. wystosować odpowiedź o braku stwierdzenia przez niego podstawy do oceny, że doszło do zawarcia między trzema wykonawcami porozumienia o charakterze zaburzającym konkurencję na rynku. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do wskazania okoliczności świadczących o przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, które w jego ocenie nie miało dowieść potwierdzenia podnoszonych zarzutów.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie podjął żadnych rzeczywistych działań mających na celu zweryfikowanie zgłaszanych okoliczności, które świadczą o z góry ustalonym przez wykonawców schemacie ukształtowania ofert składanych w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Odwołujący podniósł, że wskazał zamawiającemu na szereg działań jakie mógł i powinien on podjąć by rozstrzygnąć kwestie zawarcia takiego porozumienia między Wykonawcami. Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 6 maja 2022r. wskazał, że zamawiający w pierwszej kolejności powinien ustalić czy Wykonawcy zawarli porozumienie antykonkurencyjne, w tym czy należą do tej samej grupy kapitałowej, wzywając wykonawców do wyjaśnienia:

1. czy Wykonawcy należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów;

2. jakiego rodzaju powiązania osobowe zachodzą pomiędzy Wykonawcami;

3. wszystkich powiązań osobowych i kapitałowych zachodzących pomiędzy tymi wykonawcami, w tym w przekazaniu informacji dotyczących posiadanych udziałów lub akcji, a także pełnienia funkcji w organach zarządczych lub nadzorczych we wskazanych przez wykonawcę podmiotach gospodarczych.

Zdaniem odwołującego następnie, jeżeli w niniejszej sytuacji aktualizują się przesłanki wystarczające do stwierdzenia zawiązania grupy kapitałowej między wykonawcami bądź wykonawcy wykazywać będą brak zawarcia między sobą porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, która to okoliczność stanowi jedną z podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, to wykonawcy winni wykazać, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Tym samym zamawiający powinien wezwać także do przedstawienia dowodów potwierdzających te okoliczności, tj. do wyjaśnienia:

1. w jaki sposób prowadzony był proces decyzyjny dotyczący składania ofert w ramach działalności wykonawców (wykonawcy powinni wykazać cechy tego procesu zapewniające brak przepływu informacji o warunkach ofert konkurencyjnych);

2. w jaki sposób przygotowywane były oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w ramach działalności wykonawców tj. jakie konkretnie osoby wskazane z imienia, nazwiska i funkcji zajmowały się przygotowywaniem i składaniem ofert - tak aby zapewnić brak przepływu informacji o warunkach ofert konkurencyjnych.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie dokonał żadnych z tych działań, nie wystąpił do wykonawców z żadnym sprecyzowanym zapytaniem, po którym możliwe byłoby podjęcie jakiejkolwiek rzeczywistej analizy okoliczności opracowania ofert na potrzeby tego postępowania. Jednocześnie wobec złożonego już w dniu 30 marca 2022r. wniosku o udostępnienie informacji publicznej w zakresie korespondencji prowadzonej ze wszystkimi trzema wymienionymi powyżej wykonawcami oraz powieleniem tego wniosku w dniu 19 kwietnia 2022r., a także wobec oświadczenia zamawiającego o przeprowadzeniu przez niego postępowania wyjaśniającego, odwołujący po raz kolejny już wezwał do przedstawienia prowadzonej z wykonawcami korespondencji właśnie w zakresie podejrzenia zawarcia zmowy przetargowej. Odwołujący wskazał, że dostrzegając pasywność zamawiającego ponownie pismem z dnia 12 maja 2022r. wezwał go do wykazania podjętych działań celem weryfikacji zawartego między wykonawcami porozumienia.

Odwołujący podniósł, że w zakresie wyżej wymienionych kolejnych jego pism, zamawiający ustosunkował się w piśmie z dnia 13 maja 2022r. wskazując, że odpowiedzi wykonawców w przedmiocie zawartego między nimi porozumienia wpłynęły w dniu 29 kwietnia 2022r. Biorąc pod uwagę, że w zakresie udostępnionej mu korespondencji z

wskazanej przez zamawiającego daty widnieje wyłącznie oświadczenie dotyczące braków podstaw do wykluczenia, można wywnioskować, że to właśnie w tym piśmie zamawiający upatruje wyjaśnienia przez wykonawców wszystkich okoliczności na jakie on wskazywał. Zdaniem odwołującego trudno też uznać, że ograniczenie się zamawiającego do wezwania do przedstawienia oświadczenia w zakresie podstaw do wykluczenia uznać można za przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, na jakie zamawiający wskazał w piśmie z dnia 29 kwietnia 2022r. Zdaniem odwołującego, wobec powyższego brak jest możliwości stwierdzenia, że zamawiający podjął jakiekolwiek, rzeczywiste działania zmierzające do wyjaśnienia zgłaszanych wiarygodnych podejrzeń zawarcia między wykonawcami porozumienia naruszającego konkurencję. Odwołujący wskazał, że bezpośrednio po otrzymaniu od zamawiającego pisma z wskazanymi wyżej wyjaśnieniami, po raz już kolejny w piśmie z dnia 17 maja 2022r. wskazał na niewystarczające działania podjęte przez zamawiającego, a w rzeczywistości brak rozstrzygnięcia żadnych z wątpliwości, na jakie wskazywał. W piśmie z dnia 20 maja 2022r. Zamawiający potwierdził, że dotychczas udostępniona korespondencja stanowiła całość prowadzonej z wykonawcami wymiany pism co wskazuje, że zamawiający nie wykonał jakichkolwiek czynności mogących rozstrzygnąć zaistniałe wątpliwości. Zdaniem odwołującego, zamawiający w sposób wadliwy zaniechał dokonania czynności, do której wobec zgłoszonych mu wątpliwości i przedstawienia wiarygodnych dowodów był zobowiązany z mocy art. 128 ust. 4 Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykazał podobieństwo cenowe w złożonych ofertach, które jest szczególnie widoczne w zakresie oferty opracowanej przez D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK oraz M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J.. Poszczególne pozycje cenowe są jednakowe lub bardzo do siebie zbliżone. W ocenie odwołującego ukształtowanie tych cen nie może mieć charakteru przypadkowego. Dopiero trzecia ze złożonych ofert opracowana przez G&P M. M., P. M. Sp. Jawną odpowiadała rzeczywistym cenom rynkowym i stanowiła kwotę, po której realnie możliwe jest wykonanie zamówienia. Zdaniem odwołującego dopiero ta oferta cenowo zbliżona jest do ceny proponowanej przez niego, a tym samym ceny rynkowej. W ocenie odwołującego złożenie przez dwóch wykonawców ofert po zaniżonych względem realnych cen ofert miało na celu wyłącznie właściwe ukształtowanie hierarchii ofert i przygotowania niejako pozycji pod ofertę właściwą tj. złożoną przez G&P M. M., P. M. Sp. Jawną. W założeniu, gdy oferty ułożą się zgodnie z celem wykonawców w sposób schodkowy tj. oferty tych trzech Wykonawców będą następowały właściwie jedna po drugiej, wykonawcy z niższymi ofertami doprowadzą do wykluczenia z postępowania bądź odrzucenia ich ofert. Okolicznością sprzyjającą takim działaniom było brak przewidzenia w warunkach przedmiotowego postępowania wniesienia wadium co dawało wykonawcom znacznie większą swobodę i brak poniesienia szkody przy celowym braku złożenia podmiotowych środków dowodowych, co w rzeczywistości miało miejsce w tej sprawie (brak wadium). Według odwołującego jedyną okolicznością dla jakiej pierwotnie założony scenariusz się nie sprawdził się w całości jest prawdopodobne powzięcie przez wykonawców wiedzy o sygnalizacji przez niego nieprawidłowości wprost do zamawiającego. Z tej przyczyny tj. być może oceny zbyt dużego ryzyka dalszego realizowania planu wykonawcy poprzestali wyłącznie na doprowadzeniu do odrzucenia oferty złożonej przez D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK. Jednocześnie w ocenie odwołującego, niczym nieuzasadnione niezłożenie na pierwsze wezwanie przez M. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. wszystkich wymaganych zapisami SWZ podmiotowych środków dowodowych tj. brak złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia świadczyć może o podjęciu działań, które finalnie zakończyć się miały odrzuceniem także i tej oferty. Wobec tego, w ocenie wykonawcy w niniejszej sprawie zaktualizowała się przesłanka uzasadniająca wykluczenie z tego postępowania trójki wymienionych w niniejszym piśmie wykonawców, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zdaniem odwołującego, przedstawione wyżej powiązania w sposób rzeczywisty odzwierciedlają osobowe i kapitałowe zależności pomiędzy wykonawcami, którzy na potrzeby tego konkretnego postępowania złożyli odrębne od siebie oferty. Tym samym zachodzi duże podejrzenie, graniczące z pewnością, że podmioty te konsultowały wzajemnie ze sobą warunki złożonych przez siebie ofert ustalając zaproponowane ceny, a przez to wpływając na ukształtowanie hierarchii ofert, a czego zamawiający nie wyjaśnił w sposób dostateczny, ograniczając się do wskazania (w piśmie z dnia 29.04.2022 r.), że sam fakt powiązań rodzinnych nie przesądza o istnieniu takiej zmowy. Odwołujący wskazał, że z uwagi na brak udostępnienia wykonawcy informacji publicznej we wnioskowanym zakresie nie może ocenić czy oferenci skutecznie dowiedli, że nie zawarli niedozwolonego porozumienia, bądź przygotowali oferty niezależnie od siebie, zatem przyjmuje, że argumenty przedstawione w niniejszym piśmie są w całości zasadne. O ile można przyjąć - za zamawiającym - że „do wykluczenia Wykonawcy z postępowania nie jest wystarczające zaistnienie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne”, o tyle brak dostatecznego wyjaśnienia uzasadnionych wątpliwości przez Zamawiającego oraz brak wykazania przez wykonawców, że nie zawarli porozumienia lub, że je zawarli, ale przygotowali oferty niezależnie od siebie (za pomocą stosownych środków dowodowych) implikuje obowiązek wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert, także z uwagi na

konieczność przestrzegania zasad zamówień publicznych, w tym ochrony konkurencyjności.

Odwołujący podniósł, że wybór oferty, której wykonawca wobec wszystkich wskazanych okoliczności winien podlegać wykluczeniu, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Konsekwencją powyższego winno być unieważnienie tej czynności.

W końcowej części uzasadnienia odwołania odwołujący podniósł, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została upubliczniona przez zamawiającego na platformie prowadzonego postępowania w dniu 19 maja 2022r. o godzinie 15:02. Plik nazwany został Wybór.pdf. Odwołujący wskazał, że na chwilę składania odwołania, informacja ta w niezmienionej formie i nazwie widniała na stronie zamawiającego. Przesłany dokument zawierał dwie strony i ograniczał się do wskazania wykonawcy, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, a także wskazana wykonawców, którzy oferty zostały odrzucone. Dokument ten nie zawierał wymaganych regulacją art. 252 ust. 1 Pzp elementów tj. uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanego wyboru i czynności odrzucenia ofert wykonawców. Dokładnie taki sam dokument o godzinie 16:59 w dniu 19 maja 2022r. umieszczony został na stronie zamawiającego. Odwołujący podniósł, że na chwilę składania odwołania, informacja ta w niezmienionej formie i nazwie widnieje na stronie zamawiającego. Odwołujący podniósł, że dopiero na skutek wezwania wystosowanego do zamawiającego udostępniona została mu rozszerzona wersja dokumentu stanowiącego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. dokument uzupełniony w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanych czynności. Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na jego wezwanie, zamawiający wskazał, że w dniu 19 maja 2022r. poprzez platformę zakupową udostępniono dokument pod nazwą Wybór Wykonawcy, który zawierał stosowne uzasadnienie. W rzeczywistości jednak jak wskazano wyżej udostępniony plik posiadał inną nazwę, a także inną zawartość od pierwotnie dostępnego pliku. Zamawiający w odpowiedzi na wystosowane wezwanie przekazał w korespondencji z Wykonawcą inny dokument aniżeli ten dostępny na stronie postępowania. Tym samym odwołujący podniósł, że pierwotnie dokonana przez zamawiającego czynność była wadliwa, a informacja o wyborze oferty nie zawierała wszystkich wymaganych przez ustawę Pzp elementów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła przystąpienie wykonawca M. J. prowadząca w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J.. Wniosła o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców w toku postępowania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestników postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że 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;

Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 253 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są remonty chodników oraz inne prace naprawczo-remontowe na nieruchomościach niezabudowanych na terenie działania Wydziału Gospodarki Komunalnej w Departamencie Pracy, Edukacji i Kultury UMŁ.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

Część I - „Remonty chodników oraz inne prace naprawczo-remontowe na nieruchomościach niezabudowanych na terenie działania Wydziału Gospodarki Komunalnej w Departamencie Pracy, Edukacji i Kultury UMŁ, w rejonie Bałut".

