

WYROK

Warszawa, dnia 29 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez wykonawcę D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A.D. z siedzibą w Starym Mystkówcu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy RAFDAR Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A.D. z siedzibą w Starym Mystkówcu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A.D. z siedzibą w Starym Mystkówcu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1607/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *oczyszczanie utwardzonych nawierzchni torowisk tramwajowych w m. st. Warszawie* (znak postępowania: ZOM/KP/2/24).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2024 r. pod numerem 61630-2024.

W dniu 6 maja 2024 r. wykonawca D.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A.D. z siedzibą w Starym Mystkówcu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części nr 1 i 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 110 ust. 2 poprzez jego nie zastosowanie pomimo, iż nie zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy, w szczególności wykonawca podjął wystarczające czynności do wykazania jego rzetelności w związku z uprzednim wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

2. art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia informacji dotyczących podstaw wykluczenia w uprzednio prowadzonym postępowaniu, a tym samym nie wyczerpanie procedury samooczyszczenia przewidzianej w ustawie Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy, pomimo że ofertą taką jest oferta Odwołującego.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym uwzględnienie oferty Odwołującego i przeprowadzenie procedury samooczyszczenia na podstawie art. 128 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że rozstrzygnięcie postępowania jest nieprawidłowe, gdyż Zamawiający nie przeprowadził de facto procedury self cleaning, a dokonał jedynie własnych ustaleń i zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień i uzupełnień informacji stanowiących o zaistnieniu samooczyszczenia.

Wskazał, iż Wykonawca w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu JEDZ oświadczył, że złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Dzielnicę Rembertów, w którym występował również inny wykonawca powiązany z nim więzami pokrewieństwa, co Krajowa Izba Odwoławcza oceniła jako istnienie porozumienia w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący potwierdził, że doszło do wykluczenia go z postępowania na tej podstawie. Odwołujący wyraźnie zakreślił rubrykę TAK w tym miejscu formularza JEDZ, jak również zakreślił TAK w rubryce czy wykonawca przedsięwziął środki celem samooczyszczenia i zamieścił tam stosowne wyjaśnienie. Jednocześnie wykonawca załączył do oferty szczegółowe wyjaśnienia – pismo z dnia 18.09.2023 r. wraz z dowodami, potwierdzające, iż pomimo uprzedniego wykluczenia obecnie, zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Zamawiający w piśmie z dnia 26.04.2024 r. wskazał, że punktem wyjścia do przeprowadzenia wiarygodnej procedury tzw. samooczyszczenia jest brak kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia. Zamawiający nieprawidłowo ocenił oświadczenia Odwołującego złożone wraz z ofertą i nie ustalił, że wykonawca deklarując w JEDZ, iż owe przesłanki zachodzą (sformułowanie TAK w odpowiedniej rubryce) kontestuje zaistniałą podstawę wykluczenia. Jak wynika z JEDZ Odwołujący jednoznacznie, samodzielnie, bez wezwania, nie zatajając informacji oświadczył, że sytuacja wykluczenia zaistniała

w przeszłości w ramach zamówienia dla Dzielnicy Rembertów, jak również wskazał jakie podjął środki naprawcze. Nie sposób więc zgodzić się z Zamawiającym, iż w żadnym

z załączonych do oferty dokumentów nie ma stwierdzenia, w którym wykonawca potwierdza zaistnienie ww. sytuacji. Wykonawca jasno określił, iż został wykluczony, podał informację zarówno, co do tego w jakim postępowaniu to nastąpiło, jak również podał szczegółowe dane dotyczące postępowania odwoławczego toczącego się w sprawie. Podjęte działania naprawcze i złożone w JEDZ oświadczenia nie zostały wbrew temu, co twierdzi Zamawiający złożone z ostrożności. Wykonawca powołał się jedynie na wyrok Izby wydany w sprawie KIO 2128/23 i KIO 2134/23, w którym to Izba wskazała, iż doszło do uprawdopodobnienia istnienia porozumienia z uwagi na powiązania rodzinne. Wykonawca w JEDZ oświadczył jednoznacznie, że w przeszłości zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co zostało potwierdzone ww. wyrokiem Izby. Takie oświadczenie wykonawcy powinno dać Zamawiającemu asumpt do przeprowadzenia rzetelnej oceny na gruncie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, której to Zamawiający zaniechał.

Zamawiający bowiem uznał automatycznie, iż wykonawca nie mógł skorzystać

z procedury samooczyszczenia z uwagi na nie uznanie istnienia podstawy wykluczenia, co błędnie wywiódł z oświadczenia JEDZ. W orzecnictwie jasno wskazuje się, że impuls do weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawcy powinien wyjść od tego wykonawcy, jednak pogłębiona weryfikacja jest zadaniem Zamawiającego. W wyroku z 3.10.2019 r., C-267/18, Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93 SA v. Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, LEX nr 2723795, Trybunał wyraził pogląd, że wykonawca powinien, kierując się wymogami przejrzystości i lojalności, poinformować zamawiającego o swojej sytuacji (sporu co do rozwiązania umowy w związku z nienależytym wykonaniem poprzednio zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego), m.in. wykorzystać w tym celu formularz JEDZ. Podobne stanowisko zajął SO w Warszawie w wyroku z 23.08.2019 r., XXIII Ga 469/19 (LEX nr 2736664), powołując się na konstrukcję i brzmienie formularza JEDZ. Zgodnie z orzeczeniem wykonawca powinien z własnej inicjatywy wskazać na uchybienie oraz przedstawić wyjaśnienie, dlaczego nie powinno ono skutkować wykluczeniem z postępowania. W wyroku z 18.01.2019 r., XXIII Ga 1811/18, LEX nr 2669138, SO

w Warszawie uznał, że możliwe jest podjęcie procedury samooczyszczenia przez wykonawcę również po złożeniu JEDZ, w drodze wyjaśnień złożonych dokumentów. Sąd wskazał, że nie istnieje cezura czasowa do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, powinna ona jednak nastąpić przed wykluczeniem wykonawcy. O ile więc w niniejszej sytuacji wykonawca – Odwołujący wypełnił powyższe obowiązki informacyjne, o tyle Zamawiający nie dokonał należytej weryfikacji, lecz automatycznie wykluczył wykonawcę.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 20.12.2016 r., KIO 2335/16 wskazał, że wyrok powyższy został wydany na gruncie ustawy Pzp z 2004 roku, jednak z uwagi na analogiczne brzmienie obecnie obowiązujących przepisów ma on zastosowanie również do ustawy Pzp z 2019 r. Co więcej, gdy Zamawiający zidentyfikuje w złożonych wyjaśnieniach self cleaning braki czy niedoprecyzowania ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień w trybie art. 128 ustawy Pzp. Jak wynika z wyroku KIO 620/23 procedura samooczyszczenia stanowi element weryfikacji podmiotowej wykonawcy i podlega regułom dotyczącym składania i uzupełniania dokumentów i oświadczeń. Zamawiający jednak nie wypełnił powyższego obowiązku i nie wyraził swoich wątpliwości w formie wezwania a odrzucił ofertę wykonawcy, nie pozostawiając mu szansy na dokończenie procedury samooczyszczenia.

Odwołujący ponadto, nie zgadzał się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby nie została spełniona przesłanka dotycząca zerwania powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowości (art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. 2 ustawy Pzp). Zamawiający

w uzasadnieniu odrzucenia dostrzegł wprawdzie, że Odwołujący zawarł porozumienie

z osobą spokrewnioną o zaniechaniu współpracy, jednak nie uwzględnił faktu istnienia owego porozumienia na tej podstawie, iż w jego ocenie kooperacja miała w dalszym ciągu miejsce. Zamawiający powołał się przy tym na rzekome posługiwanie się tą samą zamiatką przez oba podmioty w postępowaniach dla Dzielnicy Wilanów i Wesola i Zarząd Zieleni M.St. Warszawy. Znamienne jest, że Zamawiający jedynie lakonicznie odwołał się do postępowań dla ww. podmiotów, nie podając szczegółowych informacji dotyczących korzystania z tych zasobów, a tym samym uniemożliwiając Odwołującemu skuteczną obronę czy choćby wyjaśnienie. Fakt, że D.M. powołał się na dysponowanie zasobami technicznymi tj. zamiatką o nr. rej. WGM 6309H na podstawie umowy najmu z Odwołującym nie pozwala automatycznie wywieść, że Odwołujący oraz wykonawca D.M. mieli nadal współpracować po zawarciu porozumienia z dnia 5 sierpnia 2023 r. o zakończeniu współpracy. Odwołujący zawarł bowiem z wykonawcą D.M. umowę najmu zamiatarki w dniu 30 czerwca 2023 r. a więc jeszcze przed zawarciem ww. porozumienia. Umowa najmu została zawarta

na potrzeby spełnienia przez wykonawcę D.M. warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Letnie i Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie dzielnicy Wesola m.st. Warszawy” (nr sprawy 16/2023). Na potwierdzenie, że Odwołujący zawarł umowę najmu przed zawarciem porozumienia o zakończeniu współpracy Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z Umowy najmu zamiatarki z dnia 30.06.2023 r. Zarówno termin składania ofert dla Dzielnicy Wesola jak i Dzielnicy Wilanów (odpowiednio 7.07.2023 r. i 7.08.2023 r.) jak również zawarcie umowy najmu zamiatarki nastąpiły zanim Odwołujący zawarł porozumienie z D.M. o zaniechaniu współpracy. Z tego powodu wnioski Zamawiającego są oczywiście niezasadne z uwagi na to, iż zarzuca pozorność zawartego porozumienia powołując się na działania podjęte we wcześniejszym okresie. Wyjaśnienie w powyższym zakresie zostałyby przedstawione Zamawiającemu o ile zdecydowałby się na zastosowanie art. 128 ustawy Pzp, czego niezasadnie zaniechał.

Na marginesie dodał, że zawarcie umowy najmu nie świadczy o współpracy obu wykonawców, gdyż stanowi jednostkowy przypadek wykorzystania jednego pojazdu. Zamawiający skupiając się więc na kwestii rzeczowej zamiatarki pominął natomiast, że

w okresie po zawarciu porozumienia Odwołujący i wykonawca Danieł Mróz nie ubiegali się wspólnie o udzielenie jakiegokolwiek zamówienia, w tym w szczególności dla Dzielnicy Wilanów i Wesola, jak również jeden wykonawca nie użyczał drugiemu jakichkolwiek zasobów, czy też nie świadczył usług podwykonawstwa. Fakty te wskazują, iż wykonawcy przestrzegali zawartego porozumienia i nie podejmowali współpracy.

Zamawiający wreszcie wskazał, iż z uwagi na datę wyjaśnień złożonych wraz z ofertą (sierpień i wrzesień 2023 r) złożone wyjaśnienia są pozorne, gdyż nie zostały sporządzone na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazuje, że oczywistym jest, iż wykonawca chcąc ubiegać się o udzielenie zamówień publicznych, które stanowią jego zasadniczy obszar działalności podejmuje działania naprawcze wcześniej a nie wyłącznie na potrzeby konkretnego zamówienia. Działania podjęte w sierpniu 2023 r. były oczywiście powodowane wydanym w sprawie wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej jednak nie zmienia to faktu, iż są one wystarczające dla każdego z kolejno następujących postępowań. Raz podjęte działania reorganizacyjne stanowią bowiem podstawę dalszego funkcjonowania wykonawcy. Wykazanie przesłanek,

o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp nie oznacza, iż wykonawca za każdym razem,

w każdym nowym postępowaniu ma podejmować nowe działania naprawcze. Oczwistym jest, że podjęcie owych czynności i zmiana organizacji następuje w jakimś okresie czasu

a wykonawca stosując się do podjętych środków zaradczych może powoływać się na nie

w każdej kolejnej procedurze self cleaning w okresie następujących 3 lat.

Zamawiający de facto nie wykazał w piśmie z dnia 26.04.2024 r., że dokonał analizy złożonych wraz z ofertą wyjaśnień self cleaning. Zamawiający praktycznie nie odnosi się do treści tych wyjaśnień jak i nie wskazuje które konkretnie przesłanki z art. 110 ust. 2 nie zostały spełnione (poza jedną, dotyczącą zerwania współpracy, która to argumentacja, jak wykazano wyżej była chybiona). W związku z tym, że to na Zamawiającym ciąży ciężar wykazania podstaw odrzucenia, zaś Zamawiający nawet nie wypowiedział się co do ww. okoliczności należy uznać, iż podjęte rozstrzygnięcie było nieprawidłowe i powinno zostać zrewidowane. Dodatkowo, należy wskazać, że podstawa odrzucenia oferty Odwołującego powinna referować do art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp skoro Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym powołuje się na uprzednie wykluczenie dokonane na tej podstawie. Jak wskazuje się w doktrynie samooczyszczenie jest specjalną procedurą, w której przyznano wykonawcy możliwość wykazania, że jest on zdolny do wykonania zamówienia, pomimo że zachodzą

w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania. Wykonawca udowadnia, że daje rękojmię rzetelnego wykonywania udzielanego zamówienia, gdyż zauważył istnienie problemu oraz podjął odpowiednie środki, które zapewniają zapobieżenie nieprawidłowym zachowaniom w przyszłości. Zamawiający natomiast dokonał wykluczenia wykonawcy niejako automatycznie, pomijając treść art. 110 ust. 2 ustawy Pzp i nie dając szansy wykonawcy wykazania, iż pomimo że nastąpiło wobec niego wykluczenie w przeszłości to obecnie nie ma podstaw, aby uznać, że jest on niezdolny do realizacji zamówienia

Zamawiający w dniu 24 maja 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,

o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę RAFDAR

Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, oferty Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr 1 i 2 zamówienia oraz odrzuceniu ofert Odwołującego z dnia 26 kwietnia 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożoną przez Odwołującego umowę najmu z dnia 30 czerwca 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający w części 1 i 2 zamówienia za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy RAFDAR Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu w części 1 i 2 oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający podał, że „Wykonawca A.D., Stary Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka, w cz. III lit. C formularza JEDZ oraz dokumencie p.n. „SELF – CLEANING – INFORMACJA O DZIAŁANIACH NAPRAWCZYCH PODJĘTYCH PRZEZ WYKONAWCĘ” (sporządzone na podstawie art. 110 ust 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych) z dnia 18 września 2023 r. poinformował Zamawiającego o przeprowadzonej procedurze tzw. samooczyszczenia. Z ww. dokumentów wynika, że powodem podjęcia przez wykonawcę czynności o których mowa w art.110 ust. 2 ustawy Pzp były orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4.08.2023 r. (sygn. akt KIO 2128/23 i KIO 2134/23), które oddalały odwołania wniesione przez wykonawców: A.D., Stary Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka oraz D.M. Stary Mystkówiec 55, 07 -206 Somianka, wobec odrzucenia ich ofert w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Rembertów na „Usługi zimowego oczyszczania ulic, placów Dzielnicy Rembertów m. st. Warszawy w latach 2023 – 2025”. W ww. postępowaniu oferty zostały odrzucone na podst. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 108 ust. 5 ustawy Pzp., tj. z powodu zawarcia przez wykonawców porozumienia, którego celem było zakłócenie konkurencji. Zasadność takiej decyzji zamawiającego (m.st. Warszawa- Dzielnica Rembertów) potwierdziły przywołane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Zarządu Oczyszczania Miasta punktem wyjścia do przeprowadzenia wiarygodnej procedury tzw. „samooczyszczenia” jest brak kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, jednoznaczne podjęcie decyzji czy zgadza się z tym, że zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia i przyznanie się do nienależytego działania. Nie powinno to być działanie podejmowane jedynie z tak zwanej ostrożności. Kolejnym krokiem jest łączne spełnienie ustawowych przesłanek zawartych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Numer oferty Wykonawca Liczba punktów w kryterium CENA = łączna liczba pkt 6 RAFDAR sp. z o.o. Ul. Głogowska 31/33, 60-702 Poznań 100,00 1 AG COMPLEX sp. z o.o. ul. Płytoła 14, 03-046 Warszawa 89,87 3 POLSUPER sp. z o.o. ul. Krakowskie Przedmieście 4, 00-333 Warszawa 75,24 7 ZIELONY ŚWIAT Józef Jankowski Budykierz 6A, 07-308 Poręba 75,24 4 FAGUS sp. z o.o. Al. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa 39,50 8 A.D. Stary Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka oferta odrzucona 3 Analiza wyjaśnień z formularza JEDZ oraz dokumentu p.n. „SELF – CLEANING – INFORMACJA O DZIAŁANIACH NAPRAWCZYCH PODJĘTYCH PRZEZ WYKONAWCĘ” z dnia 18 września 2023 r. wraz z dowodami wskazują, że żadna z tych przesłanek nie została spełniona. Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 wykonawca powinien wyczerpująco wyjaśnić fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem, które (zgodnie z orzeczeniami KIO 2128/23 i KIO 2134/23 str.30 i 31) polegało na tym, że wykonawcy (A.D. i D.M.) zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której jeden z wykonawców nie składa wyjaśnień ani nie uzupełnia dokumentów co prowadzi do jego wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty, skutkującego umożliwieniem wyboru oferty drugiego z nich, oferującego wyższą cenę. W żadnym z załączonych do oferty dokumentów nie ma stwierdzenia w którym Wykonawca potwierdza zaistnienie ww. sytuacji. Wręcz przeciwnie, Wykonawca zarówno w formularzu JEDZ jak i cz. II dokumentu „SELF – CLEANING – INFORMACJA O DZIAŁANIACH NAPRAWCZYCH PODJĘTYCH PRZEZ WYKONAWCĘ” twierdzi, że: „Nieprawidłowe zachowanie Wykonawcy polegało na tym, że w ramach ubiegania się o zamówienie publiczne złożył ofertę w postępowaniu, w którym ofertę złożył również inny wykonawca, powiązany więzami pokrewieństwa. W wyniku powyższej sytuacji powstało domniemanie, iż wykonawcy zawarli porozumienie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”. Takie stanowisko

woczywisty sposób klóci się z sentencją orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto

w ocenie Zamawiającego nie została również spełniona przesłanka z art. 110 ust. 2 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. tj. zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. W tym celu, jednym z podjętych działań naprawczych było zawarcie porozumienia z dnia 5 sierpnia 2023 r. w sprawie zerwania współpracy z f-mą D.M., Stary Mystkówiec 55, 07- 206 Somianka - „w pierwszej kolejności porozumienie dotyczy zaniechania udzielania sobie wzajemnie zasobów na potrzeby ubiegania się o zamówienia publiczne.” Jednak dokumenty pozyskane z Urzędów Dzielnic Wesoła i Wilanów oraz z Zarządu Zieleni m. st. Warszawy wskazują, że współpraca obu

podmiotów miała w dalszym ciągu miejsce. Dowodzi tego fakt, że już po orzeczeniach KIO z 4.08. 2023 r i zawartym w dniu 5.08. 2023 r. porozumieniu, A.D. i f-ma D.M. wykazywali w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dysponowanie tym samym sprzętem tj. zmiatarką o nr. rej. WGM 6309H. W postępowaniu na „Utrzymanie czystości i porządku terenów będących we władaniu m. st. Warszawy znajdujących się na terenie Dzielnicy Wilanów m. st. Warszawy: Część II- zimowe utrzymanie ulic, chodników, ścieżek rowerowych i parkingów w latach 2023-2025” firma A.D. w dniu 7.08.2023 r. wykazała w formularzu ofert w/w pojazd, natomiast 28.08.2023 r. f-ma D.M. wykazała ten sam pojazd w zał. nr 11 na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych w postępowaniu na „Letnie i Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m. st. Warszawy.” Fakt trwania takiej współpracy, pomimo orzeczeń KIO oraz deklarowania podjęcia działań z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp tj. procedury „samooczyszczenia” potwierdzają również wyjaśnienia złożone przez Daniela Mroza Stary Mystkówek 55, 07-206 Somianka w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Zieleni m. st. Warszawy pn: „Prace ogrodniczo – porządkowe na terenie międzywala Wisły /554,47 ha/ w granicach m. st. Warszawy w ramach tzw. Służby brzegowej”.

W wyjaśnieniach tych, z dnia 22.11.2023 r. dot. własności pojazdu typu zmiatarka jezdniowa o numerze WGM 6309H, D.M. stwierdza, że zmiatarka stanowi własność Pana D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AREA, ale w razie potrzeby może być ona przedmiotem najmu na jego rzecz. Zgodnie z art. 110 ust. 3 Zamawiający ocenia czy podjęte przez wykonawcę czynności podjęte w ramach procedury „samooczyszczenia” są wystarczające dla wykazania jego rzetelności. W ocenie Zarządu Oczyszczania Miasta wspomniane wyżej okoliczności oraz równie istotny w tych okolicznościach fakt, że dokumenty dot. procedury samooczyszczenia datowane są na sierpień i wrzesień 2023 r. a więc na wiele miesięcy przed terminem składania ofert

w niniejszym postępowaniu (29.02.2024 r.) i nie zostały sporządzone na potrzeby postępowania prowadzonego przez Zarząd Oczyszczania Miasta, choć w tym czasie miały miejsce zdarzenia podważające wiarygodność podjętych wcześniej środków zaradczych, nakazują stwierdzenie, że procedura samooczyszczenia dokonana przez A.D. nie jest rzetelna i ma charakter pozorny – tym samym Wykonawca powinien zostać wykluczony z niniejszego postępowania. W związku z tym – oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia informacji dotyczących podstaw wykluczenia w uprzednio prowadzonym postępowaniu, a w konsekwencji naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy, pomimo że ofertą taką jest oferta Odwołującego.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Stosownie do 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.

Jednocześnie zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, 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.

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. 110 ust. 3 ustawy Pzp).

Nadto wskazać należy, iż zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Jednocześnie, z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba wskazuje, że okolicznością niesporną w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia było, że wykonawca D.M. zawarł ze swoim ojcem D.M. prowadzącym działalność gospodarczą w Somiance porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu prowadzonym w 2023 r. przez Miasto Stołeczne Warszawę - Dzielnicę Rembertów. Porozumienie zostało potwierdzone prawomocnym wyrokiem Izby z dnia 4 sierpnia 2023 r. w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO 2128/23

i KIO 2134/23.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego było rozstrzygnięcie, czy wyjaśnienia i dowody złożone w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia przez wykonawcę D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A.D. w ramach samooczyszczenia są wystarczające do tego, by uznać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp,

a w konsekwencji że brak było podstaw do odrzucenia ofert złożonych w częściach 1 i 2. Nadto rozważenia wymagało, czy w przedmiotowej sprawie Zamawiający naruszył

art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia

i wyjaśnienia informacji dotyczących podstaw wykluczenia Wykonawcy w uprzednio prowadzonym postępowaniu.

Analiza dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowisk pisemnych oraz ustnych zaprezentowanych przez Strony i Uczestnika postępowania, doprowadziła Izbę do przekonania, że stanowisko Odwołującego nie znalazło potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Tym samym Izba uznała, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego w części 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp była prawidłowa.

Na wstępie Izba wskazuje, iż niewątpliwie w formularzu JEDZ Odwołujący

w odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?” odpowiedział „Tak”, co w ocenie Izby jest wystarczające do uznania, że Wykonawca poinformował Zamawiającego o zaistnieniu podstawy wykluczenia określonej art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie Wykonawca oświadczył, że przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia oraz je opisał. Kluczowym elementem procedury *self – cleaning* wdrożonej przez Odwołującego było zawarte w dniu 5 sierpnia 2023 r. porozumienie o zerwaniu współpracy w zakresie prowadzonych działalności gospodarczych między wykonawcą D.M. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą A.D. a wykonawcą D.M.. W rzeczonym porozumieniu postanowiono o zerwaniu współpracy w zakresie prowadzonych działalności gospodarczych, zaniechaniu jakiegokolwiek współpracy na przyszłość celem wyeliminowania podobnych sytuacji oraz nie użyczaniu wzajemnie zasobów na potrzeby ubiegania się o zamówienia publiczne, jak również nie świadczeniu sobie wzajemnie usług na zasadzie podwykonawstwa. Zdaniem Zamawiającego współpraca ww. Wykonawców, wbrew postanowieniom ww. porozumienia, nie została zerwana

i polegała na wynajęciu przez A.D. firmie Daniela Mroza zamiatarki o nr rej. WGM 6309H_{ergo} zawarte porozumienie miało charakter pozorny, co potwierdzają dokumenty pozyskane od innych zamawiających, omówione w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert Odwołującego.

Zdaniem Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy był wystarczający do uznania, że oferty Odwołującego podlegały odrzuceniu w części 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż Odwołujący nie podważał okoliczności faktycznych przywołanych przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu z dnia 26 kwietnia 2024 r., tj.: że 1. W postępowaniu na „*Utrzymanie czystości i porządku terenów będących we władaniu m. st. Warszawy znajdujących się na terenie Dzielnic Wilanów m. st. Warszawy: Część II- zimowe utrzymanie ulic, chodników, ścieżek rowerowych i parkingów w latach 2023-2025*” firma A.D. w dniu 7 sierpnia 2023 r. wykazała w formularzu ofertowym pojazd (zamiatarkę o nr rej. WGM 6309H), 2. W dniu 28 sierpnia 2023 r. firma Daniela Mroza wykazała ten sam pojazd w zał. nr 11 na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych w postępowaniu na „*Letnie i Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Dzielnic Wesoła m. st. Warszawy.*” oraz 3. W postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Zieleni m. st. Warszawy pn.: „*Prace ogrodniczo – porządkowe na terenie międzywala Wisły /554,47 ha/*

w granicach m. st. Warszawy w ramach tzw. Służby brzegowej” w dniu 22 listopada 2023 r. wykonawca D.M. złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, że „*zamiatarka stanowi własność Pana D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod*

firmą A.D.". Z kolei akcentowana przez Odwołującego okoliczność, iż umowa najmu zamiatarki została zawarta w dniu 30 czerwca 2023 r. na potrzeby spełnienia przez wykonawcę Daniela Mroza warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „*Letnie i Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m. st. Warszawy*”, w którym termin składania ofert upłynął w dniu 7 lipca 2023 r., a więcej jeszcze przed zawarciem ww. porozumienia, nie ma żadnego znaczenia. Skoro w dniu 5 sierpnia 2023 r. wykonawcy zawarli porozumienie o zerwaniu współpracy, to konsekwentnie wykonawca D.M. powinien podjąć działania w celu rozwiązania umowy najmu z dnia 30 czerwca 2023 r., tak by wypełnić postanowienia ww. porozumienia. Natomiast przedłożenie w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę Daniela Mroza wykazu sprzętu obejmującego pojazd wynajmowany od Odwołującego potwierdza, że do zerwania współpracy w istocie nie doszło, a zatem ww. porozumienie nie zostało zrealizowane. Co więcej, tą samą zamiatarką wykazał się wykonawca D.M. w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Zieleni m.st. Warszawy, do czego w ogóle nie odniósł się Odwołujący.

Za Zamawiającym warto również zauważyć, iż we wniesionym odwołaniu Odwołujący stwierdził, że „*zawarcie umowy najmu nie świadczy o współpracy obu wykonawcy, gdyż stanowi jednostkowy przypadek wykorzystania pojazdu*”. Tym samym sam Wykonawca przyznał, że współpraca między ww. podmiotami miała miejsce, przy czym wtórne znaczenie ma skala natężenia tej współpracy. Nie można nadto zgodzić się, z Odwołującym, iż jej charakter miał jednostkowy, skoro na sporną zamiatarkę powołał się wykonawca D.M. w postępowaniu prowadzonym przez Dzielnicę Wesoła m. st. Warszawy (28 sierpnia 2023 r.) oraz postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Zieleni m. st. Warszawy (wyjaśnienia z dnia 22 listopada 2023 r.). Co więcej, analiza wyjaśnień wykonawcy Daniela Mroza z dnia 22 listopada 2023 r. wprost wskazuje, że współpraca między wykonawcami nie została zerwana. W wyjaśnieniach czytamy, że: „*W przypadku zawarcia umowy (uzyskania zamówienia) na realizację zamówienia publicznego, objętego przedmiotem postępowania pn.: „Letnie i Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy” (nr sprawy 16/2023), do czego jednak nie doszło, zamierzałem (jako najemca) wynająć Zamiatarkę od Pana D.M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Area D.M. (jako wynajmującego), na podstawie umowy najmu, na warunkach ustalonych w postanowieniach tejże umowy najmu, a stanowiących odpowiednie odzwierciedlenie wymagań zamawiającego, sformułowanych w specyfikacji warunków zamówienia, w tymże postępowaniu.*”

Reasumując Izba stwierdziła, że kontynuowanie współpracy pomiędzy ww. wykonawcami wykluczonymi w przeszłości za zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję (art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), mimo zawartego następnie porozumienia

o zerwaniu współpracy dowodzi, że czynności podejmowane przez wykonawcę D.M. w ramach samoocyszczczenia nie miały charakteru realnego i że nie doszło do zerwania wszelkich powiązań między nim a wykonawcą D.M., a zatem nie ziszczyły się przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp. Zdaniem składu orzekającego dokonana przez Zamawiającego analiza wyjaśnień i dokumentów Odwołującego złożonych w ramach samoocyszczczenia, poparta dokumentacją uzyskaną od innych zamawiających

w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, została przeprowadzona należycie, a zgromadzony

w sprawie materiał był wystarczający do oceny rzetelności Odwołującego i realności wdrożonych środków naprawczych. Wobec braku po stronie Zamawiającego wątpliwości co do wyżej przywołanych okoliczności faktycznych potwierdzających dalszą współpracę obu podmiotów po 5 sierpnia 2023 r. żądanie od Odwołującego wyjaśnień czy też dokumentów

dotyczących podstaw wykluczenia w uprzednio prowadzonym postępowaniu było bezcelowe. Odwołujący zresztą poza tym, iż zarzucał zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia informacji dotyczących podstaw wykluczenia, nie wskazał obiektywnych okoliczności, które po stronie Zamawiającego winny wzbudzić wątpliwości. Wręcz przeciwnie, okoliczności mające miejsce w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wskazane w punktach 1 – 3 powyżej i zawarte w decyzji

o odrzuceniu z dnia 26 kwietnia 2024 r., nie były przez Wykonawcę kwestionowane. Tym samym zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp,

art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp nie mogły zostać uwzględnione.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: