Sygn. akt: KIO 2938/22

WYROK

z dnia 25 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Rafał Malinowski

Członkowie:

Jolanta Markowska

Małgorzata Matecka

Protokolant:

Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawcę P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych DROGOS P. K. z siedzibą w Pilichowicach, w postępowaniu prowadzonym

przez zamawiającego Gminę Gierałtowice

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm w składzie: L. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Danama L. T. oraz A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AMP A. P. z siedzibą lidera w Imielinie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset

złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od odwołującego wykonawcy P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych DROGOS P. K. z siedzibą w Pilichowicach na rzecz zamawiającego Gminy Gierałtowice kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2938/22

Uzasadnienie

Gmina Gierałtowice, dalej jako: „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP", którego przedmiotem jest zimowe utrzymanie dróg, placów, chodników przy obiektach gminnych i przystanków w Gminie Gierałtowice w sezonie 2022/2023, numer postępowania: TP/12/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowanie w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 października 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00374269/01.

W dniu 7 listopada do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych DROGOS P. K. z siedzibą w Pilichowicach, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i w zw. z art. 218 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum DANAMA i oferty wykonawcy O. jako złożonych przez wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu z postępowania z uwagi na zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 218 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 3 oraz art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Konsorcjum DANAMA i O., pomimo że oferty ww. wykonawców zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum DANAMA, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, co stanowi jednocześnie naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności zgodnie z żądaniem odwołania.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy, który ostatecznie sprowadzał się do braku uzupełnienia przez wykonawcę O. podmiotowych środków dowodowych i odrzucenia jego oferty, co otworzyło drogę do uzyskania zamówienia przez konsorcjum DANAMA. Odwołujący podkreślił, że taka sama sytuacja miała miejsce w postępowaniu prowadzonym w ubiegłym roku.

Zdaniem Odwołującego brak jest racjonalnego wytłumaczenia, z jakich powodów wykonawca O., który złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę, nie złożył podmiotowych środków dowodowych. Powyższe jest szczególnie znamienne wobec faktu, że wykonawca O., nie podjął nawet próby złożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, ani ich uzupełnienia, tym bardziej wobec powtórzenia się schematu działania w obecnym i zeszłorocznym postępowaniu.

Następnie Odwołujący przedstawił szczegółową analizę istniejących pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu oraz innymi osobami relacji rodzinno-towarzyskich, z której wywiódł wniosek, że wysoce prawdopodobne jest, iż wykonawca O. i Lider Konsorcjum DANAMA znają się i pozostają w kontaktach towarzyskich.

Zdaniem Odwołującego okoliczności faktyczne sprawy, w tym przede wszystkim powtarzający się od ubiegłego roku ewidentny schemat działania, polegający na niezłożeniu i nieuzupełnieniu dokumentów przez wykonawcę O., który złożył najkorzystniejszą ofertę, co otwierało drogę do uzyskania zamówienia Konsorcjum DANAMA, które złożyło droższą, drugą w kolejności ofertę, wskazują jasno, że oferty wykonawców O. i Konsorcjum DANAMA zostały przygotowane w porozumieniu w celu ograniczenia konkurencji na lokalnym rynku usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, a wykonawcy ci zawarli porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na uzgadnianiu warunków ofert składanych w następujących po sobie postępowaniach. Porozumienie to miałoby według Odwołującego polegać na tym, że w przypadku korzystnego dla tych przedsiębiorców rankingu ofert podejmą oni działania mające na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. wykonawców, który zaoferował wyższą cenę.

Jednocześnie działanie takie stanowi zdaniem Odwołującego również naruszenie art. 218 ust. 1 ustawy PZP, bowiem wykonawcy ci formalnie złożyli dwie oferty, jednakże uzgodnili warunki ich składania i podtrzymywania, co powoduje, że doszło do naruszenia reguły, która dozwala jednemu wykonawcy złożyć jedną samodzielną formalnie i materialnie ofertę.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 21 listopada 2022 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na

odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. W pierwszej kolejności Zamawiający zwrócił uwagę na pewne szczegóły dotyczące stanu faktycznego postępowań, na które uwagę zwracał

Odwołujący, wskazując że nie były one identyczne. Dopiero na skutek poprawy oczywistej omyłki rachunkowej oferta konsorcjum DANAMA stała się drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu pn. Zimowe utrzymanie dróg, placów, chodników przy obiektach gminnych i przystanków w Gminie Gierałtowice w sezonie 2021/2022.

Następnie Zamawiający zwrócił uwagę na opublikowane w dniu 31 października postępowanie w Gminie Chełm Śląski, którego przedmiotem jest zimowe utrzymanie dróg, chodników i placów. Z informacji z otwarcia ofert w tym postępowaniu, datowanej na 8 listopada 2022 r., wynika że jedyną ofertę złożył wykonawca O. . Zdaniem Zamawiającego to postępowanie jest bardziej atrakcyjne dla wykonawcy O., z uwagi na miejsce realizowania umowy. Z tego względu uzasadnionym jest wniosek, że rezygnacja ze złożenia podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu w Gminie Gierałtowice, nastąpiła na skutek wysokiego prawdopodobieństwa uzyskania zamówienia w Gminie Chełm Śląski, w której wykonawca ten ma siedzibę.

Zamawiający dodał, że wykonawca O. uzyskał również inne zamówienia, co mogłoby uzasadniać brak uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Gierałtowice.

Jak dalej wskazywał Zamawiający, z istnienia powiązań rodzinnych, czy towarzyskich nie należy wywodzić zawarcia niedozwolonego porozumienia między dwoma podmiotami uczestniczącymi w danym postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego ocena innych postępowań wskazuje, iż wykonawca Jan O. konkurował z wykonawcą L. T. oraz wykonawcą A. P. o udzielenie tych samych zamówień publicznych.

W ocenie Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zimowe utrzymanie dróg, placów, chodników przy obiektach gminnych i przystanków w Gminie Gierałtowice w sezonie 2022/2023 wiarygodne przesłanki, że wykonawcy dopuścili się zmowy przetargowej nie zachodziły. Zamawiający posiadając wiedzę o okolicznościach towarzyszących tj. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Gminie Chełm Śląski nie dysponował wiarygodnymi przesłankami stanowiącymi o dopuszczeniu się zmowy przetargowej, a tym samym dającymi podstawę do odrzucenia ofert wykonawców. Ponadto w oparciu o powołane przez odwołującego wątpliwości Zamawiający nie byłby w stanie wykazać zawarcia pomiędzy wykonawcami takiego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający powołał stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 20 listopada 2018 r., w którym Izba wskazała, że podstawa faktyczna domniemania zmowy przetargowej musi uprawniać do wniosku, iż wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, nie może też być jedynie jednym z możliwych wniosków, które można powziąć z zaistniałych okoliczności (KIO 2095/18).

Zamawiający dodał, iż w aktualnie prowadzonym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny działań (zaniechań) wykonawcy J. O. opierając się na informacjach o postępowaniach znanych Zamawiającemu i umieszczonych na platformie e-zamówienia tj. miniportal.upz.gov.pl. Dokonana analiza doprowadziła do wniosku, iż w przedmiotowym postępowaniu nie było podstaw do przyjęcia, iż w przypadku wykonawców J. O. oraz konsorcjum DANAMA zachodzą wiarygodne przesłanki, iż wykonawcy dopuścili się zmowy przetargowej.

Przedstawione przez odwołującego wątpliwości dotyczące zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji nie zostały poparte nawet dowodami pośrednimi, a wątpliwości te nie są na tyle silne aby dawały jednoznaczną podstawę do stwierdzenia istnienia zmowy przetargowej, a co najważniejsze nie są jedynym logicznym wyjaśnieniem dla zaistniałego stanu faktycznego. Zamawiający wskazuje ponadto, iż odwołujący nie wykazał ponadto, iż celem lub skutkiem zawarcia tego porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 23 listopada, złożonym na posiedzeniu, swoje stanowisko w sprawie przedstawił Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący stanowczo zaprzeczył, iż w niniejszej sprawie zawarł jakiekolwiek porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji. Przystępujący podkreślił, że nie posiada wiedzy, co było powodem braku jakiejkolwiek reakcji wykonawcy O. na wezwania Zamawiającego oraz, że wykonawcy ci w istocie konkurują na rynku zamówień publicznych, przytaczając również stosowne przykłady.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba

Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm w składzie: L. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Danama L. T. oraz A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AMP A. P. z siedzibą lidera w Imielinie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie wpłynęło w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Spełnione zostały również pozostałe warunki formalne, a zatem zgłoszone przystąpienie należało uznać za

skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

W trakcie postępowania odwoławczego złożone zostały również następujące dowody:

1) Dowody Odwołującego:

   a. Dotyczące postępowania pn. „Zimowe utrzymanie dróg, placów, chodników przy obiektach gminnych i przystanków w Gminie Gierałtowice w sezonie 2021/2022”:

      i. Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia

      26.10.2021 r., informacja z otwarcia ofert, wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 3.11.2021 r., wezwanie z dnia 8.11.2021 r. do złożenia dokumentów i oświadczeń Konsorcjum

      DANAMA, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z

10.11.2021 r., oświadczenie wykonawcy O. o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia z dnia

25.10.2021

b. Kurier Imieliński Gazeta Samorządowa nr 5 (19) maj 2009 r. - zdjęcie na str. 8

c. Zbiorcze zestawienie ofert z dnia 14.10.2020 r. dla zadania pn. „Zimowe utrzymanie dróg, placów, chodników przy obiektach gminnych i przystanków w Gminie Gierałtowice w sezonie 2020/2021 r. PN/21/2020,

d. Wykaz usług złożony przez Konsorcjum DANAMA w postępowaniu 2021/2022,

e. Informacja z dnia 31.10.2013 r. Zamawiającego Nadleśnictwa Kobiór o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu S2710-13/13 BZP 373422-2013,

f. Informacja z otwarcia ofert zamawiającego Gmina Chełm Śląski z dnia 27.01.2014 r. w przetargu na budowę kanalizacji wraz z przepompownią Nr PS i PP i zasilaniem energetycznym przepompowni w rejonie ulic Chełmskiej i Podłuże w Chełmie Śląskim,

g. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym

przez GDDKiA Oddział w Katowicach O/KA.D-3.2421.3.2022.23.NS

2) Dowody Zamawiającego:

a. Dotyczące postępowania pn. Zimowe utrzymanie dróg, placów, chodników przy obiektach gminnych i przystanków w Gminie Gierałtowice w sezonie 2021/2022:

i. Informacja z otwarcia ofert z dnia 25 października 2021 r. oraz zawiadomienie o poprawieniu w ofercie oczywistej omyłki rachunkowej skierowane przez Zamawiającego do konsorcjum DANAMA z dnia 27 października 2021 r.

b. Dotyczące postępowania pn. Zimowe utrzymanie dróg chodników, przystanków i placów na terenie Gminy Chełm Śląski (nr postępowania

271.2.6.2022):

i. Specyfikacja warunków zamówienia, informacja o kwocie jaką Zamawiający Gmina Chełm Śląski zamierza się przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z dnia 24 października 2022 r., informacja z otwarcia ofert z dnia 24 października 2022 r. oraz zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 25 października 2022 r.

c. Dotyczące postępowania pn. Zimowe utrzymanie dróg chodników, przystanków i placów na terenie Gminy Chełm Śląski (nr postępowania 271.2.7.2022):

i. Specyfikacja warunków zamówienia oraz informacja z otwarcia ofert z dnia 8 listopada 2022 roku.

d. Dotyczące postępowania pn. Zimowe utrzymanie dróg chodników, przystanków i placów na terenie Gminy Chełm Śląski (nr postępowania

271.2.6.2021):

i. Ogłoszenie o zamówieniu, informacja z otwarcia ofert z dnia 22 października 2021 roku oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 października 2021 roku.

e. Informacja o udzieleniu zamówienia dla zadania Patrol autostrady A1 odcinek E gr. Woj. Łódzkiego - węzeł Rząsawa (bez węzła),

f. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19 października 2020 r. oraz 29 października 2021 r., publikowane w postępowaniach pn. „Zimowe utrzymanie dróg, chodników, przystanków i placów na terenie Gminy Chełm Śląski” prowadzonych w 2020 i 2021 r.,

g. Ostateczne przedsądowe wezwanie do zaprzestania czynów nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia dóbr osobistych z dnia 15 listopada 2022 roku.

3) Dowody Przystępującego:

a. Dotyczące zadania „Budowa zabezpieczeń przeciwhałasowych wzdłuż drogi krajowej nr 81 w m. Łaziska Górne”

i. Informacja z otwarcia ofert z dnia 6 listopada 2018 r., informacja o wykluczeniu wykonawcy JUSTMAR T. Ma. z dnia 15.01.2019 r., Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2019 r., sygn. akt: KIO 93/19, informacja o unieważnieniu czynności wykluczenia wykonawcy JUSTMAR M. T. z dnia 26.02.2019 r. oraz informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26.02.2019 r.

b. Dotyczące zadania „Modernizacja systemu kanalizacyjnego w rejonie Osiedla Zimowego”

i. Informacja z otwarcia ofert z dnia 22.08.2019 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15.10.2019 r. oraz Umowa nr 95/2019

c. Dotyczące zadania „Budowa sieci kanalizacji ul. Azaliowa i Czapli”

i. Informacja z otwarcia ofert z dnia 14.08.2017 oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 06.09.2017 r.

d. Dotyczące zadania „Budowa sieci i kanalizacji deszczowej i sanitarnej w rejonie ulic Mostowa, Malinowa, Grzybowa, Stawowa”

i. Informacja z otwarcia ofert z dnia 28.02.2019 r., ogłoszenie wyników postępowania z dnia 13.03.2019 r. oraz Umowa nr IRI.272.67.2019

e. Dotyczące zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w rejonie ulic Wieżowej i Urbana”

i. Informacja z otwarcia ofert z dnia 11.07.2019 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 05.08.2019 r. oraz Umowa nr 62/2019

f. Dotyczące zadania „Budowa i przebudowa sieci kanalizacji deszczowej w celu odwodnienia terenów położonych pomiędzy autostradą A4, ul. Rybnicką, potokiem Doa a ul. Biegusa w Gliwicach - Etap IV”

i. Informacja z otwarcia ofert oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21.02.2019

g. Dotyczące zadania „Przebudowa kanalizacji ogólnospławnej w ulicy Szkolnej w Katowicach w celu przełączenia odpływów sanitarnych do kolektora ogólnospławnego”

i. Informacja z otwarcia ofert z dnia 06.04.2022 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22.06.2022 r. oraz Umowa nr 68/2022

h. Dotyczące zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w ul. Markiefki na odcinku od ul. Sztygarskiej do ul. Kopalnianej w Katowicach”

i. Informacja z otwarcia ofert z dnia 05.04.2022 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.05 2022 r. oraz umowa nr 51/2022

i. Dotyczące zadania „Zimowe utrzymanie dróg, chodników, przystanków i placów na terenie Gminy Chełm Śląski”

i. Informacja z otwarcia ofert z dnia 22.10.2021 r. oraz Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29.10.2021 r.

j. Przykłady konsorcjów oraz odrębnych ofert składanych przez inne firmy.

Wydając rozstrzygnięcie Izba oparła się tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w uzasadnieniu orzeczenia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest zimowe utrzymanie dróg, placów, chodników przy obiektach gminnych i przystanków w Gminie Gierałtowice w sezonie 2022/2023, numer postępowania: TP/12/2022.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 12.10.2022 r. w postępowaniu zostały złożone cztery oferty, w tym m. in. Odwołującego i Przystępującego oraz wykonawcy Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O., opiewające odpowiednio na kwotę 442 152,85 zł, 428 760,00 zł oraz 389 016,00 zł.

Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi

470 000,00 zł.

Zamawiający w postępowaniu przewidział zastosowanie obligatoryjnych podstaw wykluczenia (sekcja IX SWZ).

Zgodnie z sekcją VIII SWZ Zamawiający przewidział warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem minimum dwóch usług w zakresie zimowego utrzymania dróg o wartości min. 100.000,00 zł brutto każda oraz długości łącznej dróg minimum 35 km w ramach każdego zadania. Dodatkowo Zamawiający wymagał by wykonawca dysponował odpowiednim sprzętem do wykonania zamówienia (punkt 2.4.2 sekcji).

Zgodnie z sekcją XVI punkt 1 SWZ, Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium.

Zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert, na pierwszym miejscu w rankingu uplasowała się oferta wykonawcy O. Zamawiający w dniu 13 października 2022 r. wezwał ww. wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca nie odpowiedział na ww. wezwanie Zamawiającego.

W dniu 19 października 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę O. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP w terminie do 24 października 2022 r. godz. 10:00. Powyższe wezwanie także pozostało bez odpowiedzi.

Pismem z dnia 24 października 2022 r. Zamawiający wezwał do złożenia dokumentów i oświadczeń Konsorcjum DANAMA, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert. Konsorcjum odpowiedziało na ww. wezwanie przedkładając stosowne dokumenty. Następnie pismem z dnia 2 listopada 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Konsorcjum DANAMA.

W 2021 r. Zamawiający prowadził postępowanie pn. Zimowe utrzymanie dróg, placów, chodników przy obiektach gminnych i przystanków w Gminie Gierałtowice w sezonie

2021/2022 na lata 2021-2022. W postępowaniu zostały złożone 4 oferty, w tym oferta

Przystępującego oraz oferta wykonawcy Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O., opiewające odpowiednio na 526 480, 00 zł (na skutek stwierdzonej omyłki rachunkowej cena następnie uległa korekcie na 494 640,00 zł) oraz 456 840,00 zł. W dniu 26.10.2021 r. Zamawiający skierował do wykonawcy O. wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które pozostało bez odpowiedzi. Następnie pismem z dnia 3.11.2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę O. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, na które to wezwanie wykonawca także nie odpowiedział. Wskutek powyższego, po uprzednim wezwaniu do złożenia odpowiednich dokumentów, za najkorzystniejszą uznana została oferta Konsorcjum DANAMA.

Izba zważyła, co następuje:

Zasadniczo zarzuty odwołania koncentrowały się na naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którym wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, 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.

Pojęcie „wiarygodnych przesłanek", o których mowa w ww. przepisie, pojawia się także w art.

57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiej i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014

r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE. Przyjmuje się, że

stwierdzenie zaistnienia „wiarygodnych przesłanek" równoznaczne jest z uprawdopodobnieniem w wysokim stopniu, że doszło do naruszenia zakazu porozumień antykonkurencyjnych. Nie jest zatem wymagane dysponowanie dowodem bezpośrednim by można było wykluczyć wykonawcę na tej podstawie. Wystarczającym jest by całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do

zawarcia zmowy przetargowej.

Przy czym skład orzekający w niniejszej sprawie przychyla się do stanowiska prezentowanego w orzecznictwie i doktrynie, że wniosek taki nie może być jedynie jednym z możliwych wniosków, które można powziąć na skutek analizy zaistniałych w sprawie okoliczności (tak m.in. wyrok KIO z 20 listopada 2018 r., KIO 2095/18). Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek - o zmowie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Zmowa przetargowa jest jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie sposób wymagać od wykonawcy dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia zmowy, to jednak dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę tylko do tego jednego wniosku.

W rozpatrywanej sprawie Odwołujący upatruje „wiarygodnych przesłanek" zaistnienia zmowy przetargowej tylko i wyłącznie w istnieniu domniemanych powiązań osobistych między wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, czego skutkiem miałoby być wycofanie się jednego z nich z udziału w postępowaniu poprzez niezłożenie, a następnie nieuzupełnienie podmiotowych środków dowodowych. Zdaniem Izby nie jest to jedyny możliwy do wyprowadzenia wniosek w niniejszej sprawie, a zatem brak jest podstaw do tego by stwierdzić, w kontekście przedstawionego przez Odwołującego materiału dowodowego, że w sprawie zaistniały wiarygodne przesłanki świadczące o istnieniu zakazanych porozumień antykonkurencyjnych.

Skład orzekający zaaprobował stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego, że rezygnacja z dalszego udziału w przetargu przez wykonawcę O. mogła być efektem czystej kalkulacji, podyktowanej względami biznesowymi. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze postępowanie odwoławcze, Zamawiający nie żądał wniesienia wadium. Z tego względu brak złożenia, a następnie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie wiązał się dla wykonawcy z żadnymi konsekwencjami. Dlatego też wykonawca O. mógł swobodnie, w zasadzie na każdym etapie postępowania, zmienić strategię biznesową i np. skoncentrować się na uzyskaniu zamówienia na terenie gminy, w której ma siedzibę ewentualnie przenieść posiadane przez niego zasoby sprzętowe na potrzeby realizacji innego uzyskanego przez niego zamówienia.

Odnosząc się do podnoszonych przez Odwołującego kwestii dotyczących rzekomych powiązań osobistych pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podkreślić należy, co w zasadzie jest niesporne pomiędzy stronami, że z samego faktu istnienia powiązań rodzinnych czy towarzyskich nie należy wywodzić zawarcia niedozwolonego porozumienia między dwoma podmiotami uczestniczącymi w danym postępowaniu. Znajomość pomiędzy dwoma przedsiębiorcami działającymi w tej samej branży na rynku lokalnym nie jest niczym nadzwyczajnym i trzeba taką okoliczność traktować w kategoriach zwykłej, możliwej do zaistnienia sytuacji. Nierzadko zdarza się, że wykonawcy tacy konkurują w licznych postępowaniach, w niektórych z nich występują wspólnie w formie konsorcjów, czasami użyczają sobie zasobów czy też uczestniczą w realizacji poszczególnych zamówień na zasadach podwykonawstwa. Powyższe zostało zresztą potwierdzone dowodami przedłożonymi przez Przystępującego, które wskazują na

liczne postępowania, w których wykonawcy objęci zarzutem zmowy przetargowej oraz inne podmioty, które w swojej argumentacji przytacza Odwołujący, konkurowały ze sobą o uzyskanie zamówień, wnosząc także środki ochrony prawnej celem podtrzymania szansy na uzyskanie zamówienia.

Oczywiście istnienie relacji, o których mowa wyżej, może stanowić punkt wyjścia dla stwierdzenia zaistnienia wiarygodnych przesłanek, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, jednakże muszą o tym świadczyć pozostałe okoliczności sprawy.

Jedyną okolicznością podnoszoną przez Odwołującego, oprócz ww. relacji rodzinnych i towarzyskich, jest istnienie „ewidentnego schematu" postępowania wykonawcy O., który również w ubiegłym roku nie uzupełnił podmiotowych środków dowodowych czym otworzył drogę do uzyskania zamówienia przez konsorcjum DANAMA. Na potwierdzenie podnoszonych przez siebie twierdzeń Odwołujący powoływał Decyzję Prezesa UOKiK nr RWR 5/2021, która jego zdaniem dotyczyła identycznego stanu faktycznego, a zatem mogła być bezpośrednio odnoszona do stanu faktycznego zaistniałego w rozpatrywanej sprawie. Z powyższym jednak nie można się zgodzić. W ww. decyzji stan faktyczny sprawy jest zgoła odmienny. Jak wskazane jest w treści przedmiotowej decyzji na str. 17: „Celowe wycofanie oferty oznacza, że wykluczenie z przetargu było korzystniejsze od uzyskania zamówienia. Przyczyny tej nietypowej sytuacji mogą być różne. Obok działania w ramach zmowy przetargowej może to być np. zmiana sytuacji na rynku w okresie od sporządzenia oferty do rozstrzygnięcia przetargu lub wygranie w tym czasie innych przetargów i związany z tym brak możliwości jednoczesnego wykonania kilku zamówień. Takie sytuacje jednak w badanych postępowaniach przetargowych nie miały miejsca. Nie zaistniały bowiem obiektywne okoliczności, które pozwalałaby uznać wycofanie oferty za działanie racjonalne i zrozumiałe bez założenia, iż stanowiły one element bądź wynik zmowy przetargowej."

Powyższy fragment nawiązuje do przyjętego na wstępie zapatrywania, że w kontekście zaistniałych w sprawie okoliczności, wniosek o zaistnieniu zmowy przetargowej, musi być jedynym logicznym do wyprowadzenia wnioskiem. W sprawie będącej przedmiotem odwołania zaistniały bowiem inne obiektywne okoliczności, które pozwalają uznać działanie wykonawcy O. za racjonalne i zrozumiałe. Co zostało bowiem wykazane, wykonawca ten 23 września 2022 r. uzyskał zamówienie na rzecz GDDKiA Oddział w Katowicach Rejon w Częstochowie, którego przedmiotem jest „Patrol autostrady A1 odcinek E gr. woj. Łódzkiego - węzeł Rząsawa (bez węzła)". Z kolei 3 października 2022 r., oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu GDDKiA Oddział w Katowicach na Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach, Rejon w Zawierciu z/s w Ożarowicach, którego wartość wyniosła 117 975 489, 45 zł.

Zauważenia wymaga również fakt, że termin do uzupełnienia przez wykonawcę OPITEK podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu w Gierałtowicach (24 października 2022 r. godz. 10:00) zbiega się w czasie z terminem składania ofert w postępowaniu w Chełmie Śląskim (24 października 2022 r. godz. 10:00), co również może uzasadniać brak uzupełnienia dokumentów z powodu kalkulacji biznesowych czy też pewnych trudności organizacyjnych z powodu zbiegających się terminów. Nie bez znaczenia jest okoliczność, że to właśnie w Chełmie Śląskim wykonawca O. ma swoją siedzibę.

Argumentem przemawiającym za racjonalnością działania wykonawcy O. jest również fakt, że złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu nie wiązało się z dużym nakładem sił czy też środków finansowych. Jedyny wkład merytoryczny polegał tak naprawdę na oszacowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia i wypełnieniu formularza ofertowego, a wydaje się, że profesjonalista realizujący tego rodzaju zamówienia na co dzień, nie powinien mieć z tym żadnego problemu. Powyższa okoliczność, w połączeniu z brakiem obowiązku złożenia wadium, świadczy o tym, że wzięcie udziału w przetargu a następnie wycofanie się z niego, mogło stanowić przejaw ofertowania „na zapas" tak by mieć pewność, że zakontraktowana będzie odpowiednia ilość zadań do realizacji. Skoro wykonawca uzyskał bardziej atrakcyjne dla niego zamówienia, a wycofanie się z przetargu nie wiązało się z żadnymi konsekwencjami, to decyzja taka stanowi przejaw czystej kalkulacji biznesowej.

Podsumowując, zdaniem Izby, w rozpatrywanej sprawie nie zaistniały wiarygodne przesłanki, na podstawie których Zamawiający mógłby stwierdzić istnienie zmowy przetargowej, a zatem nie było podstaw do podjęcia przez niego czynności wykluczenia wykonawców z postępowania. Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP uznać więc należy za

chybiony.

Konsekwencją oddalenia powyższego zarzutu musi być również uznanie, że pozostałe przepisy podnoszone przez Odwołującego, także nie zostały przez Zamawiającego

naruszone, a zatem zarzuty obejmujące je swoją treścią zasługują na oddalenie.

Na marginesie jedynie Izba pragnie skonstatować, że wykazanie przez Odwołującego ziszczenia się przesłanek wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 5 jest zadaniem trudnym. Zakres postępowania odwoławczego i środki jakimi dysponuje w jego ramach Odwołujący jak i Izba nie są tak szerokie jak choćby możliwości organów, które są właściwe w sprawach ochrony konkurencji. Dlatego też, pomimo oddalenia odwołania w sprawie, Izba nie wyklucza, że ustalenia organów, które dysponują szerszymi kompetencjami w zakresie badania zmów przetargowych, mogłyby być inne. Powyższe nie zmienia faktu, że w ramach postępowania odwoławczego wywód odwołującego i wyciągane na jego podstawie wnioski są niewystarczające dla jego uwzględnienia. Z tego powodu odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).