

WYROK

z dnia 24 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2022 r. przez wykonawcę: PreZero Recycling Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Lublin z siedzibą w Lublinie przy udziale wykonawcy: EKOLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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 :

UZASADNIENIE

Gmina Lublin z siedzibą w Lublinie (dalej „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - VII części: część 6 - sektor VI, numer referencyjny:

ZP-P-I.271.86.2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 listopada 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 227-597865.

W dniu 6 czerwca 2022 r. przez wykonawcę: PreZero Recycling Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec zaniechań i czynności zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z pkt. 4.7 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKOLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku (dalej „EKOLAND”) jako niezgodnej z warunkami zamówienia opisanymi w pkt 4.7 SWZ oraz pkt. III.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którymi wykonawca, może złożyć oferty na maksymalnie 3 części (3 sektory) zamówienia, a wykonawca który uzyskał zamówienie na 3 części (3 sektory) w postępowaniu ZP-P-I.271.2.2021 nie może złożyć oferty w prowadzonym postępowaniu, podczas gdy spółka KOM-EKO S.A. należąca do tej samej grupy kapitałowej co EKOLAND uzyskała zamówienia w 3 częściach zamówienia (część 1,2,5 zamówienia) w postępowaniu ZP-P-I.271.2.2021, a tym samym złożenie oferty przez EKOLAND w postępowaniu narusza powyższy zakaz, ponieważ KOM-EKO S.A. i EKOLAND z uwagi na powiązania, w tym osobowe, kapitałowe oraz wspólne interesy gospodarcze powinny być traktowane jako jeden wykonawca - jeden organizm gospodarczy (single economic unit);

alternatywnie

2. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 4.7 SWZ poprzez zaniechanie wykluczenia EKOLAND oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na to, że oferty częściowe w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (KOM-EKO S.A. w części 1, 2 i 5 oraz EKOLAND w części 6), a tym samym powstało domniemanie, iż wykonawcy zawarli porozumienie zakłócające konkurencję, którego to domniemania wykonawca EKOLAND nie obalił;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z pkt. 4.7 SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKOLAND, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na próbie obejścia wyrażonego w pkt. 4.7 SWZ zakazu złożenia oferty przez wykonawcę, który uzyskał zamówienie w 3 częściach postępowania, jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz działanie utrudniające dostęp do rynku innym wykonawcom;

ewentualnie

4. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EKOLAND do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu i ich istotnych części składowych (wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny), podczas gdy zarówno cena całkowita jak i ceny jednostkowe zaoferowane przez Ekoland za transport i zagospodarowanie poszczególnych frakcji odpadów wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu

zamówienia i powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

a w konsekwencji wszystkich powyższych naruszeń zarzucam także naruszenie przez zamawiającego:

5. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty EKOLAND w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z SWZ oraz wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, względnie EKOLAND powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 6

sektor VI postępowania z 25 maja 2022 r., przeprowadzenia ponownego procesu badania

i oceny ofert złożonych w części nr 6 Postępowania sektor VI oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty EKOLAND jako niezgodnej z SWZ, względnie wykluczenia EKOLAND z postępowania i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy EKOLAND

do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: EKOLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku (dalej „przystępujący”).

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako niezasadnego.

Odwołujący w piśmie procesowym, złożonym na posiedzeniu 23 czerwca 2022 r., złożonym do akt sprawy, zaprezentował swoje stanowisko odnoszące się do argumentacji zawartej w piśmie zamawiającego - odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący złożył do akt sprawy pismo procesowe z 23 czerwca 2022 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko wobec zarzutów podnoszonych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Wskutek zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany tj. zaniechania wykluczenia EKOLAND z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Powoduje to poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z pkt. 4.7 SWZ w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekoland jako niezgodnej z warunkami zamówienia opisanymi w 4.7 SWZ oraz pkt III.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którymi wykonawca, może złożyć oferty na maksymalnie 3 części (3 sektory) zamówienia, a wykonawca który uzyskał zamówienie na 3 części (3 sektory) w postępowaniu ZP-P-I.271.2.2021 nie może złożyć oferty w prowadzonym postępowaniu, podczas gdy spółka KOM-EKO S.A. należąca do tej samej grupy kapitałowej co EKOLAND uzyskała zamówienia w 3 częściach zamówienia (część 1,2,5 zamówienia) w postępowaniu ZP-P-I.271.2.2021, a tym samym złożenie oferty przez EKOLAND w postępowaniu narusza powyższy zakaz, ponieważ KOM-EKO S.A. i EKOLAND z uwagi na powiązania, w tym osobowe, kapitałowe oraz wspólne interesy gospodarcze powinny być traktowane jako jeden wykonawca - jeden organizm gospodarczy (single economic unit) - uznając, że tak sformułowane zarzuty należało oddalić.

Izba zarzut ten oddaliła z tego powodu, iż wbrew twierdzeniom odwołującego zakaz złożenia ofert przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wynika z treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

W pkt 4.7 SWZ zamawiający określił limit dotyczący możliwości składania ofert w postępowaniu, ale wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, a nie wykonawcy i podmiotów z nim powiązanych (kapitałowo lub osobowo), również tych, którzy należą do jednej grupy kapitałowej.

Wskazać należy w tym miejscu brzmienie pkt 4.7 SWZ: Wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na 3 części zamówienia. Przedmiotowe ograniczenie dotyczy (zgodnie z nazwą) zamówienia w rozumieniu 7 części, tzn. ograniczenie z uwzględnieniem całości zamówienia realizowanego na obszarze miasta Lublin w VII sektorach (ZP-P-I.271.2.2021), które to dodatkowo zostało zweryfikowane w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą i uznane za dopuszczalne (wyrok z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3512/21). Postanowienie to należy czytać literalnie, a więc wprowadzone ograniczenia odczytywać w sposób ścisły.

Oznacza to, że skoro zamawiający ustanowił zakaz ubiegania się o zamówienie wykonawcom, to zastosowanie znajdzie definicja wykonawcy na gruncie przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z art. 7 pkt 30 teje jako wykonawcę - należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, że jako wykonawcę należy w tym przypadku traktować również inny podmiot, należący do tej samej grupy kapitałowej. Nie sposób bowiem utożsamiać całej grupy kapitałowej z jednym wykonawcą z tego powodu, że każdy z nich jest odrębnym przedsiębiorcą, zarejestrowanym i prowadzącym własną działalność. Stąd nie sposób twierdzić, że ograniczenie ustanowione w SWZ dotyczy na równi wykonawcy, jak też członka danej grupy kapitałowej. Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2053/17, KIO 2054/17) wskazując, że nawet w przypadku ustanowienia w treści specyfikacji ograniczeń co do możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców na dwie różne części - zakaz ten dotyczy wyłącznie wykonawców, dopuszczając tym samym sytuacje, w której każdy z podmiotów z grupy kapitałowej mógł ubiegać się o dwie części prowadzonego przez

zamawiającego postępowania.

W konsekwencji należy uznać, że zakaz ustanowiony w treści SWZ dotyczy wyłącznie wykonawcy, któremu udzielone zostało zamówienie na trzy części w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - VII części: część 1 - sektor I; część 2 - sektor II; część 3 - sektor III; część 4 - sektor IV; część 5 - sektor V; część 6 - sektor VI; część 7 - sektor VII tj. odnosił się do KOM-EKO S.A. Z kolei EKOLAND, jako odrębny od niego podmiot mógł wziąć udział w tym postępowaniu jako, że w świetle przepisów ustawy Pzp, należało traktować go jako odrębnego wykonawcę.

Tym samym nie zaistniała podstawa do uznania, że oferta złożona przez EKOLAND jest niezgodną z warunkami zamówienia, w konsekwencji uznać należało, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i odwołanie w tym zakresie oddalić.

W zakresie zarzutu, sformułowanego jako alternatywny, polegającego na naruszeniu przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 4.7 SWZ poprzez zaniechanie wykluczenia EKOLAND oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na to, że oferty częściowe w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (KOM EKO S.A. w części 1, 2 i 5 oraz EKOLAND w części 6, a tym samym powstało domniemanie iż wykonawcy zawarli porozumienie zakłócające konkurencję, którego to domniemanie wykonawca EKOLAND nie obalił - Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Bezsporna w niniejszej sprawie jest okoliczność, że Ekoland Sp. z o.o., który złożył ofertę w postępowaniu należy do tej samej grupy kapitałowej, co wykonawca KOM-EKO S.A., który w poprzednio prowadzonym postępowaniu, uzyskał zamówienie na maksymalną liczbę części.

Postępowanie to jest wprawdzie odrębnym, od poprzednio organizowanego w tym samym przedmiocie, w którym zamawiający udzielił zamówienia na sześć części, jednakże należy mieć na uwadze zakaz ustanowiony w pkt 4.7 SWZ, który wprawdzie ogranicza ilość części, o które może się ubiegać dany wykonawca, co nie przesądza jednak, że nie należało w okolicznościach niniejszej sprawy dokonać oceny działania wykonawcy EKOLAND pod kątem zakłócenia konkurencji w ramach tego zamówienia.

W konsekwencji zastosowanie znajdzie przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Tym samym, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z dyspozycją tego przepisu, zamawiający musi w pierwszej kolejności stwierdzić, że doszło do zawarcia porozumienia, a ustalenia takie poczynić na podstawie wiarygodnych przesłanek. Przepis ten został zmieniony w stosunku do brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp z 2004 r. (który wymagał wykazania przez zamawiającego za pomocą stosownych środków dowodowych), w sposób odpowiadający art. 57 ust. 4 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE, który pozwala zamawiającemu stwierdzić, że doszło do zawarcia porozumienia na podstawie wiarygodnych przesłanek, w tym znaczeniu, że wystarczające jest wnioskowanie z zachowania wykonawców, że pozostają oni w porozumieniu i chcą wpływać na wynik postępowania.

Wskazać należy ponadto, iż pojęcie „porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji”, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy wyklądać przez pryzmat przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r., poz. 275, dalej jako UOKK). Zgodnie z art. 4 pkt 5 UOKK przez porozumienie rozumie się: a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Z kolei zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKK zakazane są m.in. porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji wpisuje się w porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKK, przy czym w relacji do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ustawa Pzp ogranicza zakres porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji do tzw. porozumień horyzontalnych, czyli uzgodnień dokonywanych przez wykonawców, a nie przez wykonawcę i zamawiającego.

Zawarcie takiego porozumienia, które ma na celu zakłócenie konkurencji nie tylko jest sprzeczne z prawem, ale także z dobrymi obyczajami. Ponadto prowadzi ono do zniekształcenia konkurencji w danym postępowaniu, naruszając - w zależności od okoliczności stanu faktycznego - interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia lub samego zamawiającego. Jak wskazał Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18, 9

zmowy przetargowe mogą przybierać wiele form, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości. Zmowy przetargowe, mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie, niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja przy wyłanianiu zwycięzcy przetargu funkcjonowała prawidłowo.

Zgodzić się należy z odwołującym, że dla wykazania zawarcia porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji, co do zasady nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. W ocenie zmów przetargowych, jako zakazanych z mocy UOKK, obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt VII Aga 1121/18, fakt zmowy powinien być oceniany po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, albowiem w przypadku zmowy przetargowej jej udowodnienie w oparciu o istnienie umowy regulującej zachowania przedsiębiorców przystępujących do przetargu będzie praktycznie niemożliwe. Dlatego też, w sytuacji braku takich dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia może być udowodniony w sposób pośredni, jeśli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego zachowania.

Co jednak istotne, aby można stwierdzić, że doszło do istnienia zmowy, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmowy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba, oceniając całokształt okoliczności przedmiotowej sprawy doszła do przekonania, że tego rodzaju symptomy zmowy przetargowej nie miały miejsca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności nie sposób jest stwierdzić, jak to wywodził odwołujący, że fakt wniesienia przez KOM-EKO S.A. odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3512/21

i orzeczony przez Izbę w wyroku zakaz ubiegania się o zamówienie w tym postępowaniu wykonawców, którzy uzyskali już zamówienia w poprzednio prowadzonym postępowaniu wskazuje, że KOM-EKO S.A., pragnąc przełamać zakaz wynikający z ograniczenia sformułowanego w pkt 4.7 SWZ - postąpił się spółką EKOLAND.

Zasadnie wskazał przystępujący na znaczną rozbieżność czasową pomiędzy składaniem ofert w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach przetargu nieograniczonego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - VII części: część 1 - sektor I; część 2 - sektor II; część 3 - sektor III; część 4 - sektor IV; część 5 - sektor V; część 6 - sektor VI; część 7 - sektor VII (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 24 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 058-146845), w którym to termin składania ofert przypadła na dzień 9 czerwca 2021 r. Przetarg ten, z uwagi na brak ofert w zakresie części 6 - sektor VI podlegał w tej części unieważnieniu, w konsekwencji wszczęto ponowne postępowanie na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - część 6 - sektor VI. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 23 listopada 2021 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2021/S 227-597865. Termin składania ofert przypadła na dzień 27 grudnia 2021 r. Dodatkowo, co wyjaśniał szeroko w swoim piśmie z 10 lutego 2022 r. przystępujący, jego zainteresowanie wzięciem udziału w postępowaniu powtórzonym wynika z tego, że nie uzyskał on zamówień w gminach, w których spodziewał się je pozyskać. Na te okoliczności przedstawiał dowody w postaci informacji o wyborze oferty, opublikowanych przez te podmioty, w których ubiegał się o udzielenie zamówienia. Wywody w tym zakresie należy uznać za spójne, wiarygodne i wskazujące, że fakt udziału w postępowaniu nie wynikał z zakazu ubiegania się o to zamówienie wykonawcom, którzy wcześniej uzyskali już zamówienie dla trzech części tj. KOM-EKO S.A.

Z kolei odnosząc się do kwestii istniejących, w ocenie odwołującego, powiązań kapitałowo-osobowych, występujących pomiędzy KOM-EKO S.A. i EKOLAND stwierdzić należy, że nie występują one bezpośrednio, co wynika ze schematu organizacyjnego prezentowanego przez odwołującego w treści złożonego odwołania. Pomiędzy nimi znajduje się jeszcze inna spółka z grupy - Ekoland Polska S.A.

Co także istotne, sam fakt istnienia pewnych powiązań pomiędzy podmiotami działającymi w ramach grupy kapitałowej nie jest okolicznością nadzwyczajną, i sam w sobie nie przesadza, że doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Jak wskazywał w swoich wyjaśnieniach przystępujący EKOLAND jest podmiotem prowadzącym autonomiczną działalność i posiada pełną swobodę podejmowania decyzji w zakresie kontraktowania, w tym niezależność w zakresie podejmowania decyzji o udziale w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo w piśmie procesowym z 23 czerwca 2022 r. opisał szeroko jak wygląda sposób ofertowania w jego spółce i, że za ten odpowiedzialne są wyłącznie osoby w niej zatrudnione (które wymienił z imienia i nazwiska) i to one podpisały ofertę dla zamawiającego. Powyższe świadczy, że EKOLAND swoją ofertę w postępowaniu sporządził niezależnie, a decyzje w tym zakresie podejmowane są samodzielnie przez spółkę.

Kwestionowanie przez odwołującego autonomii i samodzielności EKOLAND z tego powodu, że obie spółki korzystają ze wspólnej infrastruktury i posiadają wspólną identyfikację wizualną, co odwołujący próbował udowodnić przedstawiając zdjęcia pojazdów oraz siedziby spółki KOM-EKO (załączone do odwołania i składane na rozprawie) nie mogą być uznane za przesądzające i decydujące o tym, że w istocie takiej niezależności EKOLAND nie posiada. Zresztą przystępujący również przedstawił na rozprawie dowody (zdjęcia) na których widoczne jest, że owa identyfikacja wizualna w przypadku obu podmiotów jest różna (różne logo, różne hasła charakterystyczne dla działalności danej spółki). Dodatkowo, jak trafnie zauważył, owe wizualizacje, występujące razem czy to na samochodach, czy w innych miejscach publicznie dostępnych świadczą jedynie o tym, że podmioty te chcą być identyfikowane jako te, które działają w ramach grupy kapitałowej, co w tym przypadku sporne nie jest.

Odnosząc się z kolei do faktu istnienia powiązań o charakterze finansowym, które odwołujący wywodził na podstawie przedłożonych wyciągów ze sprawozdań finansowych KOM-EKO S.A., należy wskazać, iż dokumenty te nie dowodzą istnienia jakiegokolwiek zmwoty. Jak trafnie dostrzegł zamawiający fakt udzielenia poręczenia świadczy raczej o mającej miejsce rozdzielności księgowej i majątkowej przedsiębiorców, gdyż bank który każdorazowo w takich przypadkach analizuje sytuację podmiotową, gdyby doszedł do przekonania, że występuje tak ścisłe powiązanie kapitałowe, że podmioty te należy raczej traktować jako jeden - nie wyraziłby zgody na takiego rodzaju poręczenie. Z kolei samo zestawienie tabelaryczne, w którym odwołujący prezentuje transakcje z jednostkami powiązanymi dowodzi jedynie tego, że takowe są dokonywane w ramach prowadzonej

działalności, tj. w ramach działającej grupy kapitałowej. Tabele wskazują wyłącznie wartość 12

dokonywanych transakcji, nie precyzują co się kryje pod daną pozycją i jaka transakcja w ramach danej pozycji miała miejsce. Jej dokonanie, samo w sobie nie może być w szczególności uznane jako dowód na istnienie tak ścisłych powiązań, aby można było twierdzić, że spółki tworzą jeden podmiot gospodarczy (single economic unit), stąd jako takie są nieprzydatne dla stwierdzenia wywiedzonego z nich wniosku.

Nie zasługuje również na uwagę formułowana przez odwołującego teza, że podmioty ze wspólnej grupy kapitałowej winny być traktowane jako jeden przedsiębiorca z tego powodu, że jako grupa realizują wspólny cel, i co do zasady nie konkurują między sobą. Przywoływane przez odwołującego, jakkolwiek bogate, orzecznictwo TSUE nie ma zastosowania na gruncie przepisów ustawy Pzp, ale na gruncie Prawa konkurencji. Jak już wcześniej zauważono przepisy ustawy Pzp jasno definiują pojęcie „wykonawcy”. Nie może być zatem, w świetle przepisów ustawy Pzp uznana za wykonawcę grupa kapitałowa. Z kolei sam zakaz udziału członków tej samej grupy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - wymaga dodatkowo ziszczenia się szeregu przesłanek.

Izba nie zgadza się także z twierdzeniami odwołującego, że analiza wyjaśnień, złożonych zamawiającemu przez EKOLAND (pisma z 10 lutego 2022 r. i 13 maja 2022 r.) pozwala uznać, że wykonawca przywołał jedynie ogólne okoliczności, wskazujące na jego niezależność i autonomię, nie popierając ich żadnymi dowodami. Wyjaśnienia te należy uznać za spójne, wiarygodne, opisujące zarówno okoliczności związane z podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia, jak też potwierdzające w sposób dostateczny fakt istniejącej samodzielności występowania w obrocie gospodarczym, jak też w zakresie podejmowania decyzji w obu postępowaniach, oraz w grupie kapitałowej, do której należy.

W konsekwencji, w okolicznościach niniejszej sprawy, brak jest podstaw by twierdzić, że istnieją przesłanki do uznania, że Ekoland Sp. z o.o. oraz KOM-EKO S.A. zawarły porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. W związku z tym nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie, Izba stwierdza również, że nie ma racji odwołujący wskazując, że w identycznej sytuacji faktycznej i prawnej zamawiający odrzucił ofertę KOMA Sp. z o.o. Sp. k. Analiza akt sprawy prowadzi w tym przypadku do całkowicie odmiennych wniosków, gdyż w przypadku KOMA Sp. z o.o. Sp. k., zamawiający na podstawie całokształtu okoliczności sprawy doszedł do przekonania, że zachodzą takie przesłanki, które wskazują na fakt zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Analiza powiązań osobowych i kapitałowych obu spółek doprowadziła zamawiającego

do przekonania, że mało prawdopodobnym jest, by oferta KOMA Sp. z o.o. Sp. k. została przygotowana bez wiedzy KOMA Sp. z o.o. Wskazywał na to fakt, że KOMA Sp. z o.o. jest komplementariuszem w KOMA Sp. z o.o. Sp. k. i zgodnie z odpisem z KRS tej spółki jest uprawniona do jej reprezentacji. Oznacza to, że podejmuje decyzje biznesowe dotyczące działania spółki tj. tego wykonawcy, który złożył ofertę w powtórzonym postępowaniu na część 6 zamówienia. Biorąc pod uwagę, że jest to spółka kapitałowa, to decyzje te podejmuje de facto jej zarząd, a zatem dochodzi do sytuacji, w której zarząd KOMA Sp. z o.o. podejmuje decyzje biznesowe zarówno za KOMA Sp. z o.o., jak też KOMA Sp. z o.o. Sp. k. Z kolei pod ofertą KOMA Sp. z o.o. Sp. k., na wydruku oferty, widniała wizualizacja podpisu elektronicznego J. M., prezesa zarządu KOMA Sp. z o.o. Na niekorzyść KOMA Sp. z o.o. Sp. k. działa również faktyczne działanie spółki, która mimo wezwania ze strony zamawiającego nie podjęła jakiegokolwiek próby wykazania, że jej biznesowe decyzje są podejmowane bez uwzględniania interesów spółki KOMA Sp. z o.o. tym samym, bez takich wyjaśnień, mając na uwadze, że w tym przypadku występowała tożsamość osoby podejmującej decyzje w obu spółkach, takie wyjaśnienia były konieczne, aby obalić domniemanie, że ta tożsamość decyzyjna nie pozwala obu podmiotom działać niezależnie od siebie. Ich zaniechanie zamawiający zasadnie uznał za wiarygodny dowód zaistnienia porozumienia, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z pewnością jednak obu tych przypadków nie można traktować jednakowo, zarówno z przyczyn braku istnienia analogicznych, ścisłych powiązań osobowych w spółce KOMA i KOM-EKO, jak też z uwagi na okoliczność złożenia w postępowaniu obszernych i wyczerpujących wyjaśnień.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut naruszenia przez zamawiającego art.

226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z pkt. 4.7 SWZ poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty EKOLAND, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na próbie obejścia wyrażonego w pkt. 4.7 SWZ zakazu złożenia oferty przez wykonawcę, który uzyskał zamówienie w 3 częściach postępowania, jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz działanie utrudniające dostęp do rynku innym wykonawcom.

Odwołujący formułując powyższy zarzut wskazał na zakaz wynikający z pkt 4.7 SWZ wywodząc z niego, że udział EKOLAND w postępowaniu miał na celu obejście tego zapisu, co miało na celu utrudnienie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Teza ta jest nieprawdziwa, gdyż jak wcześniej zauważył skład orzekający, w postępowaniu nie istniał zakaz złożenia oferty przez wykonawcę należącego do jednej grupy kapitałowej z wykonawcą, który uzyskał wcześniej zamówienie w trzech częściach postępowania. Tym samym nie sposób uznać, że EKOLAND, poprzez swój udział w przetargu, takiego czynu się dopuścił.

Z kolei samo twierdzenie, odnoszące się do tego, że oferowane w postępowaniu ceny jednostkowe, odbiegają od cen rynkowych za zagospodarowanie odpadów, co ma charakter utrudnienia dostępu do rynku, którym stanowi art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, to brak jest jakichkolwiek dowodów w tym zakresie, a obowiązek przedłożenia dowodów na wskazywane okoliczności, obciążał w tym przypadku odwołującego.

W konsekwencji nie można uznać, że zamawiający dopuścił się naruszenia wskazywanych przez odwołującego przepisów, uzasadniających odrzucenie oferty Ekoland.

Izba oddaliła także zarzut, sformułowany jako ewentualny, naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EKOLAND do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu i ich istotnych części składowych (wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny) podczas gdy zarówno cena całkowita jak i ceny jednostkowe zaoferowane przez Ekoland za transport i zagospodarowanie poszczególnych frakcji odpadów wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Rozstrzygając ten zarzut Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę na treść przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, jeżeli cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W tym przypadku zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Należało zatem rozważyć czy w niniejszej sprawie zaszły takie okoliczności, które obligowały zamawiającego do tego, aby skierował on do wykonawców takie wezwanie, albowiem powinny po jego stronie zaistnieć wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami opisanymi w dokumentach zamówienia lub wynikające z innych przepisów. Wprawdzie przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z jednej strony zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia, z drugiej zaś, ustanawiając prawo do zwrócenia się o wyjaśnienia, uzależnia ją od określonych

podejrzeń, których zamawiający winien nabrać. Jeśli takie wątpliwości po stronie zamawiającego nie zaktualizują się, to żądanie wyjaśnień w takich przypadkach należy uznać za bezpodstawne.

W sytuacji zatem, jeśli brak jest przesłanek do zastosowania przez zamawiającego przepisu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, czynność taka jest kwestią całkowicie oceną, suwerenną decyzją zamawiającego, uzależnioną od jego wiedzy i doświadczenia w zakresie kosztów świadczenia podobnych usług na rynku, jak również wynikającą z wiedzy i doświadczenia samego zamawiającego.

W okolicznościach niniejszej sprawy należy zaznaczyć, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 39 193 694,28 zł., co wynika z protokołu postępowania. Z kolei zaproponowane w tym postępowaniu ceny ofertowe to: 49 119 438,34 zł. (oferta PreZero); 28 268 200,80 zł. (oferta EKOLAND); 32 394 005,70 zł. (oferta KOMA Sp. z o.o.)

- cena ustalona przez zamawiającego, po dokonaniu korekty błędów w ofercie. Oferta EKOLAND, co wynika z kalkulacji zamawiającego, przedstawionej w piśmie procesowym
- odpowiedzi na odwołanie, jest o 22,75% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (nie jak twierdził odwołujący od średniej pozostałych wykonawców) oraz o 27,88% niższa od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego. Tym samym nie ulega wątpliwości, że brak było po stronie zamawiającego obligatoryjnej przesłanki do wzywania EKOLAND do składania wyjaśnień w zakresie skalkulowania ceny oferty.

Dodatkowo, jak wyjaśnił zamawiający w swoim piśmie, niezależnie od braku istnienia takiego obowiązku po jego stronie, przeprowadził on szczegółową analizę czy zaoferowana przez EKOLAND cena nie odbiega od realiów rynkowych. W tym celu zasadnie odwołał się do swojego doświadczenia, które nabył przy okazji poprzednio organizowanego postępowania, wskazując jako przykład, że najkorzystniejsza oferta cenowa, złożona na sektor III jest podobna do cen zaoferowanych przez Ekoland (średnia cena netto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów różni się o 39,27 zł), a usługa ta jest już realizowana na rzecz zamawiającego od stycznia 2022 r. a usługi świadczone w sposób należyty i zgodny z zapisami umowy. Wbrew temu, co twierdził odwołujący na rozprawie takie odniesienie, jest jak najbardziej uzasadnione i prawidłowe, gdyż wskazuje na poziom cen aktualnie realizowanych usług.

Biorąc zatem pod uwagę ceny jednostkowe z postępowania, które aktualnie jest dla zamawiającego realizowane (szczełgółowe porównanie znajduje się w piśmie procesowym zamawiającego - odpowiedzi na odwołanie) zasadnie uznał, że w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie zachodzi podstawa do wezwania EKOLAND do wyjaśnień, gdyż ani cena jako całość, ani też jej istotne części składowe, nie wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się z kolei do argumentacji odwołującego, który w treści odwołania wskazywał, że taka wątpliwość powinna wynikać z porównania cen rynkowych, w tym oferowanych przez podmioty z grupy EKOLAND, jak też tych oferowanych przez pozostałe podmioty, które EKOLAND wskazał jako instalacje, w których zamierza zagospodarowywać odpady - Izba uznała argumenty w tym zakresie za nieudowodnione.

Przypomnieć należy, że w świetle wskazanej wcześniej regulacji art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jeśli ta wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy, składającego odwołanie, który twierdzi, że zachodzą okoliczności obligujące zamawiającego do skierowania takiego wezwania w danych okolicznościach, jest wykazanie, że zaoferowane ceny odbiegają od cen rynkowych, i to w taki sposób, że nie da się za te ceny zamówienia wykonać. Wprawdzie przepisy ustawy Pzp ani dyrektywy unijne nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę to jednak w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do kosztu przewidzianego przez samego zamawiającego lub znacząco odbiegająca od ofert, zaproponowanych przez innych wykonawców.

Sam fakt istnienia rozbieżności w zakresie czy to cen oferowanych w ramach grupy, czy też nawet odbiegających od cen oferowanych przez podmioty, które EKOLAND wskazuje jako instalacje - nie dowodzi rażąco niskiej ceny jego oferty. Nie jest wystarczające wskazanie i ujęcie tych cen w tabeli, aby skutecznie zarzut taki podnieść. Z kolei dowody, które odwołujący złożył na rozprawie (zapytania ofertowe) jedynie wskazują jakie ceny były

oferowane innemu podmiotowi w roku 2021, stąd nie mogą stanowić punktu odniesienia dla cen oferowanych przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała powyższy zarzut za niepotwierdzony. W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób uznać, że w postępowaniu zachodziły okoliczności, które winny były wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru cen zaoferowanych przez EKOLAND i spowodować wszczęcie procedury wyjaśniającej z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący :