

Sygn. akt: KIO 3076/24

## WYROK

Warszawa, dnia 19 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez GARDEN SERVICE J. P. w Świdniku

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Biała Podlaska

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu działającego jako Mario Presto M. B. z Białej Podlaskiej

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego GARDEN SERVICE J. P. w Świdniku i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego GARDEN SERVICE J. P. w Świdniku na rzecz Gminy Biała Podlaska kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania – wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3076/24 Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Biała Podlaska Przedmiot zamówienia to: „Dowożenie uczniów i dzieci do szkół i placówek oświatowych na podstawie biletów miesięcznych w roku szkolnym 2024/2025”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00429427/01 z dnia 2024-07-25, ogłoszenie o zmianie nr 2024/BZP 00441806/01 z dnia 2024-08-01.

Wykonawca (Skarżący): GARDEN SERVICE J. P. ul. Kusocińskiego 29D w

Świdniku wniósł odwołanie od decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania przetargowego na podstawie art. 111 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) w związku z rzekomym zaistnieniem przesłanek z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, co miało być potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) o sygnaturze 2264/22.

Odwołujący przedstawił argumenty prawne, opierające się na przepisach Pzp, orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych, które wskazują na bezzasadność decyzji Zamawiającego i podkreśla, że jego oferta była najkorzystniejsza cenowo.

Zgodnie z art. 44 ust. 1 Pzp, (? – przyp KIO) Zamawiający zobowiązany jest do wyboru oferty z poszanowaniem zasad oszczędności, efektywności oraz transparentności postępowania.

Orzecznictwo KIO (np. KIO 1083/21) podkreśla, że wykluczenie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę cenowo, powinno być stosowane z najwyższą ostrożnością i wyłącznie w sytuacjach, gdy istnieją wyraźne podstawy prawne. W omawianym przypadku takie podstawy nie zostały jasno określone, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz efektywności postępowania.

Decyzje dotyczące wykluczenia wykonawców powinny być podejmowane z poszanowaniem zasad. W tym przypadku decyzja opiera się na niejasnych przesłankach i domniemaniach, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami pzp oraz zasadami społecznymi, które chronią interesy wszystkich uczestników rynku.

Zasady prawa unijnego chronią wykonawców przed nieuzasadnionymi sankcjami, które mogą prowadzić do naruszenia ich interesów gospodarczych. Orzecznictwo TSUE, w tym wyroki C-41/90 oraz C-87/19, wskazują, że wykluczenie z udziału w przetargach publicznych musi być uzasadnione jednoznacznymi dowodami, a każda sankcja powinna być proporcjonalna do stwierdzonego naruszenia.

W związku z powyższym wnioskuję o:

1. Uchylenie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania przetargowego.
2. Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert.
3. Uznanie oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą w postępowaniu, z uwagi na najniższą cenę oraz pełną zdolność do realizacji zamówienia.

Uzasadnienie wniosku:

- I. Brak jednoznacznego zapisania okresu wykluczenia w wyroku KIO z 2022 r.

Wyrok KIO z dnia 16 września 2022 roku (sygn. akt KIO 2264/22), na który powołuje się Zamawiający, nie precyzuje długości okresu wykluczenia ani daty jego rozpoczęcia. Zgodnie z art. 111 ustawy Pzp, wykluczenie może obowiązywać maksymalnie przez 3 lata od dnia zaistnienia okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia. Taki okres musi być jednak formalnie określony w wyroku, co w tym przypadku nie miało miejsca. Brak jasnego określenia tego terminu w wyroku KIO powoduje, że decyzja o wykluczeniu na okres aż do 2025 roku jest bezpodstawna.

Orzecznictwo np. KIO 1980/21 oraz KIO 2256/21, wskazuje, że aby wykluczenie mogło być skuteczne, musi być formalnie określone w wyroku pod względem zarówno przesłanek, jak i okresu obowiązywania. Brak takich zapisów w analizowanym wyroku oznacza, że decyzja Zamawiającego opiera się na błędnej interpretacji, a domniemanie obowiązywania wykluczenia do 2025 roku jest nieuzasadnione. W KIO 2397/20 podkreślono, że zamawiający nie może na własną rękę interpretować wyroków w sposób rozszerzający, jeśli brakuje jednoznacznych zapisów co do okresu wykluczenia.

- II. Formalne określenie przesłanek wykluczenia

Przepisy Pzp oraz orzecznictwo (m.in. wyrok SO w Warszawie, akt XXIII Ga 414/18) wskazują, że przesłanki wykluczenia muszą być formalnie potwierdzone w wyroku lub decyzji administracyjnej. W przypadku umowy przetargowej (art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp), wykluczenie jest możliwe jedynie wtedy, gdy istnieją odpowiednie dowody, co musi być wyraźnie zapisane w wyroku. Analizowany wyrok KIO 2264/22 co prawda odnosi się do przesłanek wskazujących na znową przetargową, ale nie precyzuje okresu wykluczenia ani nie określa, od kiedy liczyć jego bieg. To poważne uchybienie formalne, które powinno skutkować uchyleniem decyzji o wykluczeniu.

Zamawiający błędnie przyjmuje, że wyrok KIO automatycznie skutkuje wykluczeniem firmy na okres 3 lat. Tymczasem zgodnie z przepisami oraz orzecznictwem, interpretacja przepisów powinna zawsze uwzględniać zasadę in dubio pro libertate, czyli rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść podmiotów prywatnych.

W wyroku KIO 2019/21 podkreślono, że „w przypadku braku jednoznacznych zapisów w orzeczeniu, decyzje wykluczające wykonawców muszą być podejmowane z najwyższą ostrożnością, a wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawców”. W

związku z tym, jeśli wyrok nie precyzuje okresu wykluczenia, decyzja o wykluczeniu wykonawcy na okres 3 lat, co przyjmuje Zamawiający, jest nieuzasadniona.

- IV. Naruszenie zasad proporcjonalności i równości

Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp, każda decyzja Zamawiającego powinna być zgodna z zasadą proporcjonalności oraz zasadą równego traktowania wykonawców. Decyzja o wykluczeniu oferty jest nieproporcjonalna do okoliczności. Sankcja wykluczenia na okres 3 lat, bez jednoznacznych podstaw prawnych i formalnych, jest rażąco nieadekwatna. Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co oznacza, że każda decyzja o wykluczeniu musi być adekwatna do wagi naruszenia oraz proporcjonalna do stwierdzonego naruszenia.

Orzecznictwo, jak KIO 2256/21, oraz m.in. wyrok SA w Gdańsku, V ACa 22/20, jednoznacznie podkreślają, że proporcjonalność sankcji wykluczenia jest niezbędnym elementem każdej decyzji Zamawiającego. W omawianym wyroku brak jest szczegółowej analizy zasad proporcjonalności oraz oceny, dlaczego wykluczenie miało obowiązywać przez 3 lata. Brak analizy stanowi naruszenie przepisów prawa oraz zasad równego traktowania wykonawców.

- IV. Moment rozpoczęcia biegu okresu wykluczenia

Art. 111 Pzp określa, że okres wykluczenia liczy się od dnia zaistnienia okoliczności, a nie od daty wydania wyroku. W analizowanym wyroku KIO 2264/22 nie wskazano jednoznacznie daty, od której należy liczyć okres wykluczenia, co jest kluczowe dla prawidłowego określenia długości obowiązywania sankcji. Brak tej informacji sprawia, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu na okres do 2025 roku jest wadliwa i oparta na błędnym założeniu.

- V. Podkreślenie faktycznych zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia

Firma odwołującego spełnia wszystkie formalne wymagania Zamawiającego i posiada zasoby i zdolności do realizacji zamówienia (odpowiednie zasoby techniczne, personel oraz doświadczenie). Jest to istotne w kontekście oferty, która była najkorzystniejsza cenowo.

W orzeczeniu KIO 1083/21 wskazano, że wykluczenie powinno być stosowane tylko wówczas, gdy istnieją wyraźne podstawy prawne oraz dowody na naruszenie przepisów.

Firma dysponuje zezwoleniami oprócz wyżej wskazanych, certyfikatami, ma stabilność finansowa, co zapewnia, że zobowiązania z umowy będą realizowane bez zakłóceń.

Prawo zamówień publicznych, zgodnie z przepisami krajowymi oraz unijnymi, ma na celu ochronę uczciwej konkurencji oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców. Każda decyzja o wykluczeniu powinna być podejmowana z poszanowaniem zasad społecznych, w tym prawa do równości, przejrzystości i uczciwości w postępowaniach publicznych. W omawianym przypadku decyzja zamawiającego opiera się na niejasnych przesłankach i domniemaniach, co narusza te fundamentalne zasady.

Orzecznictwo TSUE (np. wyrok w sprawie C-538/07) oraz orzecznictwo KIO (np. KIO 2019/21) jasno wskazują, że decyzje wykluczające wykonawców muszą być oparte na jednoznacznych dowodach i muszą być stosowane proporcjonalnie. Nie można domniemywać winy wykonawcy tylko na podstawie powiązań kapitałowych lub osobowych, jeśli nie istnieją konkretne dowody na naruszenie przepisów. W omawianym przypadku, decyzja o wykluczeniu jest oparta na domniemaniach oraz błędnych założeniach, co jest sprzeczne z zasadami prawa oraz równego traktowania.

Prawo Unii Europejskiej oraz orzecznictwo TSUE wyraźnie podkreślają, że każda sankcja musi być proporcjonalna do naruszenia i dostosowana do rzeczywistych okoliczności sprawy. W sprawach dotyczących wykluczenia z przetargów publicznych (np. wyrok TSUE w sprawie C-41/90), Trybunał podkreśla, że wykluczenie wykonawcy powinno być stosowane jedynie wtedy, gdy istnieją niepodważalne dowody na naruszenie prawa, a sam okres wykluczenia powinien być jasno określony i proporcjonalny do wagi naruszenia.

W omawianym przypadku, nie tylko brak jest jasnych dowodów na naruszenie przepisów przez moją firmę, ale także brak jednoznacznego określenia okresu wykluczenia, co sprawia, że decyzja Zamawiającego jest niezgodna z unijnymi standardami oraz narusza zasady proporcjonalności.

Decyzja o wykluczeniu wykonawcy, który posiada zarówno formalne, jak i faktyczne zdolności do realizacji zamówienia, prowadzi do naruszenia interesów gospodarczych oraz społecznych. W wyroku TSUE w sprawie C-87/19 podkreślono, że ochrona uczciwej konkurencji i interesów wykonawców jest fundamentalna dla prawidłowego funkcjonowania rynku zamówień publicznych. W tym kontekście, wykluczenie mojej oferty prowadzi do ograniczenia konkurencji oraz powoduje, że Zamawiający nie uzyskuje najlepszej oferty cenowej, co jest sprzeczne z zasadami efektywności gospodarowania środkami publicznymi. Zasada interpretacji przepisów na korzyść podmiotów prywatnych

W systemie prawnym obowiązuje zasada, że wszelkie wątpliwości interpretacyjne powinny być rozstrzygane na korzyść podmiotów prywatnych, a nie instytucji państwowych. Zasada ta znajduje swoje odzwierciedlenie m.in. w orzecznictwie KIO oraz przepisach prawa cywilnego i administracyjnego. W przypadku, gdy wyrok KIO z 2022 roku nie określa jednoznacznie okresu wykluczenia, wszelkie wątpliwości powinny być interpretowane na korzyść Wykonawcy, a nie na korzyść Zamawiającego.

1. Brak jednoznacznego określenia okresu wykluczenia oraz terminu jego rozpoczęcia w wyroku KIO z 2022 roku oznacza, że zamawiający nie ma prawa twierdzić, że wykluczenie obowiązuje do 2025 roku.
2. Decyzja zamawiającego narusza zasady proporcjonalności i równości, które są kluczowe w systemie zamówień publicznych.
3. Brak wyraźnego uzasadnienia oraz oparcie decyzji na domniemaniach stanowi naruszenie zasad społecznych, które chronią uczciwą konkurencję.

Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu oferty opiera się na błędnych przesłankach oraz niezgodnej z prawem interpretacji wyroku KIO. Firma spełnia wszelkie formalne i faktyczne wymagania, a oferta była najkorzystniejsza cenowo.

Załączono: Kopia wyroku KIO z 2022 roku (sygn. akt 2264/22), Korespondencja z Zamawiającym, w tym informacja o odrzuceniu oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, co następuje.

Wykonawca podnosi zarzut, że „Zamawiający zobowiązany jest do wyboru oferty z poszanowaniem zasad oszczędności, efektywności oraz transparentności postępowania. W tym kontekście, odrzucenie mojej oferty prowadzi do naruszenia tych zasad i powoduje, że Zamawiający ponosi wyższe koszty”

Zamawiający odrzuca powyższy zarzut. Obowiązkiem Zamawiającego jest . wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych. Cena zawarta w ofercie będzie miała znaczenie, o ile oferta będzie ważna, zaś w przedmiotowym postępowaniu ofertę Wykonawcy Garden Service J. P. odrzucono, jako złożoną przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Wykonawca podnosi zarzut, że „Wyrok KIO z dnia 16 września 2022 roku (KIO 2264/22), na który powołuje się odwołujący, nie precyzuje długości okresu wykluczenia

ani daty jego rozpoczęcia. Zgodnie z art. 111 ustawy Pzp, wykluczenie może obowiązywać maksymalnie przez 3 lata od dnia zaistnienia okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia. Taki okres musi być formalnie określony w wyroku, co

w tym przypadku nie miało miejsca. Brak jasnego określenia tego terminu w wyroku KIO powoduje, że decyzja o wykluczenia na okres aż do 2025 roku jest bezpodstawna.

Zamawiający powyższy zarzut odrzuca. Wykonawca w odwołaniu powołuje się na przepisy art. 111 Pzp w sposób nieprecyzyjny. Art. 111 Pzp zawiera 7 punktów, z których każdy wskazuje okresy wykluczenia Wykonawcy w zależności od konkretnego przypadku. W niniejszym postępowaniu, wykluczenie Wykonawcy nastąpiło na podstawie art. 111 pkt 4 Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Art. 111 pkt 4 Pzp wskazuje wprost: 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.

Przywoływany artykuł nie wskazuje, że zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne musi być prawomocnie orzeczony (wyrok KIO 2264/22 jest prawomocny), nie daje też

Zamawiającemu możliwości skrócenia lub wydłużenia okresu, na jaki Wykonawca jest wykluczony.

W ocenie Zamawiającego, interpretacja Wykonawcy, że okres wykluczenia w tym konkretnym przypadku to „maksymalnie 3 lata” jest niepoprawna. Art. 108 ust. 1 pkt 5 mówi wprost: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności, jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Ustawa Pzp w cytowanych przepisach nie wspomina o wyrokach, jedynie o wiarygodnych przesłankach. W przypadku niniejszym, treść prawomocnego wyroku KIO 2264/22 potwierdza, że mamy do czynienia z istnieniem wiarygodnych przesłanek wskazujących na zмовę przetargową.

Wykonawca podnosi zarzut, że „W przypadku zмовы przetargowej (art. 108 ust. 1 pkt

5 Pzp) wykluczenie jest możliwe jedynie wtedy, gdy istnieją odpowiednie dowody, co musi być wyraźnie zapisane w wyroku”.

Zamawiający zarzut odrzuca. Interpretacja Wykonawcy dotycząca możliwości wykluczenia Wykonawcy z postępowania jedynie w momencie wydania wyroku jest błędna.

Art. 108 ust. 1 pkt 5 mówi wprost: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności, jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Ustawa PZP w cytowanych przepisach nie wspomina o wyrokach, jedynie o wiarygodnych przesłankach. W przypadku niniejszym, treść wyroku KIO 2264/22 potwierdza, że mamy do czynienia z istnieniem wiarygodnych przesłanek wskazujących na zмовę przetargową.

Wykonawca podnosi zarzut, że „Zamawiający w swojej decyzji błędnie przyjmuje, że wyrok KIO automatycznie skutkuje wykluczeniem mojej firmy na okres 3 lat. Tymczasem zgodnie z przepisami Pzp oraz orzecznictwem KIO, interpretacja przepisów powinna zawsze uwzględniać zasadę in dubio pro libertate, czyli rozstrzygania wątpliwości na korzyść podmiotów prywatnych (... ) Jeśli wyrok nie precyzuje okresu wykluczenia, decyzja o wykluczeniu Wykonawcy na okres 3 lat, co przyjmuje Zamawiający, jest niezasadniona.”

Zamawiający zarzut odrzuca. W przypadku wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wydanie wyroku KIO nie jest elementem decydującym. Wyrok KIO 2264/22 potwierdza prawidłową ocenę Zamawiającego, tj. stwierdzenie, że Wykonawca J. P. dopuścił się w roku 2022 czynu określonego w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Tym samym, z mocy samego art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wynika 3 letni okres wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Nie może być tutaj mowy o jakiegokolwiek wątpliwości — Zamawiający zastosował wprost przepis ustawy PZP — Wykonawca znajduje się w 3 letnim okresie "kluczenia z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca podnosi zarzut, że „Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp, każda decyzja Zamawiającego powinna być zgodna z zasadą proporcjonalności oraz zasadą równego traktowania wykonawców. W omawianym przypadku decyzja o wykluczeniu mojej oferty jest nieproporcjonalna do stwierdzonych okoliczności. Sankcja wykluczenia na okres 3 lat bez jednoznacznych podstaw prawnych i formalnych, jest rażąco nieadekwatna. Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co oznacza, że każda decyzja o wykluczeniu musi być adekwatna do wagi naruszenia oraz proporcjonalna do stwierdzonego naruszenia.”

Jak już wykazywano powyżej, Zamawiający zastosował wprost określoną w ustawie przesłankę wykluczenia na okres 3 lat Wykonawcy, który dopuścił się wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zмовы przetargowej. Zamawiający nie miał możliwości miarkowania długości okresu wykluczenia, bowiem ustawa Pzp takiej możliwości nie daje.

Wykonawca podnosi zarzut, że „Art. 111 Pzp określa, że okres wykluczenia liczy się od dnia zaistnienia okoliczności, a nie od daty wydania wyroku. W analizowanym wyroku KIO 2264/22 nie wskazano daty, od której należy liczyć okres wykluczenia, co jest kluczowe dla prawidłowego określenia długości obowiązywania sankcji. Brak tej informacji sprawia, że decyzja o wykluczeniu na okres do 2025 roku jest wadliwa i oparta na błędnym założeniu” Zamawiający powyższy zarzut odrzuca. W toku niniejszego, toczącego się w 2024 roku postępowania, określenie dokładnej daty, od której należy liczyć 3 letni okres wykluczenia nie jest istotne: niezależnie od przyjęcia, czy bieg okresu 3 lat rozpoczyna się z dniem zaistnienia okoliczności (tj. z dniem złożenia ofert niekonkurencyjnych w postępowaniu) czy też z dniem wydania "roku KIO, 3 letni okres wykluczenia zakończy się — zgodnie z przyjętą logiką Zamawiającego 5 sierpnia 2025 lub 16 września 2025 jeśli przyjmie za datę początkową datę wyroku KIO tj. 16 września 2022 roku.

Wykonawca podnosi zarzut, że: „Moja oferta była najkorzystniejsza cenowo, co jest kluczowym kryterium wyboru oferty w postępowaniu przetargowym. Zgodnie z art. 44 ust. 1 Pzp, wybór ofert powinien być dokonywany z uwzględnieniem zasad oszczędności, efektywności oraz transparentności postępowania. W tym kontekście, odrzucenie mojej

oferty prowadzi do naruszenia tych zasad i powoduje, że Zamawiający naraża się na poniesienie nieuzasadnionych wyższych kosztów. Orzecznictwo KIO jednoznacznie podkreśla, że wykluczenie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę cenowo, powinno być stosowane z najwyższą ostrożnością i wyłącznie w sytuacjach, gdy istnieją wyraźne podstawy prawne.”

Obowiązkiem Zamawiającego jest wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych. Cena zawarta w ofercie będzie miała znaczenie, o ile oferta będzie ważna, zaś w przedmiotowym postępowaniu ofertę Wykonawcy Garden Service J. P. odrzucono jako złożoną przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Wykonawca podnosi zarzut, że „Prawo zamówień publicznych, zgodnie z przepisami krajowymi oraz unijnymi, ma na celu ochronę uczciwej konkurencji oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców. Każda decyzja o wykluczeniu powinna być podejmowana z poszanowaniem zasad społecznych, w tym prawa do równości, przejrzystości i uczciwości w postępowaniach publicznych. W omawianym przypadku decyzja zamawiającego opiera się na niejasnych przesłankach i domniemaniach, co narusza te fundamentalne zasady.” Zamawiający odrzuca powyższy zarzut. Wykonawca słusznie podnosi, że prawo zamówień publicznych ma na celu ochronę uczciwej konkurencji. Między innymi, dlatego, w ocenie Zamawiającego, wprowadzono art. 111 ustawy Pzp i dlatego właśnie, — aby wykluczyć z udziału w postępowaniach podmioty, które dopuszczają się czynów naruszających uczciwą konkurencję, Zamawiający zastosował wprost przepisy art. 111 pkt 4 ustawy Pzp.

Wykonawca podnosi zarzut, że „W omawianym przypadku, nie tylko brak jest jasnych dowodów na naruszenie przepisów przez moją firmę, ale także brak jednoznacznego określenia okresu wykluczenia, co sprawia, że decyzja Zamawiającego jest niezgodna z unijnymi standardami oraz narusza zasady proporcjonalności.”

Okres wykluczenia wskazany jest wprost w przepisach ustawy — art. 111 pkt 4 pzp, natomiast art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp nie odnosi się do dowodów, a do przesłanek. Fakt wydania wyroku KIO 2264/22 potwierdza przesłanki wystąpienia z umowy przetargowej.

Wykonawca podnosi zarzut, że „Decyzja o wykluczeniu wykonawcy, który posiada zarówno formalne, jak i faktyczne zdolności do realizacji zamówienia, prowadzi do naruszenia interesów gospodarczych oraz społecznych. W wyroku TSUE w sprawie C-87/19 podkreślono, że ochrona uczciwej konkurencji i interesów wykonawców jest fundamentalna dla prawidłowego funkcjonowania rynku zamówień publicznych. W tym kontekście, wykluczenie mojej oferty prowadzi do ograniczenia konkurencji oraz powoduje, że Zamawiający nie uzyskuje najlepszej oferty cenowej, co jest sprzeczne z zasadami efektywności gospodarowania środkami publicznymi.”

Obowiązkiem Zamawiającego jest wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych. Tu mamy do czynienia z ofertą nieważną złożoną przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu. Nie ma znaczenia zdolność Wykonawcy do realizacji zamówienia.

Wykonawca podnosi zarzut, że „W systemie prawnym obowiązuje zasada, że wszelkie wątpliwości interpretacyjne powinny być rozstrzygane na korzyść podmiotów prywatnych, a nie instytucji państwowych. Zasada ta znajduje swoje odzwierciedlenie m. in. w orzecznictwie KIO oraz przepisach prawa cywilnego i administracyjnego. W przypadku, gdy wyrok KIO z 2022 roku nie określa jednoznacznie okresu wykluczenia, wszelkie wątpliwości powinny być interpretowane na korzyść Wykonawcy, a nie na korzyść Zamawiającego.” Nie jest konieczne w tym konkretnym przypadku określenie okresu wykluczenia w wyroku KIO. Art. 111 pkt 4 Pzp nie pozostawia miejsca na miarkowanie długości okresu wykluczenia Wykonawcy z postępowań, okres wynosi 3 lata. Jedynym polem do rozważania będzie data zakończenia okresu wykluczenia, jednak jest to data przypadająca w każdym przypadku na rok 2025 i tym samym nie ma znaczenia dla toczącego się aktualnie postępowania.

Podsumowując powyższe, Zamawiający nie uwzględnia zarzutów i podtrzymuje decyzję o wykluczeniu Wykonawcy i w konsekwencji odrzucenia oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił przystąpienie wykonawca M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Mario Presto Biała Podlaska stwierdzając, że zamawiający słusznie wykluczył firmę Garden Service z postępowania co znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z 16 września 2022r. w sprawie o sygn. akt KIO 2264/22. Wbrew twierdzeniom odwołania art. 111 pkt 4 PZP stanowi, iż w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, wykluczenie wykonawcy następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Skoro wyrok KIO o sygnaturze 2264/22 jest prawomocny, to okres wykluczenia na pewno jeszcze nie minął skoro zdarzenie z powodu którego nastąpiło wykluczenie miało miejsce w

2022 r. czyli w roku w którym zapadł wyrok KIO. Już chociażby z tego względu argumentacja odwołania jest chybiona. Przyjmując tok rozumowania zaprezentowany w odwołaniu można dojść do absurdalnego wniosku, że do żadnego wykluczenia w ogóle nie doszło, gdyż nie wskazano literalnie daty końcowej tego wykluczenia. Natomiast powodem wykluczenia w postępowaniu zakończonym wyrokiem KIO był fakt zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji co skutkowało wykluczeniem odwołującego na okres 3 lat, który to okres przy nawet najbardziej liberalnej wykładni przepisów jeszcze nie minął.

W kolejnym piśmie przystępujący złożył wniosek o zobowiązanie Pana J. P. (odwołującego) do okazania zaświadczenia o niekaralności, gdyż wg informacji wnioskującego Pan J. P. był skazany za przestępstwo wymienione w katalogu opisanym w art. 24 ust 1 pkt 13 lit a Pzp.

Wysoka Izba w przypadku nie okazania przez Pana J. P. wnioskowanego zaświadczenia będzie miała możliwość szerszej oceny istnienia przesłanek przemawiających za bezzasadnością złożonego odwołania. Ponadto wskazał, że oferta odwołującego została już wcześniej z powodu jego karalności odrzucona w postępowaniu przetargowym przez Gminę Piszczac w grudniu 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, złożona przez zamawiającego, stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

Izba zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołanie nie może być uwzględnione.

Istotą zarzutu odwołania jest stwierdzenie, iż zamawiający zobowiązany jest do wyboru oferty z poszanowaniem zasad oszczędności, efektywności oraz transparentności postępowania. Odwołujący wskazał przy tym parokrotnie, że złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo, a w tym kontekście jej odrzucenie prowadzi do naruszenia tych zasad i powoduje, że Zamawiający ponosi wyższe koszty.

Skład orzekający zauważa, że obowiązkiem zamawiającego w toku prowadzonego postępowania, jest wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu, złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu; ergo spośród ofert ważnych. Cena oferty ma oczywiście znaczenie, jako kryterium podstawowe, jednakże, co wymaga podkreślenia, oferta taka musi być zgodna z warunkami zamówienia, oraz nie uchybić przepisom prawa. Zamawiający w niniejszym postępowaniu ofertę Wykonawcy Garden Service J. P. odrzucił jako złożoną przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, zatem oferta nie podlegała ocenie z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, nie mogła być wybierana po uprzednim przyznaniu punktów w rankingu oceny.

Wykonawca podniósł zarzut, że wyrok KIO z dnia 16 września 2022 roku sygn. akt 2264/22 nie precyzuje długości okresu wykluczenia ani daty jego rozpoczęcia, a następnie wskazuje, że zgodnie z art. 111 ustawy Pzp, wykluczenie może obowiązywać maksymalnie przez 3 lata

od dnia zaistnienia okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia. Taki okres musi być formalnie określony w wyroku, co w tym przypadku nie miało miejsca. Brak jasnego określenia tego terminu w wyroku KIO powoduje, że decyzja o wykluczenia na okres aż do 2025 roku jest bezpodstawna.

Teza powyższa jest niezasadna.

W niniejszym postępowaniu, wykluczenie Wykonawcy nastąpiło na podstawie art. 111 pkt 4 w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Art. 111 pkt 4 Pzp wskazuje, że wykluczenie Wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, /.../ na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Przepis nie wskazuje, że zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne musi być prawomocnie orzeczony na przykład wyrokiem, tu Izby z dnia 16 września 2022 r. sygn. akt KIO 2264/22, istotne jest stwierdzenie przez zamawiającego na podstawie wiarygodnych przesłanek, zaistnienia zdarzenia, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp.

Warto zauważyć, że odwołujący w tym zakresie nie kwestionuje poprawności ustaleń Izby, natomiast podnosi niesporny zresztą fakt, że w wyroku nie określono okresu, na jaki wykonawca podlega wykluczeniu. Odwołujący podnosi przy tym, że okres wykluczenia w tym konkretnym przypadku to „maksymalnie 3 lata” jest niepoprawna. Skład orzekający w sprawie rozpatrywanej stwierdza, że okres wykluczenia jest jednoznacznie ustalony ustawą i nie może podlegać zmianie, w tym skróceniu przez zamawiającego lub organy wymiaru sprawiedliwości. Jediną możliwą drogą prawną w tym względzie jest instytucja tzw. samooczyszczenia w trybie art. 110 ustawy pzp, co w sprawie niniejszej nie miało miejsca.

Wykonawca podnosi zarzut, że „W przypadku zmowy przetargowej (art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp) wykluczenie jest możliwe jedynie wtedy, gdy istnieją odpowiednie dowody, co musi być wyraźnie zapisane w wyroku. Teza ta, zwłaszcza w części końcowej, również jest bezpodstawna.

W przypadku niniejszym, treść wyroku KIO 2264/22 potwierdza, że mamy do czynienia z istnieniem wiarygodnych przesłanek wskazujących na znowę przetargową. Ponownie warto przypomnieć, że to ustalenie w wyroku nie jest kwestionowane przez strony.

Wykonawca podnosi zarzut, że „Zamawiający w swojej decyzji błędnie przyjmuje, że wyrok KIO automatycznie skutkuje wykluczeniem mojej firmy na okres 3 lat. Tymczasem zgodnie z przepisami Pzp oraz orzecnictwem KIO, interpretacja przepisów powinna zawsze uwzględniać zasadę in dubio pro libertate, czyli rozstrzygania wątpliwości na korzyść podmiotów prywatnych (... ) W związku z tym, jeśli wyrok nie precyzuje okresu wykluczenia, decyzja o wykluczeniu Wykonawcy na okres 3 lat, co przyjmuje Zamawiający, jest nieuzasadniona.”

Izba stwierdza wobec powyższych ustaleń, że niezasadne jest podnoszenie zarzutu o wątpliwościach co do znowy przetargowej z udziałem wykonawcy, skoro takie wątpliwości w

rzeczywistości nie występują. Zatem jedynie na marginesie można zauważyć, że przepisy ustawy pzp nie formułują zasady in dubio pro libertate, która w polskim porządku prawnym występuje de facto w procedurze administracyjnej uregulowanej przepisami kodeksu postępowania administracyjnego (por. art. 7a i art. 81a kpa). Hipotetycznie, nawet gdyby próbować kierować się tą zasadą w sprawie rozpatrywanej, to warto wskazać na jej wyłączenie w ww przepisach: „chyba że sprzeciwiają się temu sporne interesy stron albo interesy osób trzecich, na które wynik postępowania ma bezpośredni wpływ.” Można zatem zauważyć, że spornymi interesami w sprawie legitymuje się odwołujący i przystępujący.

Podobną zasadą o nazwie in dubio pro reo rządzi się postępowanie karne, co również jest tu bezprzedmiotowe.

Natomiast postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i postępowanie odwoławcze są co do zasady postępowaniami o charakterze cywilnoprawnym (por. art. 8 ustawy pzp oraz art. 505 i n. ustawy pzp).

Skoro jednak nie może być mowy o jakiegokolwiek wątpliwości co do zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, zamawiający poprawnie zastosował wprost przepis ustawy PZP, a Wykonawca znajduje się w 3 letnim okresie wykluczenia z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W następstwie ustaleń należy stwierdzić, że bezpodstawne jest stwierdzenie odwołującego, iż decyzja o wykluczeniu oferty (winno być „wykluczeniu wykonawcy” lub „odrzuconiu oferty” – przyp. KIO) jest nieproporcjonalna do stwierdzonych okoliczności, a sankcja wykluczenia na okres 3 lat bez jednoznacznych podstaw prawnych i formalnych, jest rażąco nieadekwatna.

Wykonawca wskazuje także w odwołaniu, że art. 111 Pzp określa, że okres wkluczenia liczy się od dnia zaistnienia okoliczności, a nie od daty wydania wyroku, a w analizowanym wyroku KIO 2264/22 nie wskazano jednoznacznie daty, od której należy liczyć okres wykluczenia, co jest kluczowe dla prawidłowego określenia długości obowiązywania sankcji. Brak tej informacji sprawia, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu na okres do 2025 roku jest wadliwa i oparta na błędnym założeniu.

Wydów powyższy jest wadliwy. W toku niniejszego, toczącego się w 2024 roku postępowania, określenie dokładnej daty, od której należy liczyć 3 letni okres wykluczenia nie jest w istocie kluczowe; niezależnie od przyjęcia, czy bieg okresu 3 lat rozpoczyna się z dniem zaistnienia okoliczności (tj. z dniem złożenia ofert niekonkurencyjnych w postępowaniu w roku 2022) czy też z dniem wydania wyroku KIO, 3 letni okres wykluczenia zakończy się 5 sierpnia 2025 lub 16 września 2025 jeśli przyjmą za datę początkową datę wyroku KIO tj. 16 września 2022 roku.

Należy nadto przyznać rację stwierdzeniu przystępującego powodem wykluczenia w postępowaniu zakończonym wyrokiem KIO był fakt zawarcia porozumienia mającego na celu

zakłócenie konkurencji co skutkowało wykluczeniem odwołującego na okres 3 lat, który to okres przy nawet najbardziej liberalnej wykładni przepisów jeszcze nie minął.

Skład orzekający zauważa ponadto, że wniosek przystępującego o zobowiązanie Pana J. P. (odwołującego) w toku postępowania odwoławczego do okazania zaświadczenia o niekaralności, nie ma podstaw prawnych.

Izba orzeka o czynnościach ewentualnie zaniechaniach zamawiającego podjętych przez niego w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniu odwoławczym orzeka w granicach zarzutów odwołania i stosownie do art. 555 ustawy pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były w odwołaniu zawarte.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 pkt 2 a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci uiszczanego wpisu od odwołania oraz zasądzając wynagrodzenie zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia wskazanego w zdaniu poprzednim.

Przewodniczący: .....

