

WYROK

Warszawa, dnia 9 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Aneta Młacka
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą – A.K. Firma Usługowo-Handlowa "Adam-Tours" ul. Stare Wiślicko 31, Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Akademia Górniczo-Hutnicza im. S.S. w Krakowie, Al. Mickiewicza 30

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A.K. Firma Usługowo-Handlowa "Adam-Tours" ul. Stare Wiślicko 31 w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia i dojazdu na rozprawę,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Angeli Kuś Firma Usługowo-Handlowa "Adam-Tours" ul. Stare Wiślicko 31, Kraków na rzecz zamawiającego - Akademia Górniczo-Hutnicza im. S.S. w Krakowie, Al. Mickiewicza 30 kwotę 3 938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

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:.....

.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Akademia Górniczo-Hutnicza im. S.S. w Krakowie Dział Zamówień Publicznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji art. 275 pkt.1 ustawy Pzp pn: usługa przewozu osób (praktyki studenckie) wraz z kierowcą dla WIMIC –DE –dzp.272-127/24. Numer ogłoszenia, jeżeli zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: Rok: 2024 Nr Pozycji: 00260028

Odwołujący: ANGELA KUŚ – prowadząca działalność gospodarczą pod firmą – A.K. Firma Usługowo-Handlowa "Adam-Tours" ul. Stare Wiślicko 31, 31-979 Kraków wniosła odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

- wyborze w dniu 17 .04.2024 roku najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu
- odrzuceniu oferty odwołującego,
- wykluczeniu odwołującego się z postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

art. 108 ust. 1 pkt. 5 ust. 4 przez stwierdzenie, iż Wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w sytuacji gdy nie było ku temu wiarygodnych przesłanek, a w szczególności brak jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, aby Wykonawca należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożył odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

art. 110 i 111 „PZP” w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5 ust. 4 przez wykluczenie Odwołującego

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 255 pkt 2 przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności polegających na:

wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 17.04.2024 roku, wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego.

W dniu 17 kwietnia 2024 roku zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu jednoczenie odrzucając ofertę odwołującej oraz co istotne, wykluczył odwołującą się z przedmiotowego postępowania.

W uzasadnieniu swych działań Zamawiający wskazał, iż powziął informację, że na podstawie ostatecznej decyzji nr RKR- 3/2022 z 29.12.2022, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał zawarcie m. in. przez A.K. prowadzącą działalność gospodarczą w Krakowie pod firmą A.K. Firma Usługowo Handlowa „ADAM-TOURS niedozwolonego porozumienia, jako praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zamawiający przyjął, iż został zobowiązany na podstawie z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp do wykluczenia z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy jako wykonawcy, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, a w konsekwencji tym samym odrzucił ofertę na podstawie art. 226 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp, jako ofertę złożoną przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego. Powołana decyzja Prezesa UOKiK wydana została zanim Zamawiający dokonał ogłoszenia o zamówieniu, a nadto nie zyskała jak dotąd przymiotu prawomocności, jako iż została zaskarżona przez Odwołującą i sprawa aktualnie zawisła przez Sądem Okręgowym w Warszawie do sygn. akt XVII AmA 56/23. Po to przewidziana została w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w KPC sądowa procedura odwoławcza od decyzji Prezesa UOKiK, aby eliminować jego błędne decyzje i nie czynić go organem nie podlegającym żadnej kontroli – wręcz onnipotentnym.

Decyzja zaś z dnia 29.12.2022 r., na którą powołał się Zamawiający (znamienne, iż jest to jedyna „wiarygodna przesłanka”, na którą Zamawiający się powołuje) – jest niezasadna i oparta została na błędnych i z góry przyjętych przez organ założeniach i jako taka winna być wyeliminowana z obrotu – czego domaga się Odwołująca przez Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Decyzja ta opiera się błędnym założeniu, iż z uwagi na powiązania rodzinne pomiędzy dwoma firmami (Odwołującej i jej córki) musiało dojść do zmywy przetargowej. A wszak przepisy p.z.p. nie zabraniają udziału w postępowaniu wykonawcom, których łączy relacja rodzinna. Taka relacja może być źródłem współpracy między wykonawcami i wzajemnej pomocy na innych warunkach niż między przedsiębiorcami, których taka relacja nie łączy (tak wyrok KIO 599/23).

Decyzja ta nie odnosi się przy tym właściwie do przesłanki ewentualnego wpływu na konkurencję na rynku właściwym. Nie można zapominać o koniecznej do wykazania przesłance „wpływu na konkurencję” (art. 6 uokik). Przesłanka ta zaś musi być wykładana przez pryzmat treści art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik. W innym przypadku trzeba uznać, iż przepis ten jest niekonstytucyjny. Prezes UOKiK nieudowodnił faktów, które mają potwierdzać istnienie przesłanek uzasadniających wydanie zaskarżonej decyzji. Na Prezesie spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania, że inkryminowane zachowania – wypełniają przesłanki opisane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Przepisy nie przewidują bowiem domniemania prawdziwości decyzji Prezesa urzędu. Co więcej – inne rozumienie obu tych przepisów (art. 6 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik) – zakładałoby swoiste „domniemanie winy” przedsiębiorcy uczestniczącego w przetargu. Jak się bowiem przyjmuje – mimo, że kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców na podstawie przepisów u.o.k.k. uważane są za sankcje administracyjnoprawne, nie zaś sankcje karne, to w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji decyzji organu, powinny odpowiadać wymaganom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. Wymogi składające się na podwyższony standard ochrony przedsiębiorcy, to np. obowiązek spoczywający na Prezesie UOKiK wykazania istnienia przesłanek

nałożenia kary pieniężnej oraz obowiązek Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prowadzenia dogłębnej analizy w odniesieniu do przesłanek wysokości kary pieniężnej (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29 listopada 2017 r., sygn. VII ACa 964/17, LEX nr 2471093).

Decyzja Prezesa UOKiK dotyczyła 4 jedynie przetargów – jednakże zdaniem Odwołującej decyzja ta nie była wynikiem rzetelnie przeprowadzonego postępowania dowodowego i nie jest oparta na logicznej i zgodnej z zasadami prawidłowego rozumowania argumentacji – stanowi zaś dość dowolną (nad)interpretację przebiegu rzeczonych postępowań przetargowych oraz okoliczności takich jak pokrewieństwo przedsiębiorców, czy ich współpraca (co jest jak najbardziej dopuszczalne), która ma na celu takie ich przedstawienie, aby za wszelką cenę pasowało to do z góry założonej tezy o „nielegalnej zmowie przetargowej”.

Dowód: -odwołanie Angeli Kuś z dnia 8.02.2023 r. od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr RKR – 3/2022 z dnia 29 grudnia 2022 r. (RKR.410.1.210.DN)

-akta ww. postępowania UOKiK – aktualnie w SO w Warszawie do sygn. XVII AmA 56/23

W końcu, jak się przyjmuje w orzecznictwie KIO oceniając przesłanki wykluczenia danego wykonawcy z postępowania należy oceniać stan faktyczny istniejący w danym postępowaniu, co nie może obejmować okoliczności, które dotyczyć miały innych postępowań i innych zamawiających i nie zostały one potwierdzone wyrokiem, lub ostateczną i prawomocną decyzją zamawiających o wykluczeniu wykonawcy z postępowania (wyrok KIO 620/23).

Wspomniane w art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. "wykazanie" powinno odbyć się w toku postępowania, w którym wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty choćby z tego względu, że owo wykazanie odbywa się przez złożenie podmiotowych środków dowodowych. Interpretacja art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 p.z.p. w taki sposób, który dopuszczałby podejmowanie decyzji o wykluczeniu wykonawcy na podstawie zdarzeń mających miejsce w innym postępowaniu, byłaby wykładnią contra legem, sprzeczną nie tylko z literą ww. przepisów, ale również z ich celem (wyrok KIO 1457/22).

W końcu – aby by można stwierdzić, że doszło do istnienia zmowy, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia (tego konkretnego, w którym kwestia ta jest przedmiotem oceny). W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmowy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (wyrok KIO 2051/22).

Kwestionowane zatem w niniejszym odwołaniu czynności Zamawiającego – które oparto wyłącznie na treści decyzji Prezesa UOKiK z 29.12.2022 r. – są niewłaściwe. Przyjęcie bowiem, jak to chce Zamawiający, iż wydanie przez Prezesa UOKiK nieprawomocnej decyzji – powoduje wykluczenie Wykonawcy w tym postępowaniu (niejako automatycznie) powodowałoby, iż Prezes UOKiK stawiany byłby ponad innymi organami Państwa – w tym sądami – i mógłby w sposób kategoriyczny wpływać na wykonywanie przez przedsiębiorców swjej swobody działalności gospodarczej – bez żadnej właściwie kontroli – co bardzo często mogłoby prowadzić w istocie do naruszenia konkurencji, na której straży wszak winien stać Prezes UOKiK.

Zamawiający przedstawił stanowisko na rozprawie wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał na zaistnienie przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. O okolicznościach faktycznych powziął wiadomość z treści uzyskanej decyzji Prezesa UOKiK z 29 grudnia 2022 r. wydanej w oparciu o analizę przez Urząd udziału przez odwołującego w czterech postępowaniach przetargowych. Zauważył, że wykonawca nie przeprowadzał także procedury samooczyszczenia tzw. selfcleaning przewidzianej w art. 110 ust. 2 ustawy pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, uwzględniając dokumentację postępowania i stanowiska stron przedstawione w toku postępowania odwoławczego uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp 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.

Zamawiający wykluczył odwołującego i odrzucił złożoną przez niego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z

art. 108 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 111 ust. 5 ustawy pzp. Wskazał w decyzji, że wykluczenie wykonawcy nastąpiło w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 6, 7 i 9 na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Decyzję zamawiający oparł na ustaleniach zawartych w decyzji nr RKR — 3/2022 z 29 grudnia 2022 r. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zgodnie z decyzją uznane zostało 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 I. A.K. prowadzącą działalność gospodarczą w Krakowie pod firmą A.K. FUH „ADAMTOURS”, 2. A.R. prowadzącą działalność gospodarczą w Krakowie pod firmą A.R. ROAL, porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnych rynkach usług: (1) dowozu uczniów do szkół, (2) dowozu dzieci niepełnosprawnych do placówek opiekuńczych i oświatowych, (3) zastępczej komunikacji autobusowej, świadczonych na terenie województw małopolskiego i podkarpackiego, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi drogowego transportu osób oraz podejmowaniu działań i zaniechań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.”

W uzasadnieniu zostało wskazane: "Niedozwolone porozumienie stwierdzone w niniejszej decyzji miało charakter ciągły i trwało od lipca 2020 r. do czerwca 2021 r., tj. od pierwszego do ostatniego z analizowanych przetargów, w których ujawniony został schemat działania przedsiębiorców.”

„Otwarcie ofert w ostatnim wskazanym w decyzji postępowaniu przetargowym miało miejsce 16 czerwca 2021 r. Zgodnie z ustawą PZP wykluczenie liczy się od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, za takowe Zamawiający przyjmuje datę złożenia oferty w ostatnim z przedmiotowych postępowań i od tego zdarzenia liczy okres wykluczenia Wykonawcy ADAM TOURS A.K.” Dwa zdania poprzedzające stanowią cytata z decyzji zamawiającego.

Skład orzekający podziela stanowisko, iż wiarygodnymi przesłankami w rozumieniu powołanego wyżej przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 są ustalenia urzędu antymonopolowego stanowiące wynik prowadzonego postępowania dotyczącego czterech postępowań przetargowych, w których udział wzięli odwołujący w warunkach porozumienia zmierzającego do zakłócenia konkurencji.

Powyższego nie zmienia fakt, iż odwołujący korzystając z przysługujących mu środków prawnych wniósł odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Ustalenia faktyczne Prezesa UOKiK nie zostały dotąd skutecznie podważone.

Wszczęcie sądowej procedury odwoławczej od decyzji Prezesa UOKiK samo w sobie nie eliminuje decyzji z obrotu i nie powoduje automatycznego obalenia ustaleń tego organu, co najmniej w zakresie wskazującym na zaistnienie wiarygodnych przesłanek, o których mowa w przepisie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Należy przy tym zauważyć, że odwołujący biorąc udział w postępowaniu, nie przedstawił zamawiającemu informacji o uznaniu go przez organ antymonopolowy za uczestnika zмовы przetargowej w kilku postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jakkolwiek sam oceny takiej nie podziela. Profesjonalny wykonawca winien był rozważyć tę okoliczność jako znaczącą przy jego ubieganiu się o udzielenie zamówienia, w tym np. co do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia przewidzianej w art. 110 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp.

Jak wyżej wskazano, zamawiający w swoim rozstrzygnięciu wskazał na datę otwarcia ofert w postępowaniu uprzednim uznając, że stanowi ona początek biegu terminu, o którym stosownie do art. 111 ust. 4 ustawy Pzp 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. Zarówno w ustawie Pzp, jak również w dyrektywie unijnej, brak jest jednoznacznych wytycznych, od którego momentu należy liczyć okres 3 lat, na jaki wykonawca zostaje wykluczony z uwagi na stwierdzone porozumienie pomiędzy wykonawcami. Interpretacji pojęcia „odnośnego zdarzenia” dokonał Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen GmbH, gdzie wskazał w pkt 34 orzeczenia, że:

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. Zatem, przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału była właśnie przesłanka wykluczenia z postępowania dotycząca zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (przesłanka wykluczenia z postępowania uregulowana w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy) i ocena, od jakiego momentu należy liczyć okres wykluczenia. Trybunał rozstrzygał, czy okres wykluczenia należy liczyć od dnia wydania decyzji przez federalny urząd antykaratelowy, czy od dnia zakończenia uczestnictwa w kartelu. Rozstrzygając powyższą kwestię Trybunał wskazał w pkt 37 orzeczenia, że:

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. Trybunał uznał zatem, że w świetle art. 57 ust. 7 dyrektywy zasadą jest, że okres wykluczenia liczy się nie od dnia popełnienia czynu wypełniającego znamiona naruszenia (np. zawarcia umowy przetargowej), ale od daty skazania, która przypada niekiedy sporo po popełnieniu czynu. W dalszej części orzeczenia Trybunał podnosił:

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 /.../ 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.

Trybunał stwierdził zatem jednoznacznie, że liczenie okresu wykluczenia musi następować od dnia wydania decyzji właściwego organu z uwagi na troskę o przewidywalność i pewność prawa. Także Urząd Zamówień Publicznych w Komentarzu do PZP wydanym w 2023 r., red. H. Nowaka, M. Winiarza (str. 431) podkreśla że w zakresie przesłanki art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - okres wykluczenia wykonawcy, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, wynosi 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Jak już wcześniej wspomniano, w przypadku uczestnictwa w kartelu takim zdarzeniem jest co do zasady decyzja właściwego organu do spraw ochrony konkurencji.

Skład orzekający podziela w całości przedstawiony pogląd jak i argumentację na tę okoliczność przedstawioną w wyroku KIO 3849/23 z dnia 15 stycznia 2024 r.: „Inna kwalifikacja okresu wykluczenia prowadziłaby do sytuacji, iż do momentu wydania decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wykonawca twierdziłby, że w znowie nie był, czyli tym samym wobec niego nie ziszcilyby się przesłanki wykluczenia, bowiem nie wykazywałby w swych oświadczeniach faktu zawarcia niedozwolonego porozumienia, skoro twierdził, iż w znowie nie uczestniczył. Natomiast już po wydaniu decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wykonawca twierdziłby, iż wobec niego nie ziszcilyby się przesłanki wykluczenia, bowiem upłynął trzyletni okres, od dnia w którym w tej znowie uczestniczył. W konsekwencji nigdy nie doszłoby do wykluczenia wykonawcy, który zawarł niedozwolone porozumienie. Skład orzekający stwierdził, że wyrokiem TSUE, że dla pewności i przewidywalności prawa, przyjąć należy w niniejszym stanie faktycznym, że wykonawca, który zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji podlega wykluczeniu na okres 3 lat od daty wydania decyzji właściwego organu do spraw ochrony konkurencji.”.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający orzekł, jak w sentencji uznając, że zamawiający rozstrzygając wykluczeniu odwołującego z postępowania odwoławczego oraz odrzuceniu złożonej przez niego oferty, nie naruszył przepisów ustawy powołanych w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:

.....

.....