Nr oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena brutto w PLN (C)
1	GRAF-BUD B. M. ul. Maciejkowa 20, 92-727 Łódź	899 954,20 PLN
2	MAGNUM M. J. ul. Przełajowa 4 m 253, 94-044 Łódź	814 253,60 PLN
3	G&P M. M., P. M. Sp. Jawna ul. Bolesława 13, 93-492 Łódź	889 941,90 PLN
4	SZADEK D. S. ul. Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź	717 255,80 PLN

Część II - „Remonty chodników oraz inne prace naprawczo-remontowe na nieruchomościach niezabudowanych na terenie działania Wydziału Gospodarki Komunalnej

w Departamencie Pracy, Edukacji i Kultury UMŁ, w rejonie w rejonie Górnej”.

Nr oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena brutto w PLN (C)
1	GRAF-BUD B. M. ul. Maciejkowa 20, 92-727 Łódź	899 970,00 PLN
2	MAGNUM M. J. ul. Przełajowa 4 m 253, 94-044 Łódź	814 253,60 PLN
3	G&P M. M., P. M. Sp. Jawna ul. Bolesława 13, 93-492 Łódź	891 639,30 PLN
4	SZADEK D. S. ul. Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź	717 255,80 PLN

Część III - „Remonty chodników oraz inne prace naprawczo-remontowe na nieruchomościach niezabudowanych na terenie działania Wydziału Gospodarki Komunalnej w Departamencie Pracy, Edukacji i Kultury UMŁ, w rejonie w rejonie Polesia, Śródmieścia i Widzewa”.

Nr oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena brutto w PLN (C)
1	GRAF-BUD B. M. ul. Maciejkowa 20, 92-727 Łódź	199 981,70 PLN
2	MAGNUM M. J. ul. Przełajowa 4 m 253, 94-044 Łódź	180 793,10 PLN
3	G&P M. M., P. M. Sp. Jawna ul. Bolesława 13, 93-492 Łódź	198 472,80 PLN
4	SZADEK D. S. ul. Chodkiewicza 21,94-028 Łódź	160 535,00 PLN
5	Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe STARBOR MICHAŁ BORSUK ul. Kraszewskiego 5c, 95-020 Wiśniowa Góra	245 933,00 PLN

Ustalono również, że P. M. będący wspólnikiem G&P M. M., P. M. Sp. Jawna jest jednocześnie wspólnikiem w spółce Concrete Łódź Sp. z o.o. (KRS 0000777287), w której wspólnikiem jest także D. A. S., który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu w ramach prowadzonej przez siebie jednoosobowej działalności prowadzonej pod firmą SZADEK D. S.. D. S. pełni funkcję prezesa zarządu wskazanej spółki Concrete Łódź Sp. z o.o. (KRS 0000777287), natomiast P. M. jest członkiem zarządu.

Ustalono ponadto, że M. J., która w niniejszym postępowaniu także złożyła ofertę w ramach prowadzonej przez siebie jednoosobowej działalności gospodarczej jest prokurentem w wyżej wskazanej spółce Concrete Łódź Sp. z o.o. Taką samą funkcję w tej spółce pełni M. M., wspólnik spółki jawnej G&P M. M., P. M. Sp. Jawna.

(Dowód: - odpis KRS spółki Concrete Łódź Sp. z o.o. (KRS 0000777287), w aktach sprawy, przy odwołaniu).

Ustalono także, że M. M. oraz M. J. są także wspólnikami w innej spółce tj. Future Living Sp. z o.o. (KRS 0000909962), w której dodatkowo M. J. pełni funkcję wiceprezesa zarządu.

(Dowód: - odpis KRS spółki Future Living Sp. z o.o. (KRS 0000909962), a aktach sprawy, przy odwołaniu).

Ustalono również, że w pozycji 38 formularza cenowego oznaczonego jako „Naprawy

nawierzchni gruntowych tłuczniem kamiennym o uziarnieniu 0+63 mm przy uzyciu materiału łącznie z jego dowozem, wbudowaniem i wałowaniem wraz z wcześniejszym przygotowaniem podłoża" wykonawca D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK jako cenę jednostkową brutto wskazał 12,30 zł; M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. podała wartość 49,20 zł, Wykonawca G&P M. M., P.

M. Sp. Jawna wartość 123,00 zł i odwołujący - 123,00 zł.

W dalszej kolejności ustalono, że złożone formularze cenowe obejmowały po 49 pozycji dla każdej z części. W złożonych formularzach cenowych wykonawcy zaoferowali m.in. następujące ceny jednostkowe w zakresie części 1:

L.p	Rodzaj prac	Jednostka	Przedmiar	Cena jednostkowa brutto D. S.	Cena jednostkowa brutto Magnum M. J.	Cena jednostkowa brutto GP M. M., P. M. s.j.	Cena jednostkowa brutto odwołujący
1	2	3	4	5	6	7	8
Roboty rozbiórkowe							
1	Rozebranie obrzeży trawnikowych 20 x 6 lub 30 x 8 cm wraz z wywozem i utylizacją.	m	3500	0,10 zł	0,10 zł	1,23 zł	0,10 zł
2	Rozebranie krawężników betonowych 15 x 30 cm lub 20 x 30 cm wraz z wywozem i utylizacją.	m	1500	0,10 zł	0,10 zł	1,85 zł	0,10 zł
3	Rozebranie chodnika z płyt betonowych 50 x 50 x 7 cm bez względu na rodzaj podsypki (piaskowa lub cementowo - piaskowa) wraz z wywozem i utylizacją	m^2	2000	0,10 zł	0,10 zł	3,08 zł	0,10 zł
4	Rozebranie chodnika z płyt betonowych 35 x 35 x 5 cm bez względu na rodzaj podsypki (piaskowa lub cementowo - piaskowa) wraz z wywozem i utylizacją.	m^2	2000	0,10 zł	0,10 zł	2,46 zł	0,10 zł
5	Rozebranie chodnika z kostki betonowej gr. 6 cm lub 8 cm bez względu na rodzaj podsypki (piaskowa lub cementowo - piaskowa) wraz z wywozem i utylizacją.	m^2	150	0,10 zł	0,10 zł	2,46 zł	0,10 zł
6	Rozebranie nawierzchni z płyt betonowych sześciokątnych (trylinka) wraz z wywozem i utylizacją.	m^2	300	0,10 zł	0,10 zł	3,69 zł	0,10 zł
7	Rozebranie nawierzchni (podbudowy) betonowej o gr 10 cm wraz z wywozem i utylizacją.	m^2	100	0,10 zł	0,10 zł	6,15 zł	0,10 zł
8	Rozebranie nawierzchni bitumicznej o gr. 6 cm wraz z wywozem i utylizacją.	m^2	100	0,10 zł	0,10 zł	6,15 zł	0,10 zł
Roboty rozbiórkowe wraz z ponownym ułożeniem nawierzchni, obrzeży i krawężników							
9	Rozebranie obrzeży trawnikowych 20 x 6 cm lub 30 x 8 cm wraz z ponownym ustawieniem na podsypce cementowo - piaskowej, spoiny wypełnione zaprawą.	m	10	3,69 zł	2,46 zł	18,45 zł	4,92 zł

10	Rozebranie krawężników betonowych 15 x 30 cm lub 20 x 30 cm wraz z ponownym ustawieniem na podsypce cementowo - piaskowej, spoiny wypełnione zaprawą.	m	10	3,69 zł	2,46 zł	18,45 zł	4,92 zł
11	Rozebranie chodnika z płyt betonowych 50 x 50 x 7 cm bez względu na rodzaj podsypki (piaskowa lub cementowo - piaskowa) wraz z ponownym ułożeniem na podsypce cementowo-piaskowej.	m^2	10	73,80 zł	61,50 zł	18,45 zł	61,50 zł
12	Rozebranie chodnika z płyt betonowych 35 x 35 x 5 cm bez względu na rodzaj podsypki (piaskowa lub cementowo - piaskowa) wraz z ponownym ułożeniem na podsypce cementowo-piaskowej.	m^2	10	2,46 zł	2,46 zł	18,45 zł	4,92 zł
13	Rozebranie chodnika z płyt betonowych 25 x 25 x 8 cm bez względu na rodzaj podsypki (piaskowa lub cementowo - piaskowa) wraz z ponownym ułożeniem na podsypce cementowo-piaskowej.	m^2	10	2,46 zł	2,46 zł	18,45 zł	61,50 zł
14	Rozebranie chodnika z kostki betonowej gr 6 cm lub 8 cm bez względu na rodzaj podsypki (piaskowa lub cementowo - piaskowa) wraz z ponownym ułożeniem na podsypce cementowo-piaskowej.	m^2	10	3,69 zł	2,46 zł	18,45 zł	61,50 zł
15	Rozebranie nawierzchni z płyt betonowych sześciokątnych (trylinka) wraz z ponownym ułożeniem na podsypce cementowo-piaskowej.	m^2	10	3,69 zł	2,46 zł	18,45 zł	4,92 zł

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 30 marca 2022 r., działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK, do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK nie złożył żądanych podmiotowych środków dowodowych

Ustalono ponadto, że Zamawiający pismem z 6 kwietnia 2022r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK złożył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz wykaz robót, zaniechał jednak przedstawienia referencji potwierdzających należyte wykonanie robót wskazanych w wykazie.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 19 kwietnia 2022 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK do wyjaśnienia, jaka była przyczyna niezłożenia kompletnych podmiotowych środków dowodowych.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK pismem z dnia 22 kwietnia 2022 r. wyjaśnił, że omyłkowo nie złożył kompletnych dokumentów. Dosłał brakujący dokument.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia 2022 r., działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę M. J. prowadzącą w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J., do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca M. J. prowadząca w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. złożyła niekompletne

podmiotowe środków dowodowych.

Ustalono ponadto, że Zamawiający pismem z 10 maja 2022r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę M. J. prowadzącą w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca M. J. prowadząca w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. złożyła kompletne podmiotowe środki dowodowe.

Ustalono ponadto, że odwołujący pismem z dnia 4 kwietnia 2022 r. poinformował zamawiającego, że w jego ocenie trzech wykonawców MAGNUM M. J., G&P M. M., P. M. Sp. Jawna, SZADEK D. S. ustaliło między sobą warunki złożonych w postępowaniu ofert. Na potwierdzenie tych okoliczności odwołujący powołał się na powiązania między wyżej wymienionymi podmiotami.

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wniosek odwołującego z dnia 4 kwietnia 2022 r. zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia 2022 r. odpowiedział odwołującemu, że w przedmiotowej sprawie przeprowadził postępowanie wyjaśniające, które nie wykazało potwierdzenia zgłaszanych zarzutów, w związku z powyższym nie ma wiarygodnych przesłanek do uznania, że doszło do zmowy przetargowej. Sam fakt powiązań rodzinnych nie przesądza o istnieniu takiej zmowy.

Ustalono ponadto, że 30 marca 2022 r. odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o udostępnienie ofert złożonych przez wykonawców MAGNUM M. J., G&P M. M., P. M. Sp. Jawna, SZADEK D. S., a także udostepnienie informacji w zakresie korespondencji prowadzonej przez zamawiającego ze wszystkimi z trzech ww. wykonawców, w szczególności w zakresie wystosowanych do wykonawców wezwań do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyjaśnień oraz udzielonych przez wykonawców odpowiedzi.

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający w dniu 8 kwietnia 2022 r. udostępnił odwołującemu oferty ww. trzech wykonawców.

Ustalono również, że 19 kwietnia 2022 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie korespondencji prowadzonej z wykonawcami MAGNUM M. J., G&P M. M., P. M. Sp. Jawna, SZADEK D. S., w szczególności w zakresie wystosowanych wezwań do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyjaśnień oraz udzielonych przez wykonawców odpowiedzi.

Ustalono ponadto, że odwołujący 6 maja 2022 r. złożył do zamawiającego pismo, w którym oświadczył, że:

1. Wykonawca nie zgadza się z zaprezentowanym powyżej stanowiskiem Zamawiającego, a szczegółowe uzasadnienie powiązań kapitałowych i osobowych, jakie zachodzą pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w przetargu zostało wskazane w piśmie z dnia 29.03.2022r.;

2. informuję, że w sprawie zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawców z uwagi na wystąpienie niedozwolonej zmowy cenowej i wnoszę o podjęcie przez Zamawiającego stosownych działań;

3. wnoszę o wyjaśnienie zwłoki w udostępnieniu informacji publicznej, o której udostępnienie Wykonawca wnioskował w dniu 29.03.2022r. oraz ponownie w dniu 19.04.2022r.;

4. po raz trzeci wnoszę o udostępnienie, na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 2176), informacji w zakresie korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcami: MAGNUM M. J., G&P M. M., P. M. Sp. Jawna, SZADEK D. S., w szczególności w zakresie wystosowanych do Wykonawców wezwań do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyjaśnień oraz udzielonych przez Wykonawców odpowiedzi, wraz z dokumentami załączonymi do odpowiedzi wykonawców.

Ustalono, że 10 maja 2022 r. zamawiający udostępnił odwołującemu korespondencję prowadzoną z wykonawcami: MAGNUM M. J., G&P M. M., P. M. Sp. Jawna, SZADEK D. S..

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 12 maja 2022 r. odwołujący wniósł o:

1) wyjaśnienie jakie Zamawiający podjął działania celem weryfikacji czy pomiędzy oferentami doszło do zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego, ewentualnie czy nie doszło do porozumiewania się wykonawców przy sporządzaniu ofert, a w konsekwencji, że nie zaistniała zmowa cenowa;

2. jeżeli Zamawiający podjął działania w celu, o którym mowa w pkt 1 powyżej, na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 2176 ze zm.), - o udzielenie informacji o:

- dacie ich podjęcia,
- formie w jakiej zostały przeprowadzone,
- rezultacie tych działań,
- przyczyny zastosowania ewentualnie innej formy, niż pisemna;

3. ewentualnie, jeżeli Zamawiający nie podjął działań w celu, o którym mowa w pkt 1 powyżej, - o wyjaśnienie przyczyn, dla których Zamawiający zaniechał wypełnienia obowiązków wynikających z art. 128 ust. 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z dnia 20 maja 2022 r. poinformował odwołującego, że udostępnił całą korespondencję z Wykonawcami: MAGNUM M. J., G&P M. M., P. M. oraz SZADEK D. S. biorącymi udział w przedmiotowym postepowaniu we wcześniejszej korespondencji. Nadmieniam, że Zamawiający proceduje całą sprawę zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono również, że 19 maja 2022 r., za pośrednictwem platformy zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego - wykonawcy M. J. prowadzącej w Łodzi działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. jako najkorzystniejszej. W zawiadomieniu wskazał, że:

jako najkorzystniejszą w części 1, 2 i 3 wybrano ofertę złożoną przez Wykonawcę:

MAGNUM M. J., ul. Przełajowa 4 m 253, 94-044 Łódź

Na podstawie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert ustalono, iż oferta nr 2, złożona przez ww. Wykonawcę, odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie Pzp oraz w Specyfikacji warunków zamówienia, a w ślad za tym została oceniona, jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w SWZ kryteria

wyboru.

Zamawiający podaje poniżej informacje o Wykonawcach, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, a także punktację przyznaną ofertom w kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Ustalono również, że na stronie internetowej zamawiającego zamieszczono identyczne zawiadomienie.

Ustalono również, że w dniu 20 maja 2022 r. odwołujący przesłał do zamawiającego wniosek o udostępnienie przekazanej wykonawcy Szadek D. S. informacji wraz z uzasadnieniem dotyczącej odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Ustalono, że w reakcji na ww. wniosek zamawiający odpowiedział, że udostępniono w dniu 19.05.2022 r., poprzez platformę zakupową SmartPZP, dokument pod nazwą Wybór

Wykonawcy, W wysłanym dokumencie została zamieszczona informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z uzasadnieniem faktyczny i prawnym odrzucenia ofert w przedmiotowym postepowaniu. Ustalono ponadto, że zamawiający udostępnił odwołującemu rozszerzoną wersję dokumentu uzupełnioną o uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty wykonawcy Szadek, D. S..

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że 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;

Jak wynikało z ww. przepisu powodem wykluczenia z postępowania jest zawarcie przez wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Nie ulegało wątpliwości, że ciężar wykazania spornej okoliczności faktycznej spoczywał w analizowanej sprawie na odwołującym, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 KC. To bowiem odwołujący z faktu zawarcia przez wykonawcę M. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J., wykonawcę G&P M. M., P. M. sp. jawną oraz wykonawcę D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK antykonkurencyjnego porozumienia wywodził skutek prawny w postaci konieczności wykluczenia ww. wykonawców z udziału w postępowaniu.

Jednocześnie nie było sporne między stronami, iż ww. wykonawcy nie należeli do tej samej grupy kapitałowej. W tej sytuacji nie zaktualizował się obowiązek wykazania przez ww. wykonawców faktu przygotowania ofert samodzielnie. Jak bowiem wynikało z przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp in fine, konieczność wykazania tego faktu spoczywa wyłącznie na tych wykonawcach, którzy złożyli odrębne oferty, należąc jednocześnie do tej samej grupy kapitałowej.

Nie było również sporne między stronami, że wystąpiły pewne zależności między wykonawcą M. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J., wykonawcą G&P M. M., P. M. sp. jawną oraz wykonawcą D. S. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK, którzy złożyli zamawiającemu odrębne oferty.

P. M., będący wspólnikiem G&P M. M., P. M. Sp. Jawna był jednocześnie wspólnikiem w spółce Concrete Łódź Sp. z o.o. (KRS 0000777287), w której wspólnikiem był także D. A. S., który złożył ofertę w postępowaniu w ramach prowadzonej przez siebie jednoosobowej działalności prowadzonej pod firmą SZADEK D. S.. D. S. pełnił funkcję prezesa zarządu wskazanej spółki Concrete Łódź Sp. z o.o. (KRS 0000777287), natomiast P. M. był jej członkiem zarządu. M. J., która w niniejszym postępowaniu także złożyła ofertę w ramach prowadzonej przez siebie jednoosobowej działalności gospodarczej pełniła zaś funkcję prokurenta w wyżej wskazanej spółce Concrete Łódź Sp. z o.o. Taką samą funkcję w tej spółce pełniła M. M., wspólnik spółki jawnej G&P M. M., P. M. sp. jawna. M. M. oraz M. J. były także wspólnikami w innej spółce tj. Future Living Sp. z o.o. (KRS 0000909962), w której dodatkowo M. J. pełniła funkcję wiceprezesa zarządu.

Jak wynikało z powyższych ustaleń, w sprawie występowały pewne powiązania natury osobowej pomiędzy niektórymi osobami występującymi po stronie wykonawców. Nie były to jednak powiązania pomiędzy samymi wykonawcami. Powiązania te sprowadzały się bowiem do uczestnictwa niektórych osób w innych podmiotach gospodarczych, które nie złożyły oferty w tym postępowaniu. Co więcej, przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu były remonty chodników oraz inne prace naprawczo-remontowe na nieruchomościach niezabudowanych na terenie działania Wydziału Gospodarki Komunalnej w Departamencie Pracy, Edukacji i Kultury UMŁ. Tymczasem, jak wynikało z oświadczeń przystępującego złożonych w trakcie rozprawy oraz odpisów z KRS - Concrete Łódź sp. z o.o. zajmowała się produkcją betonu, a Future Living sp. z o.o. miała prowadzić działalność deweloperską.

Zdaniem Izby nie zostało zatem wykazane, że uczestnictwo niektórych osób z ramienia wykonawców w działalności gospodarczej w ramach innych podmiotów gospodarczych, niebiorących udziału w postępowaniu, działających w innej branży niż przedmiot zamówienia, miałoby świadczyć o tym, że zawarli oni antykonkurencyjne porozumienie w tym postępowaniu.

Dodatkowo z odpisu z KRS dla wykonawcy G&P M. M., P. M. sp. jawna oraz zaświadczeń z CEIDG dla przystępującego i wykonawcy D. S. wynikało, że wykonawcy ci w innych datach rozpoczynali działalność gospodarczą, posiadają inne adresy prowadzonej przez nich działalności gospodarczej oraz częściowo zajmują się inną działalnością gospodarczą (por. odpis z KRS i zaświadczenia z CEIDG złożone przez przystępującego na rozprawie).

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia miały świadczyć wskazane przez niego w odwołaniu zależności w formularzach cenowych wykonawców.

Odwołujący wywiódł, że pierwsze osiem pozycji w formularzu cenowym załączonym przez D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK oraz przystępującego miało wskazywać na dokładnie tą samą wartość.

Izba stwierdziła, że faktycznie w pierwszych ośmiu pozycjach swych formularzy obaj wykonawcy zaoferowali zamawiającemu identyczne ceny jednostkowe, to jest 0,10 zł netto. Jednakże uszło uwadze odwołującego, że on sam dokładnie w tych samych pozycjach formularza cenowego zaoferował zamawiającemu identyczne ceny jednostkowe. Przy przyjęciu założenia odwołującego należałoby uznać, że również on pozostawał w zmowie z D. S. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK oraz z przystępującym.

Kolejno odwołujący wskazał w odwołaniu, że o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia miało świadczyć także ukształtowanie cen w zakresie prac dotyczących „Robót rozbiórkowych wraz z ponownym ułożeniem nawierzchni, obrzeży i krawężników". Odwołujący wskazał, że w ofercie złożonej przez G&P M. M., P. M. Sp. Jawną, pozycje 9-15 mają jednakową wartość co jest uzasadnione zakresem wykonanych prac, podczas gdy zarówno w ofercie złożonej przez D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK oraz M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MAGNUM M. J. pozycja nr 11 „Rozebranie chodnika z płyt betonowych 50 x 50 x 7 cm bez względu na rodzaj podsypki (piaskowa lub cementowo - piaskowa) wraz z ponownym ułożeniem na podsypce cementowo-piaskowej", z niewidomego powodu została ponadprzeciętnie i nadmiernie wyceniona.

Jak wynikało z przytoczonego fragmentu uzasadnienia odwołania, zdaniem odwołującego pozycje 9-15 formularza cenowego winny mieć jednakową wartość. Odwołujący argumentował, że identyczna wycena tych pozycji miała być „uzasadniona zakresem prac". Według odwołującego prawidłowo postąpił tylko wykonawca G&P M. M., P. M. sp. jawna, który identycznie wycenił omawiane pozycje. Odwołujący uważał, że wykonawca D. S. oraz przystępujący mieli z niewiadomych względów zaoferować w pozycji 11 formularza inne stawki niż w pozycjach 9-10 oraz 12-15.

Uszło jednak uwadze odwołującego, że również on sam nie wycenił pozycji 11 formularza cenowego identycznie jak pozycji 9-10 oraz 12-15. W pozycjach 9-10, 12, 15 formularza odwołujący zaoferował stawkę 4,92 zł, zaś w pozycjach 11, 13, 14 - 61,50 zł. Biorąc powyższe pod uwagę należało uznać, że treść oferty samego odwołującego zaprzeczała jego twierdzeniom przedstawionym w odwołaniu jakoby jedynym, prawidłowym działaniem wykonawców powinno być identyczne wycenienie wszystkich pozycji 9-15 formularza cenowego, mające być „uzasadnione zakresem wykonanych prac".

Niezależnie od powyższego dostrzeżenia wymagało, że kalkulując ceny ofertowe wykonawcy mogli brać pod uwagę poziom cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawców w poprzednim postępowaniu, prowadzonym przez zamawiającego w ub. r. Stąd nie można było wykluczyć, że pewne podobieństwa niektórych cen jednostkowych wykonawców, nie wyłączając odwołującego, mogły wynikać również ze znajomości ubiegłorocznych stawek (por. zestawienie cen jednostkowych uzyskanych w postępowaniu poprzednio prowadzonym przez zamawiającego, złożone przez zamawiającego na

rozprawie).

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie został wykazany także przez odwołującego opisywany przez niego w odwołaniu rzekomy mechanizm zmowy przetargowej. W świetle odwołania mechanizm ten polegać miał na tym, że wadliwe ukształtowano oferty dwóch wykonawców (D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK oraz przystępującej), tak by właściwie wycenioną i realną ofertą była oferta złożona przez G&P M. M., P. M. sp. jawną.

Izba stwierdziła, że przy mechanizmie zmowy opisywanym przez odwołującego w odwołaniu zamówienie powinno przypaść wykonawcy G&P M. M., P. M. sp. jawnej. To ten wykonawca, pomimo złożenia oferty z najwyższą ceną miał uzyskać zamówienie, zaś wykonawcy z niższymi cenami, pozostający rzekomo w zmowie, powinni do tej sytuacji doprowadzić. Tymczasem, jak wynikało z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertą najkorzystniejszą okazała się oferta przystępującego, a nie oferta wykonawcy G&P M. M., P. M. sp. jawnej.

Odwołujący twierdził wprawdzie w odwołaniu, że przypuszcza, iż przystępujący zamierzał nie uzupełnić podmiotowych środków dowodowych, ale odstąpił od tego zamiaru w wyniku analizy pism sygnalizacyjnych odwołującego, składanych w toku postępowania zamawiającemu. Strona przeciwna zaprzeczyła twierdzeniom odwołującego, wobec powyższego wykazanie spornego faktu obciążało odwołującego. Izba stwierdziła, że odwołujący na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił jednak żadnego dowodu. Dodatkowo, jak wynikało z dokumentacji postępowania, oraz oświadczeń przystępującego złożonych w trakcie rozprawy, wykonawca ten, w okresie poprzedzającym upływ terminu na uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych nie występował do zamawiającego z wnioskiem o wgląd do dokumentów postępowania. Informacja na temat pism nie była mu także przekazywana przez zamawiającego w inny sposób. W trakcie rozprawy pełnomocnik odwołującego oświadczyła dodatkowo, że być może informacja o pismach sygnalizacyjnych była przekazywana przystępującemu przez samego odwołującego. Jednakże również i te twierdzenia odwołującego pozostały gołosłowne. Przy wyrokowaniu wzięto pod uwagę, że przystępujący złożył w charakterze dowodu, pod rygorem odpowiedzialności karnej, oświadczenie, że przygotowywał ofertę samodzielnie, nie uczestniczył w przygotowywaniu ofert innych wykonawców i nie uzgadniał z nimi ich treści. W braku dowodu przeciwnego Izba stwierdziła zatem, że przystępujący podjął samodzielnie decyzję o uzupełnieniu podmiotowych środków dowodowych zmierzając tym samym bezpośrednio do uzyskania przez siebie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że faktycznie wykonawca D. S. nie złożył kompletnych podmiotowych środków dowodowych. W wyniku nieuzupełnienia tych dokumentów został wykluczony z postępowania, a jego oferta - odrzucona.

W tym zakresie nie zostało jednak wykazane przez odwołującego, że wykonawca D. S. celowo nie uzupełnił dokumentów działając z zamiarem uzyskania zamówienia przez wykonawcę G&P M. M., P. M. sp. jawną. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający po nieuzupełnieniu dokumentów przez wykonawcę D. S. wystąpił do niego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień na temat przyczyn takiego stanu rzeczy. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oświadczył, że omyłkowo nie uzupełnił jednego z wymaganych dokumentów, tj. referencji.

Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności temu oświadczeniu. Tak jak już wcześniej wskazano, nie zmaterializował się mechanizm zmowy, którego efektem miało być uzyskanie zamówienia przez wykonawcę G&P M. M., P. M. sp. jawną. Pozostający również rzekomo w zmowie przystępujący uzupełnił dokumenty, w wyniku czego zamówienie przypadło jemu, a nie wykonawcy G&P M. M., P. M. sp. jawnej.

Przy ocenie wiarygodności oświadczenia wykonawcy D. S. wzięto również pod uwagę, że nigdy do tej pory w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego nie zdarzyło się, aby któryś z wykonawców mających rzekomo pozostawać w zmowie miał nie uzupełnić dokumentów, czego beneficjentem okazał się inny z tych wykonawców.

Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że do tej pory taka sytuacja nie miała miejsca. Oświadczenie takie złożył również przystępujący. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność powielenia zarzucanego mechanizmu w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego lub inne podmioty zamawiające. Co więcej, odwołujący

nie przedstawił nawet dowodu na okoliczność, jakoby w przeszłości wykonawcy współpracowali ze sobą przy realizacji analogicznego przedmiotu zamówienia, np. zawiązując konsorcja, udostępniając sobie zasoby itd.

Przy ocenie wiarygodności oświadczenia wykonawcy D. S. wzięto również pod uwagę, że przystępujący złożył w charakterze dowodu swoje oświadczenie, złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej, z którego wynikało, że przygotowywał ofertę samodzielnie, nie uczestniczył w przygotowywaniu ofert innych wykonawców i nie uzgadniał z nimi ich treści.

Dostrzeżenia wymagało również, że wykonawca D. S. to osoba fizyczna prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą. W przypadku tego rodzaju podmiotów istniało mniejsze prawdopodobieństwo korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej przy czynności uzupełniania dokumentów przetargowych, co mogło skutkować popełnieniem omawianej omyłki.

Na uwagę zasługiwał również fakt, że wszyscy wykonawcy złożyli oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, w tym na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. 6 maja 2022 r. przystępujący dodatkowo złożył oświadczenie o aktualności oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia. Analogiczne oświadczenie 13 kwietnia 2022 r. złożył wykonawca D. S..

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wystosowania do trzech wykonawców (przystępujący, G&P M. M., P. M. sp. jawna, D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. S. SZADEK) wezwania do złożenia wyjaśnień co do podejrzenia zmowy przetargowej.

Jak wynikało z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wykluczenie na podstawie tego przepisu następuje w razie stwierdzenia przez zamawiającego wiarygodnych przesłanek zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia między wykonawcami.

Tak jak wskazano wcześniej, jedyne, co zostało wykazane przez odwołującego i co nie było sporne to fakt, że niektóre osoby po stronie trzech wykonawców uczestniczyły w działalności gospodarczej innych podmiotów gospodarczych, które nie złożyły oferty w tym postępowaniu. Podkreślenia wymagało jednak, że fakt takiego uczestnictwa, który odwołujący sygnalizował zamawiającemu, był mu już znany, a ponadto wynikał z jawnego Krajowego Rejestru Sądowego. W tym zakresie brak było zatem podstaw do prowadzenia przez zamawiającego jakichś dalszych czynności wyjaśniających.

Co do rzekomych nieprawidłowości odnośnie wzajemności zależności niektórych cen w formularzach cenowych wykonawców, na jakie odwołujący zwracał uwagę w treści odwołania, to - jak wskazano wcześniej - poziomy cen nie wzbudzały obiektywnych wątpliwości. Jak już wyjaśniono wyżej, można było mówić wręcz o analogicznych lub zbliżonych podobieństwach między ofertą odwołującego, a ofertami wykonawców, mających pozostawać w zarzucanej zmowie. Również wskazywane przez odwołującego wątpliwości co do poziomu ukształtowania niektórych cen jednostkowych okazały się nietrafne, skoro były udziałem samego odwołującego. W tej sytuacji trudno było zarzucać zamawiającemu, iż zaistniały po jego stronie podstawy do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości, które wymagałby dalszego wyjaśnienia.

Jedyne wątpliwości w sprawie mógł budzić fakt nieuzupełnienia dokumentów podmiotowych przez wykonawcę D. S.. Jednakże w tym zakresie zamawiający wezwał wykonawcę to złożenia wyjaśnień co do przyczyn takiego stanu rzeczy i uzyskał odpowiedź. Z odpowiedzi tej wynikało, że nieuzupełnienie dokumentów nie było podyktowane porozumieniem między jakimiś wykonawcami, ale omyłką wykonawcy.

Jak wskazano wcześniej, zamawiający dysponował dodatkowo wiedzą z poprzednich postępowań, że zarzucany mechanizm zmowy między trzema wykonawcami nigdy się nie powtórzył. W konsekwencji zamawiający nie miał podstaw aby poddać w wątpliwość wiarygodność oświadczenia wykonawcy D. S. co do przyczyn nieuzupełnienia dokumentów.

Zamawiający nie miał również podstaw do kwestionowania zamiaru uzyskania zamówienia przez przystępującego. Jak wskazano wcześniej, brak było dowodu aby

przystępujący podjął decyzję o uzupełnieniu dokumentów podmiotowych dopiero po lekturze pism sygnalizacyjnych odwołującego. Podkreślenia wymagało, że zamawiający, jako gospodarz postępowania, dysponował dodatkowo wiedzą, że przystępujący nie znał treści pism sygnalizacyjnych odwołującego. Zamawiający miał zatem prawo wysnuwać adekwatne wnioski również z tego faktu.

W trakcie rozprawy odwołujący doprecyzował, że zamawiający powinien wezwać wykonawców do wyjaśnień czy istnieją między nimi jakieś dalsze powiązania, a także czy oferty zostały przez nich przygotowane w sposób samodzielny, oraz czy osoby przygotowujące oferty podpisały jakieś oświadczenia o zachowaniu danych z ofert w poufności.

Jeśli chodzi o oświadczenia o przygotowaniu ofert w sposób samodzielny oraz zachowaniu ich w poufności wobec innych wykonawców, to podkreślenia wymagało, że wykonawcy złożyli oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, w tym na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Złożyli zatem oświadczenia, że nie zawarli porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. 6 maja 2022 r. przystępujący dodatkowo złożył oświadczenie o aktualności oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia. Analogiczne oświadczenie 13 kwietnia 2022 r. złożył wykonawca D. S.. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że wykonawcy złożyli już oświadczenia o tym samym znaczeniu, na jakie wskazywał odwołujący.

Zdaniem Izby za zbyteczne należało uznać występowanie do wykonawców z pytaniem o istnienie między nimi powiązań kapitałowych. Zamawiający był w stanie samodzielnie stwierdzić, na podstawie jawnych rejestrów, że takich powiązań nie było. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp podlegał oddaleniu, jako niezasadny.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp poprzez brak umieszczenia w informacji dotyczącej wyniku przedmiotowego postępowania udostępnionej na stronie internetowej zamawiającego jak i na stronie prowadzonego postępowania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wyboru oferty najkorzystniejszej jaki i w przedmiocie zasadności odrzucenia ofert innych wykonawców.

Po pierwsze Izba stwierdziła, że nie polega na prawdzie stanowisko odwołującego, jakoby zamawiający, zarówno w informacji przekazanej mu przez platformę jak i umieszczonej na stronie internetowej, nie podał uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W zawiadomieniu z 19 maja 2022 r. zamawiający wskazał m.in., że:

„(...) jako najkorzystniejszą w części 1, 2 i 3 wybrano ofertę złożoną przez Wykonawcę: MAGNUM M. J., ul. Przełajowa 4 m 253, 94-044 Łódź

Na podstawie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert ustalono, iż oferta nr 2, złożona przez ww. Wykonawcę, odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie Pzp oraz w Specyfikacji warunków zamówienia, a w ślad za tym została oceniona, jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w SWZ kryteria wyboru.”.

Zamawiający w zawiadomieniu podał także informacje o wykonawcach, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, a także punktację przyznaną ofertom w kryteriach oceny ofert i łączną punktację. Powyższe odpowiadało zatem zakresowi wymaganemu zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający w dniu 19 maja 2022 r. faktycznie nie przesłał odwołującemu za pośrednictwem platformy informacji odpowiadającej art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, to jest w zakresie uzasadnienia faktycznego jak i prawnego odrzucenia ofert innych wykonawców. Zdaniem Izby uchybienie to pozostawało jednak bez wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła bowiem, co nie było sporne między stronami, że w odpowiedzi na wniosek odwołującego z dnia 20 maja 2022 r. kompletne zawiadomienie zostało mu w tym dniu udostępnione. W efekcie odwołujący był w stanie 24 maja 2022 r. wnieść prawidłowo odwołanie, posiadając wiedzę o podwodach odrzucenia oferty wykonawcy D. S..

Chybiony okazał się natomiast zarzut co do niepodania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności odrzucenia ofert wykonawców na stronie internetowej zamawiającego. Uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z art. 253 ust. 2 ustawy Pzp

zamawiający ma obowiązek zamieścić na swojej stronie internetowej jedynie informację odpowiadającą treści art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp, a więc informację dotyczącą uzasadnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W świetle ww. przepisu, zamawiający nie ma jednak obowiązku zamieszczać na stronie internetowej uzasadnienia faktycznego jak i prawnego dla czynności odrzucenia ofert wykonawców, o którym mowa w art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak wskazano wcześniej, zamawiający wywiązał się z obowiązku zamieszczenia na stronie internetowej zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, o treści odpowiadającej brzmieniu art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp. Wobec powyższego zarzut należało w tym zakresie należało uznać za bezzasadny.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego

uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje

postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszeń ustawy, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 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).

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: