

Sygn. akt KIO 1203/23

WYROK

z dnia 28 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie 26 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 kwietnia 2023 r.

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. sp.k. z siedzibą w Bolesławicach, M. Z., R. Z. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M&M” s.c., Bolesławiec [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonywanie stałych czynności związanych z utrzymaniem i porządkowaniem terenów zieleni miejskiej w Mieście i Gminie Bogatynia, cięć sanitarnych i wycinki drzew i krzewów oraz usuwanie wiatrołomów z terenów będących we władaniu Gminy Bogatynia (I.271.10.2023.PW)

prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Bogatynia z siedzibą w Bogatyni [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: Gminne Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 1) zalicza w ich poczet kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza solidarnie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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.

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

Gmina Bogatynia {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Wykonywanie stałych czynności związanych z utrzymaniem i porządkowaniem terenów zieleni miejskiej w Mieście i Gminie Bogatynia, cięć sanitarnych i wycinki drzew i krzewów oraz usuwanie wiatrołomów z terenów będących we władaniu Gminy Bogatynia (I.271.10.2023.PW)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 7 marca 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_047 pod poz. 139422.

Wartość tego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

20 kwietnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu w obu częściach zamówienia oferty złożonej wspólnie przez konsorcjum w składzie {dalej również: „Konsorcjum”: J. sp.k. z siedzibą w Bolesławicach (lider Konsorcjum) oraz M. Z. i R. Z. (partnerzy Konsorcjum) – wspólników spółki cywilnej, z których każdy prowadzi działalność pod firmą obejmującą jego imię i nazwisko oraz nazwę „Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe M&M s.c.”.

28 kwietnia 2023 r. Konsorcjum {dalej również: „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący następująco sformułował w petitum odwołania stawiane Zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty i błędne uznanie, iż zdarzeniem, od którego należy liczyć 3-letni termin, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy pzp jest jakakolwiek nieprawomocna decyzja lub wyrok i na tej podstawie uznanie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu,

podczas gdy zdarzeniem, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy pzp może być tylko prawomocna decyzja, lub prawomocny wyrok Sądu;

2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, w której przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne ww. decyzji o odrzuceniu nie dotyczy zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu przetargowym Nr referencyjny: I.271.10.2023.PW i brak jest wiarygodnych przesłanek upoważniających

Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy z tej przyczyny;

3. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której w sprawie nie wystąpiło zdarzenie o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, a w konsekwencji nie mamy do czynienia z sytuacją, w której okres wykluczenia Odwołującego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego miałby trwać 3 lata od zaistnienia zdarzenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, oraz poprzez bezpodstawne uznanie, że istnieją wiarygodne przesłanki świadczące o tym, że w toku postępowania ZDW-ZG-WZA-3310-101/2019 i nr ZDW-ZG-WZA-3310-127/2018 prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze Odwołujący zawarł z podmiotem trzecim mające na celu zakłócenie konkurencji; w razie oddalenia ww. zarzutów naruszenie:

4. Art. 253 ust. 1 pkt 2, oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, w której Zamawiający nie wykazał, że nie upłynęły 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia z postępowania (wykluczenie wykonawców

w postępowaniu ZDW-ZG-WZA-3310-101/2019 i nr ZDW-ZG-WZA-3310-127/2018), a także nie przedstawił uzasadnienia faktycznego swojej decyzji odnoszącego się do art. 111 pkt 4 ustawy pzp

5. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez błędne przyjęcie, iż złożone przez Partnera konsorcjum tj. M. Z. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M&M” s.c. i R. Z. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M&M” s.c.,

oświadczenie JEDZ było dotknięte wadą prawną podczas gdy oświadczenie złożone przez Partnerów konsorcjum odpowiada prawdzie a Decyzja Prezesa UOKiK nr 5/2021 z dnia 27.12. 2021 r. na dzień składania odwołania jest nieprawomocna;

6. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 Ustawy w zw. z art. 16 pkt 3 Ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego co do części I i II, w sytuacji gdy Wykonawca nie zawarł z Zwyż-Dzwig s.c. P. W., B. W., S. W. (wykonawca w historycznym postępowaniu przed ZDW w Zielonej Górze), porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu, a Zamawiający nie zdołał wykazać, za pomocą wiarygodnych przesłanek, że Wykonawcy będący członkami konsorcjum dopuścili się zmywy przetargowej, czym dodatkowo Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Konsorcjum.
2. Powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowego badania i oceny ofert.
3. Wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały sprecyzowane w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne, jak to poniżej zacytowano.

{ad pkt 1. listy zarzutów – pkt 1. uzasadnienia odwołania}

Zdarzeniem, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy pzp może być tylko prawomocna decyzja, w tym przypadku prawomocna decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów lub prawomocny wyrok Sądu.

Potwierdzeniem takiej interpretacji art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jest art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65), którego implementację do porządku krajowego stanowił art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 57 ust. 7 ww. dyrektywy, który implementowany był przez art. 111 pkt 4 Pzp. (...)

Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 24 października 2018 w sprawie C-124/17, Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen GmbH zajął stanowisko w kwestii interpretacji użytego w art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE pojęcia „zdarzenie” w ten sam sposób, jak wskazuje to Odwołujący (wykładnia art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 111 pkt 4 ustawy pzp). (...)

Na gruncie przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z sytuację w której:

1. W postępowaniach nr ZDW-ZG-WZA-3310-101/2019 i nr ZDW-ZG-WZA-3310-127/2018 prowadzonych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze nie toczyło się postępowanie odwoławcze, wykonawcy nie

odwoływali się od decyzji zamawiającego. Zamawiający w postępowaniu nr ZDW-ZG-WZA-3310-101/2019 stwierdził o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu czynu nieuczciwej konkurencji;

2. Decyzja nr RWR 5/2021 z dnia 27.12.2021 r. wydana przez Prezesa UOKiK nie jest prawomocna, od decyzji zostało złożone odwołanie i obecnie sprawa toczy się przed Sądem Okręgowym w Warszawie XVII Wydział Ochrony Konkurencji i Konsumentów pod sygnaturą akt XVII AmA 26/22 (sygnatura łączna);

(...)

{ad pkt 2. listy zarzutów – pkt 2. uzasadnienia odwołania}

Odwołujący wskazuje, iż do postępowań nr ZDW-ZG-WZA-3310-101/2019 i nr ZDW-ZG-WZA-3310-127/2018 prowadzonych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze mają zastosowanie przepisy uchylonej już Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.1843 t.j. z dnia 2019.09.26).

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20) ww. ustawy: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 20) wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;”

Zgodnie z powyższym artykułem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Przedmiotowa podstawa wykluczenia musi być interpretowana ściśle i jej zastosowanie winno być oparte o obiektywnie stwierdzone przez Zamawiającego okoliczności, potwierdzone stosownymi dowodami.

Na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2020 z dnia 2019.10.23): „Do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.”

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający Gmina Bogatynia, aby móc powołać się na okoliczności związane z historycznymi postępowaniami nr ZDW-ZG-WZA-3310-101/2019 i nr ZDW-ZG-WZA-3310-127/2018 winien dysponować stosownymi dowodami potwierdzającymi okoliczność istnienia zmowy przetargowej w tychże postępowaniach. Z treści pisma Zamawiającego z dnia 19.04.2023 r. pn.: Zawiadomienie o odrzuceniu ofert w części I i II postępowania nie wynika, aby Zamawiający dysponował jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi istnienie zmowy przetargowej w historycznych postępowaniach.

Zamawiający Gmina Bogatynia nie ustalił samodzielnie, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, faktu zawarcia zmowy przetargowej. Podstawą wykluczenia nie była okoliczność o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp tj. okoliczność, w której wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Wykluczenie Odwołującego z postępowania Zamawiający uzasadnił, w sposób nieuprawniony, faktem wydania nieprawomocnej Decyzji RWR 5/2021 z dnia 27.12.2021 r. wydanej przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w którym stwierdzono zawarcie zmowy w historycznych postępowaniach prowadzonych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze. (■■■)

Odwołujący podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 21/22, w którym Sąd odnosząc się do tego

samego stanu faktycznego przyjął, że „Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy nPzp, z powołaniem się na okoliczność zawarcia nielegalnego porozumienia w toku postępowania przetargowego, może być podniesiony i stwierdzony tylko w toku tego postępowania, które objęte zostało nielegalnym porozumieniem. Dopiero w sytuacji spełnienia tych przesłanek możliwe jest powoływanie się przez wykonawców na przesłanki wykluczenia konkurującego wykonawcy w bieżącym postępowaniu (...) Należy zaś przypomnieć, że uregulowana w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy nPzp przesłanka wykluczenia z postępowania, znajduje zastosowanie, jeżeli zamawiający prowadzący dane postępowanie, jest w stanie stwierdzić, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie w tym postępowaniu, zawarli nielegalne porozumienie, mające na celu zakłócenie konkurencji w tym postępowaniu (...).”

W świetle art. 111 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, dopiero w sytuacji, w której dany zamawiający skutecznie wykluczy wykonawcę z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, powołując się na okoliczność zawarcia przez niego z innym wykonawcą nielegalnego porozumienia w toku tego postępowania, aktualizuje się przesłanka wykluczenia z art. 111 pkt 4 ustawy pzp. Dopiero prawomocna decyzja zamawiającego w tym zakresie oznacza, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez okres 3 lat i w tej sytuacji znajduje zastosowanie art. 111 pkt 4 ustawy pzp. Analogicznie orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 4 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 156/22.

(...)

W treści art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp mowa jest o porozumieniu mającym na celu ograniczenie konkurencji zawartym pomiędzy wykonawcami, a zatem podmiotami mającymi taki status, zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy pzp w aktualnie prowadzonym postępowaniu. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że wykonawca Zwyż-Dzwig posądzony o udział w zмовie z podmiotami: M. Z. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M&M” s.c. i R. Z. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M&M” s.c. w historycznym postępowaniu, nie bierze udziału w aktualnym postępowaniu, a zatem nie ma

statusu wykonawcy.

W przedmiotowej sprawie Spółka J. Spółka Komandytowa – Lider konsorcjum, nie była stroną Decyzji UOKiK nr RWR 5/2021, nie brała udziału w postępowaniu nr ZDW-ZG-WZA-3310-101/2019 i nr ZDW-ZG-WZA-3310-127/2018 prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze a tym samym nie bierze i nie brała udziału w jakiegokolwiek zmwie przetargowej lub innym czynnie nieuczciwej konkurencji.

(...)

{ad pkt 3. listy zarzutów – pkt 3. uzasadnienia odwołania}

(...)

W toku postępowania odwoławczego od Decyzji nr RWR 5/2021 Partnerzy podnoszą szereg zarzutów zarówno natury procesowej jak i wynikających z naruszenia przez Prezesa UOKiK przepisów prawa materialnego.

M. Z. i R. Z. są współnikami spółki cywilnej a zatem podmiotu, który nie posiada osobowości prawnej. W toku postępowania przed Prezesem UOKiK współnicy traktowani byli jak jeden podmiot i określani jako PUH M&M. Jednakże to, iż w postępowaniu przetargowym ZDW-ZG-3310-127/2018 i ZDW-ZG-3310-101/2019 prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze współnicy, jako spółka cywilna „Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe M&M” złożyli jedną ofertę nie może stanowić wyłączenie okoliczności obciążającej i skutkującej uznaniem równej odpowiedzialności współników spółki cywilnej za „znowę przetargową”.

Prezes Uokik nie uwzględnił w tym zakresie okoliczności, iż nie każdy współnik spółki cywilnej musi posiadać takie same uprawnienia, wykształcenie czy kwalifikacje zawodowe. Jednolitość w tym zakresie nie jest ani elementem konstytutywnym, ani cechą szczególną spółki cywilnej. Zatem również rola w ewentualnej „znowie przetargowej” poszczególnych współników będzie różna.

Nadto w żadnym punkcie uzasadnienia Decyzji Prezes Uokik nie precyzuje, jakich czynności mieliby się dopuścić poszczególni współnicy w zakresie związanym z zarzucanym czynem naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Sformułowanie zarzutu przez organ w sposób ogólny przez wskazanie, iż rzekoma „znowa przetargowa” polegała na: „(...) uzgadnianiu warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług wycinki, nasadzeń i pielęgnacji drzew, przeprowadzonych w latach 2018 – 2020 przez Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, a w przypadku korzystnego dla tych przedsiębiorców rankingu ofert w danym postępowaniu, podejmowania działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.” pozbawiała współników możliwości obrony swoich praw na etapie postępowania przed Prezesem UOKiK, pozostają oni bowiem w niepewności, czy zarzuty kierowane są w stosunku do M. Z. czy też R. Z., czy też do obu współników działających łącznie jako spółka cywilna. Bowiem organ traktuje wszystkie te podmioty jako jednego przedsiębiorcę.

(...)

W prowadzonym postępowaniu Prezes UOKiK nie zdołał udowodnić (nawet za pomocą domniemań faktycznych) zawarcia niedozwolonego porozumienia pomiędzy współnikami spółki cywilnej PUH M&M a pozostałymi, domniemanymi uczestnikami „zmowy przetargowej”.

{ad pkt 4. listy zarzutów - pkt 4. uzasadnienia odwołania}

W treści decyzji RWR 5/2021 Prezes UOKiK wskazał, iż rzekome zaistnienie zdarzenia stanowiącego naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r, poz. 275, dalej jako uokik) dotyczyło: (...)

W związku z faktem, iż zarzut istnienia znowy przetargowej jako czyn nieuczciwej konkurencji został stwierdzony w zakończonym postępowaniu nr ZDW-ZG-WZA-3310-101/2019, w którym unieważnienie Zadania nr 2 na podstawie art. 89 ust. 1. pkt 3 ustawy Pzp (w brzmieniu wówczas obowiązującym) miało miejsce w dniu 04.02.2020 r uznać należy, iż od tej daty liczyć należy upływ 3 – letniego okresu o którym mowa w art. 111 pkt. 4) ustawy pzp w przypadku zastosowania wobec Odwołującego ww. artykułu. Zgodnie z art. 112 Kodeksu cywilnego, który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych, termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było w ostatnim dniu tego miesiąca.

Okres wykluczenia zakończyłby się zatem po trzech latach, z upływem dnia, który datą odpowiada początkowemu dniowi terminu – tj. dniowi, w którym zaistniało zdarzenie będące podstawą wykluczenia.

W przedmiotowej sprawie, w przypadku współników spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M&M” s.c. tj. M. Z. i R. Z., upłynąłby 3 – letni okres, o którym mowa w art. 111 pkt. 4) ustawy pzp.

{ad pkt 5. listy zarzutów - pkt 5. uzasadnienia odwołania}

Pismem z dnia 11.04.2023 r Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie załączonych do oferty oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu złożonych na interaktywnych formularzach jednolitych dokumentów europejskich zamówienia JEDZ w zakresie odpowiedzi zapytanie zawarte w

formularzu JEDZ: „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?”.

Pismem z dnia 14.04.2023 r Wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia w zakresie wskazując, iż zgodnie z przepisami krajowymi wdrażającymi art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE, zapytanie zawarte w formularzu JEDZ: „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji ?” dotyczy przedmiotowego postępowania, nie zaś postępowań historycznych.

(...)

Postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez Zamawiającego dotyczyło jedynie prawidłowości oświadczenia złożonego przez Partnera konsorcjum w dokumencie JEDZ.

W związku z powyższym, na skutek nieprawidłowości po stronie Zamawiającego

w zakresie formułowania zarzutów, Odwołujący utracił możliwość ustosunkowania się do zarzutu istnienia z umowy przetargowej lub jej braku czy też skorzystania z możliwości samooczyszczenia.

(...)

{ad pkt 6. listy zarzutów – pkt 5. uzasadnienia odwołania in fine}

Odwołujący wskazuje, że dokument JEDZ jest oświadczeniem indywidualnym każdego z konsorcjantów, z tej też przyczyny nie obowiązuje zasada odpowiedzialności zbiorowej za niedozwolone prawem porozumienia innych członków konsorcjum. Stanowisko Odwołującego jest także zgodnie z orzeczeniem TSUE C-927/19 z 7 września 2021 r. Klaipė: „(...) 156 W tym względzie należy przypomnieć, że przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na tę zasadę. Owo zwrócenie uwagi ma jeszcze większe znaczenie, jeżeli wykluczenie przewidziane przez uregulowanie krajowe dotyczy oferenta z powodu naruszenia popełnionego nie bezpośrednio przez niego, lecz przez podmiot, na którego zdolności zamierza on polegać i wobec którego nie dysponuje żadnym środkiem kontroli (zob. podobnie wyroki: z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 48; a także z dnia 3 czerwca 2021 r., Rad Service i in., C-210/20, EU:C:2021:445, pkt 39).

(...)158 W konsekwencji na pytanie jedenaste należy odpowiedzieć, że art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24 w związku z art. 57 ust. 4 i 6 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym w przypadku gdy wykonawca będący członkiem grupy wykonawców był winny wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które były wymagane do weryfikacji tego, czy nie zachodzą podstawy wykluczenia grupy lub czy grupa ta spełnia kryteria kwalifikacji, o którym to wprowadzeniu w błąd jego partnerzy nie wiedzieli, środek w postaci wykluczenia z wszelkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może zostać nałożony na wszystkich członków owej grupy. (...)”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 10 maja 2023 r. wniósł o jego oddalenie i odniósł się do każdego z zawartych w nim zarzutów. Analogicznie uczynił Przystępujący w swoim piśmie z 9 maja 2023 r.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający z Przystępującym podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty jako konsekwencja wykluczenia naraża go na szkodę z uwagi na niemożność uzyskania tego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla sprawy:

Jak wynika z petitum odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezzasadne odrzucenie oferty Konsorcjum z naruszeniem poniższych przepisów ustawy pzp w sytuacji:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 111 pkt 4 – błędnego uznania, że zdarzeniem, od którego należy liczyć 3-letni okres wykluczenia termin może być nieprawomocna decyzja, a nie prawomocna decyzja lub prawomocny wyrok sądu.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 – gdy uzasadnienie faktyczne nie dotyczy zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w tym postępowaniu przetargowym, wobec czego brak jest wiarygodnych przesłanek upoważniających do odrzucenia oferty.

3. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 111 pkt 4 – niewystąpienia zdarzenia, od którego można liczyć początek biegu 3-letniego okresu wykluczenia, a niezależnie od tego bezpodstawnego uznania, że istnieją wiarygodne przesłanki świadczące o tym, że w toku postępowań prowadzonych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze partnerzy Konsorcjum zawarli z podmiotem trzecim porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

4. Art. 253 ust. 1 pkt 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 – upłynięcia 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia z tego postępowania (czyli wykluczenia partnerów Konsorcjum w postępowaniach

prowadzonych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze), przy braku odniesienia się w uzasadnieniu faktycznym do tej okoliczności.

5. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 – błędnego przyjęcia, że złożone

przez partnerów Konsorcjum oświadczenia JEDZ były dotknięte wadą prawną, podczas gdy są one prawdziwe, bo decyzja Prezesa UOKiK nr 5/2021 z 27.12. 2021 r. była i jest nieprawomocna.

6. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 3 – gdy partnerzy Konsorcjum nie zawarli z Zwyż-Dzwig s.c. P. W., B. W., S. W. w postępowaniach prowadzonych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a stan przeciwny nie został wykazany za pomocą wiarygodnych przesłanek, co dodatkowo narusza zasadę proporcjonalności.

Przy czym zarzuty z pkt 1-3 zostały postawione jako główne, a zarzuty z pkt 4-6 jako ewentualne, czyli podniesione na wypadek nieuznania za zasadny przez Izbę żadnego spośród zarzutów z pierwszej grupy.

Podniesienie w odwołaniu sześciu zarzutów w podziale na zarzuty główne i ewentualne nie zmienia faktu, że wszystkie zmierzają do zakwestionowania decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy pzp. Takie wyodrębnienie i podział zarzutów wynika zatem z przyjętej w odwołaniu systematyki podziału podnoszonych okoliczności faktycznych i prawnych, częściowo alternatywnych względem siebie. W istocie wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu równie dobrze można poczytać za jeden rozbudowany zarzut oparty o tak, a nie inaczej usystematyzowane okoliczności faktyczne i prawne.

W tym kontekście celowe jest przytoczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego, jakie podał Zamawiający w „Zawiadomieniu o odrzuceniu ofert w części I i II postępowania” z 19 kwietnia 2023 r. [w piśmie tym jako „Wykonawca” rozumiane jest całe „Konsorcjum”]:

Wykonawca w dniu 24.03.2023 r. złożył oferty oraz pozostałe dokumenty za pomocą interaktywnego „Formularza ofertowego” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia i zamieszczonego w podglądzie postępowania w zakładce „Informacje podstawowe”.

Zamawiający w toku badania ofert wszedł w posiadanie wiedzy, że w dniu 27 grudnia 2021 r. Prezes UOKiK wydał decyzję nr RWR 5/2021, w której uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK zawarcie przez Partnerów konsorcjum tj. M. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z. M. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M&M” s.c., jako współnika spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe M&M s.c. z siedzibą w Bolesławcu oraz R. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z. R. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M&M” s.c., jako współnika spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-

Handlowe M&M s.c. z siedzibą w Bolesławcu, wraz z trzema innymi przedsiębiorcami porozumienia ograniczającego konkurencję na regionalnym rynku usług związanych z wycinką, nasadzeniami i pielęgnacją drzew, polegającego na uzgodnieniu warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług wycinki, nasadzeń i pielęgnacji drzew, przeprowadzanych w latach 2018-2020 przez Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, a w przypadku korzystnego dla tych przedsiębiorców rankingu ofert w danym postępowaniu, podejmowania działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

Wobec powyższych okoliczności Zamawiający pismem nr 1.271.10.2023.PW z dnia 11.04.2023 r. poprosił Wykonawcę o złożenie wyjaśnień, dlaczego partnerzy konsorcjum tj. Z. M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „M&M” s.c. oraz Z. R. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe M&M złożyli negatywne odpowiedzi w JEDZ na pytanie: „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?” – skoro wydana została decyzja, o której mowa wyżej, a zgodnie z art. 111 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, wyjaśnił min. że decyzja nr RWR 5/2021 nie jest prawomocna, od decyzji zostało złożone odwołanie i obecnie sprawa toczy się przed Sądem Okręgowym w Warszawie XVII Wydział Ochrony Konkurencji i Konsumentów pod sygnaturą akt XVII AmA 26/22 (sygnatura łączna).

Ponadto stwierdził, że termin ewentualnego wykluczenia powinien być liczony od momentu zaistnienia zdarzenia tj. od dnia 04.02.2020 r. i wobec powyższego termin 3 lat upłynął.

Uwzględniając całość wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w dniu 14.04.2023 r., należy stwierdzić, że przesłanka wykluczenia Wykonawcy, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy jest przesłanką obligatoryjną a jej zakres stosowania jest szeroki. Dokonując analizy powołanej przesłanki wykluczenia należy spostrzec, że ustawodawca wprowadził do ustawy konstrukcję, w której wystarczy, że Zamawiający „może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek”, że Wykonawca zawarł antykonkurencyjne porozumienie i będzie to, co do zasady, wypełniało przesłanki wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Przepis ten nie wymaga od Zamawiającego udowodnienia, czy też faktycznego wykazania np. zмовы przetargowej. Wystarczy, że Zamawiający oprze się na „wiarygodnych przesłankach” i na ich podstawie dojdzie do przekonania, że Wykonawca podlega wykluczeniu. Zdaniem Zamawiającego przesłanką, o której mowa wyżej jest niewątpliwie wydanie decyzji przez

Prezesa UOKiK, o której mowa w niniejszym piśmie.

Ponadto, jak wskazuje się w piśmiennictwie: „Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy stanowi szczególną regulację. Daje on bowiem podmiotom zamawiającym uprawnienie do dokonywania oceny, czy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy wykonawcami doszło lub nie do zawarcia porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji. Ocena zawarcia takich porozumień, zakazanych na gruncie art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji konsumentów należy, co do zasady, do wyspecjalizowanego organu tj. Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, stąd też umocowanie podmiotów zamawiających do oceny wystąpienia takich porozumień należy uznać za sytuację szczególną” (W. Adamczyk, Porozumienia ograniczające konkurencję jako przesłanka wykluczenia z postępowania, *Zamówienia Publiczne*. Doradca, nr 10/2022).

Jak potwierdzają przedstawiciele doktryny, ale także orzecznictwo: „dla wykazania zawarcia (zмовы przetargowej), nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zмовы przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) wyroki KIO: z 03.03.2014 r., sygn. akt KIO 309/14, z 23.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2851/13” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 39/21).

Powyższa konstrukcja i interpretacja przepisów, potwierdzona utrwalonym orzecznictwem, pozwala uznać fakt wydania przez UOKiK decyzji stwierdzającej zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję przez ww. partnerów konsorcjum jako wiarygodną przesłankę pozwalającą stwierdzić, że względem Pana R. Z. i Pana M. Z., zostały spełnione przesłanki wykluczenia z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Podkreślić również należy, że przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy odnosi się do porozumień, które zostały zawarte w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zamawiający bada, czy względem wykonawcy są spełnione przesłanki wykluczenia z postępowania, ale obejmuje też swoim zakresem skutki zdarzeń, które miały miejsce w przeszłości, na podstawie zdarzeń historycznych.

Należy przy tym wyjaśnić, że zgodnie z art. 111 pkt 4 ustawy: Wykluczenie wykonawcy następuje: (...) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zdaniem Zamawiającego „zdarzeniem”, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy, jest

moment wydania Decyzji przez Prezesa UOKiK. Interpretacji pojęcia „odnośnego zdarzenia”, o której mowa w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 w sprawie zamówień publicznych, dokonał Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke München GmbH: „jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia. W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiedzialnością podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji”.

Aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zdaje się podążać w ślad za wyrokiem TSUE: „zdarzeniem, od którego należy liczyć maksymalny okres wykluczenia wykonawcy jest moment wydania decyzji przez właściwy organ. Właściwym organem na gruncie polskich regulacji będzie niewątpliwie zamawiający prowadzący dane postępowanie. Organem uprawnionym będzie również Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznająca odwołania od decyzji zamawiającego, w której kompetencji leży ocena prawidłowości działań zamawiającego podjętych w danym postępowaniu. Zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji podlega postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Prezes UOKiK jest uprawniony do wydawania decyzji uznającej daną praktykę za ograniczenie konkurencji oraz do nałożenia kar, a decyzja taka podlega kontroli sądowej. Izba stwierdziła, że wyrokiem TSUE, że dla pewności i przewidywalności prawa przyjąć należy, że co do zasady, początkowym zdarzeniem do obliczenia 3-letniego okresu wykluczenia powinna być decyzja właściwego organu.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1457/22 i cytowane tam orzecznictwo).

Podsumowując, oferta, która została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na

podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 111 pkt 4 ustawy, co Zamawiający wykazał powyżej, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) litera a) ustawy.

Odwołanie zawiera dwie alternatywne wersje (de facto sprzeczne ze sobą)

rzeczywistości co do tego, czy partnerzy Konsorcjum byli uprzednio wykluczani za zmwę przetargową, której mieli się dopuścić w postępowaniach prowadzonych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze {dalej również: „ZDWZG” lub „ZDW”}. O ile w ramach zasadniczych zarzutów Odwołujący twierdzi, że w ogóle nie było żadnej zmowy (a decyzja organu właściwego do ochrony konkurencji, który ją stwierdził, jako nieostateczna nie ma znaczenia), o tyle w ramach zarzutów alternatywnych podnosi, że minęły już 3 lata od kiedy ten inny zamawiający stwierdził zmwę, w której mieli uczestniczyć partnerzy obecnego Konsorcjum.

Tymczasem co prawda ZDWZG jako zamawiający stwierdził czyn nieuczciwej konkurencji, którego jednak bliżej nie sprecyzował, a przede wszystkim odrzucił z tego powodu tylko ofertę złożoną przez Zwyż-Dźwig s.c. P. W., B. W., S. W. . Natomiast

Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M&M” s.c. M. Z., R. Z. zostało wykluczone wyłącznie z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo otrzymania w tym zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów [patrz „Informacja o unieważnieniu zadania nr 2” z 4 lutego 2020 r. w postępowaniu ZDW-ZG-WZA-3310-101/2019 oraz ogłoszenie z 4 marca 2020 r. o zakończenia tego postępowania – załączone do odwołania].

Dopiero Decyzją nr RWR 5/2021 z 27 grudnia 2021 r., wydaną we Wrocławiu,

działając na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

- B. W. – prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B. E. W. Firma Usługowo-Transportowo-Sprzętowa „Zwyż-Dźwig”, jako wspólnik spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo-Transportowo-Sprzętowa „Zwyż-Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,
- S. W. – prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S. W. Firma Usługowo-Transportowo-Sprzętowa „Zwyż-Dźwig”,
- P. W. – prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „PN Developer” P. W.”

– jako wspólników spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowo-Transportowo- Sprzętowa „Zwyż-Dźwig” s.c. z siedzibą w Żaganiu,

- M. Z. – prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Z. M. Przedsiębiorstwo

Usługowo-Handlowe „M&M” s.c.

- R. Z. – prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Z. R. Przedsiębiorstwo

Usługowo-Handlowe „M&M” s.c.”

– jako wspólników spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe

„M&M” s.c. z siedzibą w Bolestawcu porozumienia ograniczającego konkurencję na regionalnym rynku usług związanych z wycinką, nasadzeniami i pielęgnacją drzew, polegającego na uzgadnianiu warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług wycinki, nasadzeń i pielęgnacji drzew, przeprowadzanych w latach 2018-2020 przez Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, a w przypadku korzystnego dla tych przedsiębiorców rankingu ofert w danym postępowaniu, podejmowania działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. [patrz pkt I Decyzji załączonej w całości do odwołania].

Powyższa decyzja wraz z uzasadnieniem obejmuje 28 stron i została udostępniona na stronach internetowych UOKiK.

Przy czym nie budzi wątpliwości, że dotyczy ona obu przedsiębiorców, którzy wspólnie tworzą spółkę cywilną, co Zamawiający dodatkowo weryfikował w oparciu o dane zawarte w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG). Zawarcie umowy spółki uregulowanej w art. 860-875 Kodeksu cywilnego, w przeciwieństwie do umowy spółki prawa handlowego, nie wywołuje skutku prawnego w postaci powstania odrębnego od wspólników podmiotu prawa. Spółka cywilna nie posiada ani zdolności prawnej, ani zdolności do czynności prawnych, czy też zdolności sądowej, więc oczywistym jest, że Decyzja odnosi się nie do spółki cywilnej jako takiej, a do jej wspólników.

Jednocześnie niesporna była okoliczność, że zarówno M. Z., jak i R. Z. wspólnie ubiegając się o udzielenie zamówień w późniejszych postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających konsekwentnie oświadczały, że nie zachodzi wobec nich żadna obligatoryjna podstawa wykluczenia. Przy czym w postępowaniach o wartości równej lub większej niż progi unijne w ramach JEDZ odpowiadali negatywnie na pytanie, czy zawierali z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji, tak jak uczynili to również w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Reasumując, partnerzy Konsorcjum jako wykonawcy jak dotychczas każdego zamawiającego zapewniali, że nie zachodzi względem ich obligatoryjna podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy pzp, wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia odnośnie treści złożonych przez partnerów Konsorcjum w JEDZ zapewnień, że nie zawierali z innymi wykonawcami porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji, w kontekście faktu, że od wydania Decyzji Prezesa UOKiK jako zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie upłynęły 3 lata.

Konsorcjum nie skorzystało ze stworzonej w ten sposób dodatkowej szansy

na samooczyszczenie, udzielając wyjaśnień, w których zajęło stanowisko, które następnie podtrzymało w odwołaniu.

Reasumując, Decyzja Prezesa UOKiK, od której wydania nie upłynęły 3 lata, została uznana przez Zamawiającego za wiarygodną przesłankę stwierdzenia, że Partnerzy Konsorcjum jako wykonawcy zawarli z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, obligującą go do wykluczenia Konsorcjum z prowadzonego postępowania, co stosowanie uzasadnił od strony faktycznej i prawnej.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Brzmienie przepisów ustawy pzp, które należało wziąć pod uwagę w niniejszej sprawie, w tym mających bezpośrednie [czcionką pogrubioną] lub pośrednie [czcionką podkreśloną] znaczenie w kontekście zarzutów zawartych w odwołaniu:

Art. 108. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

(...)

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Art. 110. 1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

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

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami,

aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

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

Art. 111. Wykluczenie wykonawcy następuje:

1) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a-g i pkt 2, na okres 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia;

2) w przypadkach, o których mowa w:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h i pkt 2, gdy osoba, o której mowa w tych przepisach, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h, b) art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3

– na okres 3 lat od dnia uprawomocnienia się odpowiednio wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, wydania ostatecznej decyzji lub zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, chyba że w wyroku lub decyzji został określony inny okres wykluczenia;

3) w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4, na okres, na jaki został prawomocnie orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

4) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

5) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

6) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

7) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 i art. 109 ust. 1 pkt 6, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zaistniało zdarzenie będące podstawą wykluczenia.

Brzmienie przepisów art. 57 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65) {dalej: „dyrektywa 2004/18” lub „dyrektywa klasyczna”}, które należało wziąć pod uwagę w niniejszej sprawie, w tym mających bezpośrednie [czcionką pogrubioną] lub pośrednie [czcionką podkreśloną] znaczenie w kontekście zarzutów zawartych w odwołaniu:

4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

(...)

5) 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;

(...)

5. Instytucje zamawiające w dowolnym momencie w trakcie postępowania wykluczają wykonawcę, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem, jak i jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 2.

W dowolnym momencie w trakcie postępowania instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych przed postępowaniem lub w jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 4.

6. Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie

wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

Wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości przewidzianej w niniejszym ustępie w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący.

7. Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia, w przypadku gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4.

Odwołanie jest niezasadne, gdyż jego zarzuty sprowadzają się do polemiki z treścią uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty co do interpretacji przepisów ustawy pzp, na podstawie których Konsorcjum zostało wykluczone, co Zamawiający wyczerpująco i adekwatnie z powołaniem się na aktualne poglądy doktryny i orzecznictwa, zarówno krajowego, jak i unijnego, objaśnił w aspekcie ustalonych okoliczności, zarówno faktycznych, jak i prawnych.

Według forsowanego przez Odwołującego w pierwszej kolejności poglądu, wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy pzp aktualizuje się w okresie trzech lat od prawomocnej decyzji lub wyroku właściwego w sprawach ochrony konkurencji organu o udziale tego wykonawcy w porozumieniu wymierzonym w konkurencję. Jednocześnie w ramach zarzutów ewentualnych Odwołujący opowiada się de facto za alternatywną koncepcją, zgodnie z którą po upływie trzech lat od zawarcia takiego porozumienia z innymi wykonawcami w związku z uczestnictwem

w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przy czym według Odwołującego nie ma znaczenia, czy przed wydaniem decyzji przez organ właściwy w sprawach ochrony konkurencji, dany zamawiający mógł wiedzieć o zмовie wykonawców dotyczącej przetargu organizowanego przez inny podmiot w sytuacji, gdy nie został o tym poinformowany przez tych wykonawców. Tymczasem żadna z tych konkurencyjnych i wzajemnie się wykluczających wersji prezentowanych na potrzeby zarzutów głównych i ewentualnych nie znajduje oparcia ani w brzmieniu tych przepisów, ani w ich wykładni systemowej czy celowościowej, również przy uwzględnieniu odnośnych przepisów dyrektywy klasycznej, których przepisy krajowe stanowią implementację.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej: „Trybunał” lub „TSUE”} w wyroku z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH) {dalej: „wyrok C-124/17” lub „sprawa Vossloh Laeis”} – wbrew temu, co zasugerowano w uzasadnieniu odwołania – w ogóle nie odnosił się do prawomocności orzeczenia lub ostatecznego charakteru decyzji organu, a dokonał w trybie prejudycjalnym wykładni przepisów art. 57 ust. 1 w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej w odpowiedzi na następująco postawione pytania:

- Dla dobrowolnych podstaw wykluczenia, które uregulowano w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, maksymalny okres lub termin dla wykluczenia wynosi zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 trzy lata, licząc od odnośnego zdarzenia. Czy jako „odnośne zdarzenie” należy rozumieć zaistnienie wymienionych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 podstaw wykluczenia, czy też chodzi tu o moment, od którego instytucja zamawiająca dysponuje pewną i potwierdzoną wiedzą o wystąpieniu podstawy wykluczenia? [jako pytanie nr 3]
- Czy zgodnie z powyższym w przypadku spełnienia przesłanki wykluczającej wynikającej z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 poprzez udział wykonawcy w kartelu odnośnym zdarzeniem w rozumieniu art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 jest zaprzestanie udziału w kartelu, czy też uzyskanie przez instytucję zamawiającą pewnej i potwierdzonej wiedzy o jego udziale w kartelu? [jako pytanie nr 4]

Przy czym Trybunał ocenił, że: (34) Poprzez pytania trzecie i czwarte, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia należy liczyć od daty wydania decyzji tego organu.

Co istotne, wykładania dokonana przez Trybunał w tej kwestii jest odmienna, niż chciałby Odwołujący [poniżej podkreślono kluczowe fragmenty]:

(35) Jak wskazano we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, federalny urząd antykarcelowy nałożył na Vossloh Laeis karę za to, że brała ona do roku 2011 udział w porozumieniach dążących do zakłócenia konkurencji w ramach kartelu szynowego. Spółka ta twierdzi, że „odnośnym zdarzeniem” w rozumieniu art. 57 ust. 7 tej dyrektywy, od którego oblicza się maksymalny okres wykluczenia, jest zakończenie uczestnictwa w kartelu. Sąd odsyłający wskazuje, że uzasadnienie do GWB dotyczące § 126 tej ustawy, mającego na celu transpozycję art. 57 ust. 7, może wspierać tezę, że zdarzeniem tym jest decyzja właściwego organu ds. ochrony konkurencji.

(36) Przede wszystkim zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie żadnych środków określonych w art. 57 ust. 6 tej dyrektywy w celu wykazania swojej rzetelności, a okres ten nie może, jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku w przypadkach wykluczenia, o których mowa w art. 57 ust. 4 rzeczonej dyrektywy, przekraczać trzech lat od daty odnośnego zdarzenia.

(37) Choć art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru „odnośnego zdarzenia”, ani w szczególności momentu, w którym ono następuje, należy zauważyć, że przepis ten przewiduje

w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, że jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia.

(38) W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiednią podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji.

(39) Rozwiązanie to wydaje się tym bardziej uzasadnione, skoro – jak wskazał rzecznik generalny w pkt 83-85 opinii – wykazanie istnienia zachowań ograniczających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych.

(40) Ponadto, jak podkreśliła Komisja, zainteresowany wykonawca nadal ma w tym

okresie możliwość podjęcia środków, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, w celu wykazania swojej rzetelności, jeżeli mimo wszystko pragnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

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

(42) Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania trzecie i czwarte powinna brzmieć: art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d), za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia oblicza się od daty wydania decyzji tego organu.

Reasumując, w uproszczeniu można powiedzieć, że rozważając, czy przez „odnośne zdarzenie”, od którego należy liczyć okres wykluczenia, należy rozumieć zawarcie przez wykonawców porozumienia wymierzonego w konkurencję, czy też stwierdzenie tego faktu przez właściwy organ, Trybunał opowiedział się na tle stanu faktycznego sprawy głównej za tym drugim rozumieniem.

Co więcej, Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 30 marca 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 5/23 również wprost wskazał [poniżej podkreślono kluczowe fragmenty]: (...) że do wykluczenia wykonawcy przy zaistnieniu wskazanych powyżej przesłanek nie jest konieczne wydanie wyroku czy też decyzji. Art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 6 września 2021 r., sygn. akt KIO 2254/21, KIO 2255/2, KIO 2258/21 ustawodawca nie uzależnił bowiem ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie „zmowy przetargowej”. Przeciwnie – ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział niezależną przesłankę wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy to właśnie zamawiający (a nie inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia. Omawiana regulacja koresponduje z art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., zgodnie z treścią której instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu

zakłócenie konkurencji.

Sąd Okręgowy podkreślił, że ...pozostawienie przez ustawodawcę dość ogólnego pojęcia „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”, mogące być rozmaicie interpretowanym, (...), w ocenie Sądu Okręgowego pozwala a wręcz ukierunkowuje na interpretację każdorazowo uwzględniającą różnorodność stanów faktycznych.

Tym samym Sąd Zamówień Publicznych oddalając powyższym wyrokiem skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2960/22, podzielił stanowisko wyrażone w uzasadnieniu tego wyroku, że [poniżej podkreślono kluczowe fragmenty]: ...interpretacja pojęcia „zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia” powinna być dokonywana w kontekście konkretnych okoliczności danej sprawy.

Słusznie zauważył Przystępujący, że w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp nie istnieje wymóg, aby zdarzenie będące podstawą wykluczenia zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją. Należy jednak założyć, że w praktyce to właśnie wydanie takiej decyzji przez uprawniony organ lub wyrok przez sąd stanowi dla zamawiającego dostępny wiarygodny i obiektywny dowód na zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego lub wiarygodną przesłankę do stwierdzenia, że wykonawca zawarł porozumienie z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji. Należy mieć przy tym na uwadze, że w przypadku tych przesłanek wykluczenia konieczne jest oparcie się przez zamawiającego na obiektywnych i wiarygodnych środkach dowodowych, a nie są wystarczające niepotwierdzone informacje pozyskane z niewiarygodnych źródeł.

W ocenie Izby, w przypadku, gdy określony wyrok lub decyzja zapadły w danej sprawie o naruszenie konkurencji, to

stanowi to niepodważalną podstawę do stwierdzenia przez Zamawiającego, że wystąpiło zdarzenie stanowiące podstawę do wykluczenia wykonawcy. Zdarzeniem w takim przypadku w rozumieniu art. 111 ust. 4 Pzp jest stwierdzenie naruszeń przez stosowny organ lub sąd.

Zauważyć należy, że powyższe stanowisko nie jest sprzeczne z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE wskazującym, że stwierdzenie wykroczenia zawodowego nie wymaga wyroku mającego powagę rzeczy osądzonej (tak: wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta, pkt 28, ECLI:EU:C:2012:801), sama decyzja krajowego organu stwierdzająca, że dany podmiot naruszył zasady konkurencji, może stanowić wskazówkę istnienia poważnego wykroczenia popełnionego przez ten podmiot (postanowienie z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie C-425/18 Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS), pkt 32).

Reasumując i uogólniając powyższe rozważania prawne, można powiedzieć, że zarówno w art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy pzp, jak i w art. 57 ust. 4 lit. d w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej mowa jest o możliwości stwierdzenia przez

zamawiającego na podstawie wiarygodnych przesłanek udziału wykonawcy w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji, co należy traktować jako zaistnienie odnośnego zdarzenia, od którego należy liczyć 3-letni okres wykluczenia. Początek okresu wykluczania wykonawcy został zatem uregulowany w sposób szczególny i odmiennie niż w przepisach art. 108 ust. 1 pkt 1 lit a-h i pkt 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp, które w ślad za art. 57 ust. 1 w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej odwołują się do istnienia prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji jako momentu początkowego okresu wykluczenia, ale w odniesieniu do innych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Powyższe rozważania orzecznictwa unijnego i krajowego, które dotyczą przecież konieczności wzięcia pod uwagę przez danego zamawiającego ujawnienia faktu zmówienia się w przeszłości przez wykonawców w ramach przetargu organizowanego przez inny podmiot, wskazują również na bezzasadność najdalej idącej tezy, na której opiera się drugi zarzut odwołania.

Przed wszystkim już z literalnego brzmienia odnośnych przepisów ustawy pzp i dyrektywy nie wynika, aby dany zamawiający nie mógł wykluczać wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy pzp (mając na uwadze art. 57 ust. 4 lit. d w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej) za porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji, które zostały zawarte w związku z innymi niż aktualnie prowadzone przez tego zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia, w tym za umowy dotyczące przetargów poza reżimem zamówień publicznych. Umknęło uwadze Odwołującego, że już z brzmienia przywołanego powyżej art. 111 ustawy pzp wynika, że spośród wszystkich podstaw wykluczenia tylko te dwie, na które wskazano w pkt 7, zostały uznane przez krajowego ustawodawcę za sytuacje, gdzie wykluczenie następuje wyłącznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zaistniało zdarzenie będące podstawą wykluczenia. Z kolei z art. 57 ust. 5 dyrektywy klasycznej wprost wynika, że dla zastosowania podstaw wykluczenia, zarówno tych obligatoryjnych, jak i fakultatywnych, nie ma znaczenia, czy działanie lub zaniechanie wykonawcy miało miejsce w trakcie danego postępowania, czy jeszcze przed jego wszczęciem. Jednocześnie wyłącznie w odniesieniu do bezprawnych zakłóceń konkurencji polegających, czy to na uprzednim uczestnictwie wykonawcy w przygotowaniu postępowania (art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp i w art. 57 ust. 4 lit. f dyrektywy klasycznej), czy też na konflikcie interesów osób uczestniczących w postępowaniu (art. 109 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp i w art. 57 ust. 4 lit. e dyrektywy klasycznej), per se mogą być sankcjonowane wyłącznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym takie sytuacje wystąpiły.

Takie stanowisko podziela również Sąd Okręgowy w Warszawie, gdyż jak wynika

z uzasadnienia wyroku z 15 czerwca 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 60/22, uznał za nieistotną okoliczność, że zawarcie umowy nie zostało stwierdzone ani przez zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym wykonawcy się zmówili, ani nie zostało wydane w tym zakresie żadne orzeczenie. Sąd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp nakłada obowiązek wykluczenia z prowadzonego postępowania w sytuacji uzyskania przez zamawiającego wiarygodnych przesłanek o zawarciu niedozwolonego porozumienia przez wykonawców, również w innym postępowaniu, które zostało już zakończone bez takiego wykluczenia.

Ostatni zarzut odwołania sprowadza się do twierdzenia, że partnerzy Konsorcjum nie ujawniając w JEDZ faktu wydania przez Prezesa UOKiK decyzji stwierdzającej ich uczestnictwo w umowie przetargowej, postąpili prawidłowo. Tymczasem taki sposób postępowania przez obu partnerów Konsorcjum w oczywisty sposób jest próbą przeczekania 3-letniego okresu wykluczenia i zmierza do uniemożliwienia kolejnym zamawiającym dokonania oceny, czy zaistniały wiarygodne przesłanki pozwalające na stwierdzenie ich uczestnictwa w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji. Wbrew zatem temu, co sugeruje uczynienie sposobu wypełnienia JEDZ przedmiotem odrębnego zarzutu, kwestię tę należy rozpatrywać w szerszym kontekście celu, jakim jest przedstawienie wyczerpujących informacji, na których podstawie każdy zamawiający samodzielnie będzie mógł podjąć właściwą decyzję.

Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 30 marca 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 5/23 również wypowiedział się kategorycznie w tej kwestii [poniżej podkreślono kluczowe fragmenty]:

Skarżący zarzucał także, że w istocie przyjęta przez Izbę argumentacja sprowadza się do tego, że 3 letni okres wykluczenia, liczy się od możliwości stwierdzenia przez zamawiającego naruszenia konkurencji. Niemniej jednak w ocenie Sądu nie można tracić z pola widzenia, że zamawiający zobligowany jest do wykazania podstaw wykluczenia poprzez obiektywne i wiarygodne środki dowodowe. Zatajanie zatem przez skarżącego zarówno we wcześniejszym a co najważniejsze w tym konkretnym postępowaniu okoliczności związanych z prowadzonym postępowaniem przez sądem

antymonopolowym w istocie rzeczy uniemożliwiło zamawiającemu zastosowanie sankcji wykluczenia.

W ocenie Sądu Okręgowego skarżący miał obowiązek w dokumencie JEDZ odpowiedzieć „tak” na wskazywane już powyżej pytania, czego nie uczynił. Izba słusznie uznała, że skarżący odpowiadając „nie” samodzielnie dokonał oceny uwzględniającej własną indywidualną wykładnię przepisów dotyczących podleganiu przez niego bądź nie podstawom wykluczenia a zatem stał się niejako „sędzią we własnej sprawie”. Niemniej jednak oczywiste jest, na co wskazuje także skarżący, że taka ocena należy do zamawiającego, nikogo

innego.

Taka optyka skarżącego w ocenie Sądu Okręgowego w tym zakresie jest dowolna i mogłaby doprowadzić do manipulacji, że sankcja wykluczenia byłaby nie do zastosowania w zupełności. Nie może w ocenie Sądu dojść do sytuacji, w której to wykonawca niejako samodzielnie wylicza czy upłynął okres wykluczenia czy nie. Dowolność stosowanych wykładni przeczy zachowaniu uczciwej konkurencji, którą ma zapewniać w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający, gdyż niewątpliwie każdy z wykonawców byłby w stanie zastosować własną i korzystną dla niego wykładnię przepisów, i w istocie rzeczy uniknąć wykluczenia.

Izba słusznie wskazywała, że dokument JEDZ jest dokumentem bardzo kategoriowym, są tam proste pytania (tzw. pytania zamknięte) i proste odpowiedzi (tak/nie). A zatem nie można inaczej niż jest wskazane interpretować uzyskanych na ich podstawie odpowiedzi. Niemniej jednak (...) pomijając udzielenie rzeczywistych odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania, oświadcza w części końcowej, że zamawiający może mieć wgląd do ogólnodostępnej bazy, otóż zdaniem Sądu Okręgowego, Zamawiający nie jest zobligowany do poszukiwania jakichkolwiek informacji, mających za przedmiot uzyskania wiedzy w zakresie istnienia podstaw do ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie jest to jego rolą. W ocenie Sądu Okręgowego skarżący powinien poinformować zamawiającego o toczącym się w stosunku co do niego postępowaniu. Tym bardziej w sytuacji, w której było wiadomo, że (...) zawarł z innymi wykonawcami tzw. zмовę przetargową, czym winien był poważnego wykroczenia zawodowego. Zaniechanie w tym zakresie uniemożliwiło zamawiającemu zbadanie i ocenę okoliczności w świetle przesłanek do wykluczenia. Już samo w ocenie Sądu Okręgowego wprowadzenie w błąd w tym dokumencie zamawiającego jest samodzielną/samoistną podstawą do wykluczenia wykonawcy.

Reasumując, nie ma znaczenia, że według „Instrukcji wypełniania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia udostępniana przez Urząd Zamówień Publicznych na jego stronie internetowej (zresztą w kolejnych, aktualizowanych wersjach), nadal sugeruje, że tylko w przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji, należy podać szczegółowe informacje [patrz wersja z 29.04.2022 r.]. Jak wskazuje sam Urząd na odnośnej stronie: ...Instrukcję należy traktować jako materiał pomocniczy dla wykonawców i zamawiających, który może być przydatny w związku z procesem udzielania zamówień publicznych. Instrukcja może podlegać uzupełnieniu lub modyfikacji, w celu ułatwienia stosowania formularza JEDZ, mając na względzie praktyczne aspekty związane z oceną wykonawców, jak również aktualne orzecznictwo w tym zakresie. Jednocześnie informujemy,

że dokonywana jest analiza wpływających do Urzędu zapytań, dotyczących formularza JEDZ i udostępnianej Instrukcji. Odpowiedzi na powyższe pytania będą sukcesywnie zamieszczane w dziale Repozytorium wiedzy/JEDZ, celem upowszechniania informacji dotyczących ww. zakresu tematycznego.

W uzasadnieniu odwołania wywiedziono również zarzut sprowadzający się do twierdzenia, że na przeszkodzie wykluczeniu Konsorcjum stoi okoliczność, zresztą bezsporna, że jego lider nie brał udziału w zмовie stwierdzonej Decyzją Prezesa UOKiK. Co prawda Odwołujący nie przedstawił de facto w tym zakresie pogłębionej argumentacji, ale w końcowej części uzasadnienia zdaje się sugerować, że wystarczające jest, że lider Konsorcjum daje rękojmię należytego wykonania tego zamówienia. Jednocześnie oczywiście błędnie utożsamia fakt wykluczenia Konsorcjum z tego postępowania jako skutku stwierdzenia, że dwóch spośród trzech wykonawców wchodzących w jego skład dopuściło się w przeszłości zмовy przetargowej, z sytuacją, która była przedmiotem rozpoznania przez TSUE w sprawie C-927/19. Nie wdając się w szczegóły, rozstrzygnięcie Trybunału dotyczyło niedopuszczalności automatycznego wykluczania na przyszłość (przez wpisanie do stosownego wykazu) wykonawcy za wprowadzenie w błąd przez innych członków konsorcjum, w kolejnych postępowaniach, w których ten wykonawca zdecydowałby się uczestniczyć.

Natomiast odnośnie analogicznej, jak niniejszej sprawie sytuacji, wyczerpująco wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 30 marca 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 5/23 [poniżej podkreślono kluczowe fragmenty]:

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 58 ust. 5 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wynika to wprost z ww. przepisu. Niemniej jednak także art. 58 ust. 2 Pzp wskazuje, że wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy traktować jako całość, ot chociażby gdyż zgodnie z brzmieniem tego przepisu w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Skoro zatem podstawy wykluczenia zarówno zawarte w art. 108 jak i 109 Pzp mają zastosowanie do wykonawcy, należy w ocenie Sądu przyjąć, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy każdego członka konsorcjum. Potwierdza to także zakres badania podstaw wykluczenia wykonawcy przez samego zamawiającego chociażby poprzez wypełnienie JEDZ, który niewątpliwie w niniejszej sprawie został wypełniony przez każdego z poszczególnych członków konsorcjum osobno. Oznacza to niewątpliwie, że wykonawca, jakim jest

konsorcjum składające się jak w niniejszej sprawie

z dwóch spółek i na dodatek powiązanych kapitałowo, to obowiązek ten spoczywa na każdym członku konsorcjum, zaś brak wykazania powyższego przez chociażby jednego z nich jest podstawą do wykluczenia wykonawcy, którym jest konsorcjum jako całość. W konsekwencji czego obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp dotyczy całego konsorcjum a w niniejszej sprawie Konsorcjum (...).

Wydawać by się mogło w ocenie Sądu Okręgowego, że ugruntowany w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, KIO, Sądu Zamówień Publicznych jak i opinii przedstawicieli doktryny prawa jest pogląd, że każdy uczestnik wspólnej oferty musi udokumentować, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 bądź art. 109 Pzp. Przypomnieć w ocenie Sądu mając na uwadze zakres zarzutów jednak należy, że w zakresie ewentualnych zmian składu osobowego obowiązuje też zasada ogólna, zgodnie z którą zmiany w składzie konsorcjum mogą mieć miejsce do momentu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do przetargu w postępowaniach etapowych, bądź też po spełnieniu wyrażne określonych przesłanek z art. 455 Pzp. Niewątpliwie taka zmiana członka konsorcjum oznaczałaby, że w postępowaniu bierze udział inny wykonawca, niż ten, którego badano pod kątem, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu (tak też m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2012 r. KIO 684/12). Zatem zmiana składu konsorcjum jest jednoznaczna ze zmianą oferenta. Zaakcentować jednakże należy, że powyższa zasada doznaje ograniczeń w przypadku przekształceń podmiotowych po stronie poszczególnych konsorcjantów, w szczególności przekształceń skutkujących sukcesją generalną, w wyniku której następuje przejęcie przeze następcę prawnego ogółu praw podmiotowych, jakie przysługiwały poprzednikowi, w tym prawa poprzednika do złożenia oferty czy też zawarcia (lub wykonania) umowy (tak też m. in. Wyrok KIO z 20 kwietnia 2010 r. KIO/UZP 526/10).

Zatem należy w ocenie Sądu przyjąć, że każda inna zmiana składu osobowego niż wynikająca z powyżej wskazanego zakresu będzie skutkować koniecznością odrzucenia oferty złożonej przez takie konsorcjum, gdyż powodowałaby konieczność ponownego badania podstaw wykluczenia z postępowania czy też spełniania wymagań stawianym wykonawcom przez zamawiającego. To zaś doprowadziłoby do ponownego wyboru ofert przez zamawiającego po upływie terminu do ich zgłoszenia, co niewątpliwie naruszałoby zasady prawa zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z przepisem art. 17 ust. 2 Pzp Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jeżeli zatem do umowy staje inny podmiot zbiorowy niż ten, którego oferta była badana i została wybrana w toku postępowania, nie ma możliwości, aby zgodnie z prawem możliwe było udzielenie mu danego zamówienia. Zaś żaden z uczestników niniejszego postępowania powyższego nie

podnosił.

Nie można w ocenie Sądu zgodzić się zatem ze skarżącym, że sankcja wykluczenia została niezasadnie i w sposób nieuprawniony rozszerzona na (...).

Sięgając zaś do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wskazać należy na wyroku TS z 24 maja 2016 r. w sprawie C 396/14, w którym Trybunał generalnie opowiedział się za utrzymaniem zasady zachowania prawnej i materialnej tożsamości wykonawców na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, Zamawiający nie mógł wykluczyć tylko partnerów Konsorcjum, gdyż ofertę złożyło całe Konsorcjum, co nie oznacza, że wskutek tego w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których lider obecnego Konsorcjum zdecyduje się uczestniczyć samodzielnie czy w konsorcjum w innym składzie, będzie wykluczany.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 zd. w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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. poz. 2437), obciążając tymi kosztami – na które złożyły się: wpis uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem) – Odwołującego.