Sygn. akt:KIO 505/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski
Andrzej Niwicki
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Usługi Leśne HUBERTUS Piotr Czekieryło w spadku, F.H.U.P. MICHLAS D.G., LEŚNIK-T Mariusz Czekieryło** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Miastko**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Zakład Usług Leśnych J., Stańczyk S.C.,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Konsorcjum: Usługi Leśne HUBERTUS Piotr Czekieryło w spadku F.H.U.P. MICHLAS D.G., LEŚNIK-T Mariusz Czekieryło i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konsorcjum: Usługi Leśne HUBERTUS Piotr Czekieryło w spadku F.H.U.P. MICHLAS D.G., LEŚNIK-T Mariusz Czekieryło tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Konsorcjum: Usługi Leśne HUBERTUS Piotr Czekieryło w spadku, F.H.U.P. MICHLAS D.G., LEŚNIK-T Mariusz Czekieryło na rzecz zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Miastko kwotę 5181 zł 40 gr (słownie: pięć tysięcy sto osiemdziesiąt jeden złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę oraz kosztów noclegu 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 505/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Miastko(dalej: „Zamawiający"), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Miastko w roku 2024" (znak postępowania: ZG.270.31.2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2023 r. pod nr 2023/S 209-660733.

W dniu 15 lutego 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu VI Leśnictwa Kawcze, Świerzno złożył Wykonawca Konsorcjum: Usługi Leśne HUBERTUS Piotr Czekieryło w spadku, F.H.U.P. MICHLAS D.G., LEŚNIK-T Mariusz Czekieryło (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechanie odpowiedniego ich opisania, poprzez niezgodne z prawem ograniczenie się wyłącznie do lakonicznego wskazania podstawy prawnej leżącej u podstaw decyzji Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym i prawnym odrzucenia oferty powinien w sposób jednoznaczny i zrozumiały (niebudzący żadnych wątpliwości) dla wykonawców wskazać powody odrzucenia,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie w stanie faktycznym prowadzonego postępowania i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, podczas gdy analiza

dokumentacji przetargowej, w tym wyjaśnienia Odwołującego przeczą temu, aby 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, a tym samym nie zostały spełnione przesłanki do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp,

3. art. 111 pkt. 4) ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie i bezpodstawne przyjęcie, że nie upłynął 3-letni okres od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, tj. wydania decyzji przez odpowiedni organ w toku postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy rozstrzygnięcie postępowania przetargowego, w którym uznano, że Odwołujący dopuścił się zmowy cenowej nastąpiło 14 kwietnia 2019 r., a tym samym okres wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp upłynął 14 kwietnia 2022 r., zatem Odwołujący nie powinien podlegać wykluczeniu,

4. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie w stanie faktycznym prowadzonego postępowania i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, podczas gdy Zamawiający jeszcze przed terminem składania ofert posiadał wiedzę (czemu dał wyraz w swoim stanowisku i pisemnym, i ustnym w postępowaniu przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 3849/23), że członek konsorcjum Odwołującego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w 2018 r. dopuścił się zmowy przetargowej oraz że wobec Wykonawcy były prowadzone postępowania antymonopolowe, skutkujące wydaniem decyzji o uznaniu działań i zaniechań wykonawcy za praktykę ograniczającą konkurencję, a nadto od dnia tego zdarzenia upłynął okres, o którym mowa w treści art. 111 ustawy Pzp, co skutkuje brakiem ziszczenia się przesłanek do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp,

5. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą ważną i najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty (pakietu nr VI).

Odwołujący wnosił o:

1)Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr VI,

2)Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr VI,

3)Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert, wskutek którego w zakresie pakietu nr VI oferta złożona Odwołującego zostanie uznana za ważną,

4)Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej odpowiednio w pakiecie nr VI na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny oferty,

5)Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść znaczną szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego spełnia wszystkie warunki i kryteria, których oczekiwał Zamawiający wskazując je w treści SWZ i jest ofertą najkorzystniejszą. Gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny ofert, nie odrzuciłby niesłusznie oferty Odwołującego to jego oferta byłaby najkorzystniejsza pod względem punktacji przyznanej w kryterium „Cena" (max 100 pkt.). W związku z powyższym, Odwołujący może ponieść szkodę powstałą w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, polegającą na nie udzieleniu Odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 7 lutego 2024 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 15 lutego 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

<u>Stanowisko Odwołującego:</u>

W uzasadnieniu zarzutów odwołania w zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący podał, że Zamawiający nie uzasadnił podjętej przez siebie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w sposób należyty. Wręcz przeciwnie – lakonicznie i wyłącznie z powołaniem się na przepisy prawa przedstawił podstawy faktyczne swojego postępowania. Uzasadnienie faktyczne podane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone brzmi: *„Oferta Wykonawców KONSORCJUM w skład, którego wchodzą firmy (…) zgodnie z zapisam w Specyfikacji Warunków Zamówienia punktu 6.1 - „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 108 ust. 1 PZP" oraz punktu 6.2 - „W postępowaniach mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o*

udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 1-5 i 7-10 PZP"".

W odniesieniu do zarzutów nr 2 i 3 Odwołujący wskazał, że względem Odwołującego nie zachodzą przesłanki do wykluczenia określone w treści art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem nie dopuścił się on działań, które miałyby na celu zakłócenie konkurencji. O ile owszem, o czym bezsprzecznie wiedział Zamawiający (Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie sygn. akt: KIO 3849/23 strona 12 akapit 32), członek konsorcjum Odwołującego się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Niedźwiady w Przechlewie pod nazwą „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019-2020 dopuścił się zmowy przetargowej, o tyle od czasu zaniechania tej właśnie praktyki ograniczającej konkurencję upłynął okres 3 lat, a zatem doszło do przedawnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania. Fakt, że względem jednego z konsorcjantów zostały wydane decyzje Prezesa UOKiK z dnia 29 grudnia 2022 r. i 24 maja 2023 r. potwierdzające stosowanie przez niego praktyk ograniczających konkurencję w postępowaniu przeprowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Niedźwiady w Przechlewie pod nazwą „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019-2020 absolutnie nie wydłuża terminu, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem wykluczenie przez Zamawiającego wykonawców z postępowania z przyczyn, o których mowa w treści art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nie jest warunkowane jakąkolwiek decyzją organu ochrony konkurencji. Gdyby tak miało być ustawodawca wprost dałby temu wyraz w przesłankach określających podstawy wykluczenia wykonawców. Tymczasem ustawodawca daje Zamawiającemu decyzyjność w tym zakresie, daje jemu właśnie możliwość oceny na podstawie wiarygodnych przesłanek, a nie prawomocnych decyzji, że Wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Dlatego też ustawodawca wprowadził okres wykluczenia z postępowania Wykonawcy, który takich praktyk się dopuści. W taki, a nie odmienny sposób należy czytać zapisy ustawy Pzp.

W stosunku do zarzutu nr 4 Odwołujący podkreślił, iż względem Odwołującego nie zachodzą przesłanki do wykluczenia określone w treści art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp. Jak wskazywał, w przypadku Odwołującego żadna z tych przesłanek nie została ziszczona. Należy wskazać na wyjaśnienia Odwołującego z dnia 4 grudnia 2023 roku złożone w odpowiedzi na wezwanie do ich złożenia z dnia 27 listopada 2023 roku. Już w nich Odwołujący wyjaśnił dlaczego w formularzu JEDZ w Części III lit. C wiersz czwarty dotyczy zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji udzielił odpowiedzi negatywnej. Nie sposób odmówić prymatu wiary Odwołującemu, a nadto nie sposób się z nim nie zgodzić w tej kwestii. W efekcie Odwołujący się poprawił formularz JEDZ tej części i zaznaczył odpowiedź pozytywną, niemniej z argumentacją jaką przedstawił w wyjaśnieniach, szczegółowo uzasadniając swoje stanowisko. Należy ponownie odnieść się do stanowiska Zamawiającego, który w trakcie postępowania (dotyczącego innego pakietu) przed KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 3849/23 wskazał jednoznacznie, że nie został wprowadzony w błąd (odpowiedź Zamawiającego na odwołanie sygn. akt: KIO 3849/23 strona 12 akapit 32). Podkreślił wręcz, że jeszcze przed terminem składania ofert posiadał wiedzę, że członek konsorcjum Odwołującego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w 2018 r. dopuścił się zmowy przetargowej oraz że wobec Wykonawcy były prowadzone postępowania antymonopolowe, skutkujące wydaniem decyzji o uznaniu działań i zaniechań wykonawcy za praktykę ograniczającą konkurencję. Zdaniem Odwołującego, biorąc to pod uwagę, co najmniej niezrozumiałe, a na pewno niezasługujące na aprobatę jest stanowisko Zamawiającego w tym względzie wyrażone w uzasadnieniu prawnym decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 Odwołujący zaznaczył, że całość argumentacji przytoczona powyżej w niniejszym odwołaniu prowadzi do wniosku, że gdyby Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp ocenił i zbadał oferty doszedłby do przekonania, że oferta Odwołującego jest ofertą ważną i dokonałby go wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty (pakietu nr VI).

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 2X lutego 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 5) ustawy Pzp, a ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 1 i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie jako bezzasadnego.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 27 lutego 2024 r. Zakład Usług Leśnych J., Stańczyk S.C. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Odnosząc się w tym miejscu do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5) ustawy

Pzp, należy wskazać, iż w ocenie Izby wniosek ten nie zasługiwał na uwzględnienie. Przesłanki odrzucenia odwołania należy interpretować wąsko. Zdaniem Izby wniesienie odwołania w zakresie innej części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego aniżeli tej, co do której orzekała KIO w wyroku o sygn. akt: KIO 3849/23, nawet pomimo daleko idących analogii stanu faktycznego, nie podważało prawa Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej w zakresie pakietu VI. Tym bardziej dlatego, iż Odwołujący podniósł również zarzut zaniechania podania podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego (zarzut nr 1), nie będący przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO.Wobec czego Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła ponadto, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił Wykonawca - Zakład Usług Leśnych J., Stańczyk S.C. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego po stronie Zamawiającego przez Wykonawcę - Zakład Usług Leśnych J., Stańczyk S.C.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz pisma procesowego Przystępującego.

Stan faktyczny nie jest między Stronami i uczestnikiem postępowania sporny i został on wyczerpująco przytoczony przez Strony i uczestnika postępowania, wobec czego nie będzie on powielany.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Zarzut nr 1

W pierwszej kolejności odnosząc się do pierwszego z podniesionych zarzutów, tj. naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechanie odpowiedniego ich opisania, w zaistniałych okolicznościach faktycznych oraz prawnych, w ocenie Izby zarzut ten nie wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przepisu ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zaznaczyć należy, iż mając na uwadze treść art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, brak wpływu na wynik postępowania ma miejsce wtedy, gdy uwzględnienie i powtórzenie czynności przez zamawiającego nie spowoduje zmiany wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 110/21, XXIII Zs 111/21, Legalis). Z kolei wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego, tj. jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem stwierdzenie popełnienia przez zamawiającego błędu w ocenie ofert, który jednak nie powoduje zmiany rankingu ofert złożonych w postępowaniu, nie ma wpływu na wynik postępowania, wobec czego zarzut odwołania należy oddalić (tak KIO w wyroku z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 609/23, Legalis).

W ocenie składu orzekającego, w konsekwencji tego, iż oferta Odwołującego została słusznie odrzucona przez Zamawiającego (co znajduje potwierdzenie w ocenie zarzutów nr 2-5 przez Izbę), ewentualne uchybienie Zamawiającego w podaniu podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego, nie ma wpływu na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od tego Izba sygnalizuje, że Zamawiający co prawda miał świadomość, że pierwotnie podana treść uzasadnienia faktycznego była lakoniczna (co potwierdził w odpowiedzi na odwołanie oraz poprzez zamieszczenie w dniu 21 lutego 2024 r. *Uzupełnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej – pakiet VI*, gdzie zawarł szersze uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego), niemniej jednak, z okoliczności faktycznych sprawy jednoznacznie wynika, iż Odwołujący znał powody faktyczne odrzucenia oferty, bowiem były one przedmiotem postępowania odwoławczej przez Krajową Izbą Odwoławczą w zakresie pakietu IV. Powyższe uwagi poczynione zostały wyłącznie uzupełniająco, bowiem jak już wskazano, w okolicznościach tej sprawy nie było podstaw do uwzględnienia przez Izbę tego zarzutu (a także pozostałych) z uwagi na nieziszczenie się przesłanki uwzględnienia odwołania, o której mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Zarzuty nr 2 i nr 3

Przechodząc do zarzutów naruszenia:

rt. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie w stanie

faktycznym prowadzonego postępowania i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, podczas gdy analiza dokumentacji przetargowej, w tym wyjaśnienia Odwołującego przeczą temu, aby zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji,

raz art. 111 pkt 4) ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie i bezpodstawne przyjęcie, że nie upłynął 3-letni okres od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, tj. wydania decyzji przez odpowiedni organ w toku postępowania o udzielenie zamówienia,

w pełni podzielając stanowisko Izby w stosunku do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wyrażone w wyroku z dnia 15 stycznia 2024 r. o sygn. akt KIO 3849/23 wydanego w zakresie pakietu IV przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skład orzekający uznał, iż zarzuty te nie zasługiwały na uwzględnienie.

Należy po pierwsze wskazać, że według 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. Natomiast zgodnie z art. 111 pkt 4) ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa m. in. w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Niewątpliwie, również na kanwie niniejszej sprawy, spornym było ustalenie początku biegu terminu 3 lat, na który wyklucza się z postępowań wykonawcę wykluczonego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z jednej strony, w opinii Odwołującego początek biegu terminu stanowi wystąpienie samego zdarzenia wyczerpującego przesłankę wykluczenia, a z drugiej strony, jak twierdzi Zamawiający oraz Przystępujący - wydanie decyzji odpowiedniego organu w sprawie.

Izba miała na względzie to, iż powyższa kwestia nie jest jednoznacznie rozstrzygnięta w przepisach ustawy Pzp, czego konsekwencją jest choćby niniejszy spór. Niemniej jednak, Izba opowiedziała się za stanowiskiem przyjętym w ww. wyroku dotyczącym pakietu IV postępowania, który wywiedziono przede wszystkim na bazie wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen Gmbh. Wobec tego, aby nie powielać przytoczonego wyczerpująco w wyroku o sygn. akt KIO 3849/23stanowiska Trybunału, należy tylko podkreślić, iż Trybunał jednoznacznie przyjął, że liczenie okresu wykluczenia musi następować od dnia wydania decyzji właściwego organu z uwagi na troskę o przewidywalność i pewność prawa. Powyższa interpretacja początku biegu terminu znajduje potwierdzenie również w cytowanych w wyroku o sygn. akt KIO 3849/23: opinii Rzecznika Generalnej z dnia 16 maja 2018 r., C 124-17 oraz Zawiadomieniu Komisji Europejskiej w sprawie narzędzi służących do zwalczania zmów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstaw wykluczenia związanych ze zmową (Dz.U. UE C z dnia 18 marca 2021 r. 2021/C 91/01).

Należy też zgodzić się, za wyrokiem wydanym w zakresie pakietu IV, ale również ze stanowiskiem wyrażonym przez Przystępującego na rozprawie w niniejszej sprawie, że odmienna interpretacja początku biegu terminu 3-letniego, do momentu zapadnięcia decyzji przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wykonawca znajdujący się w takiej sytuacji jak Odwołujący, mógłby bronić się przed wykluczeniem wskazując, że w zmowie nie był i nie wydano wobec niego decyzji, wobec czego nie ziściły się przesłanki wykluczenia. Natomiast w przypadku wydania decyzji przez Prezesa UOKiK, taki wykonawca mógłby powoływać się na upływ trzech lat od dnia, w którym w tej zmowie uczestniczył. Na tej zasadzie, nigdy nie doszłoby do wykluczenia wykonawcy, który zawarł niedozwolone porozumienie.

Z tego też względu zarzuty nr 2 i 3 nie zasługiwały na uwzględnienie i podlegały oddaleniu.

<u>Zarzut nr 4</u>

W zakresie zarzutu nr 4, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, podczas gdy Zamawiający jeszcze przed terminem składania ofert posiadał wiedzę, że członek konsorcjum Odwołującego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w 2018 r. dopuścił się zmowy przetargowej oraz że wobec Wykonawcy były prowadzone postępowania antymonopolowe, skutkujące wydaniem decyzji o uznaniu działań i zaniechań wykonawcy za praktykę ograniczającą konkurencję, a nadto od dnia tego zdarzenia upłynął okres, o którym mowa w treści art. 111 ustawy Pzp, należy wskazać, że zdaniem Izby również ten zarzut podlegał oddaleniu. Także w tym zakresie Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku o sygn. akt: KIO 3849/23.

W ocenie Izby, Odwołujący niewątpliwie zdawał sobie sprawę, że Prezes UOKiK wydał w stosunku do jednego z członków Konsorcjum Odwołującego dwie decyzje potwierdzające dopuszczenie się praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Okoliczność ta została jednakże zatajona przez Odwołującego w pierwotnie złożonym JEDZ, gdyż Odwołujący wskazał,

iż nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Tym samym Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, a to wypełniało przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Jak trafnie podniosła Izba w wyroku o sygn. akt: KIO 3849/23: *„Działanie Konsorcjum w postaci zatajenia faktu wydania wobec jednego z członków dwóch decyzji Prezesa UOKiK należy ocenić szczególnie negatywnie z uwagi na fakt, że okoliczność ta była wykonawcy znana i wykonawca miał pełną możliwość poinformowania Zamawiającego o tej okoliczności już w pierwotnie złożonym JEDZ*. A nadto, że: *„Konsorcjum jako profesjonalista winno mieć, w ocenie Izby, świadomość charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązujących reguł, zaś jego decyzja o braku ujawienia decyzji Prezesa UOKiK była przejawem dążenia do uzyskania zamówienia za wszelką cenę".* Izba popiera również poglądy wyrażone w przywołanym orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 2630/19; wyrok KIO z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 104/20; wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2056/17; wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2372/18; wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt: IV CK 151/03; wyrok SN z dnia 23 października 2003 r., sygn. akt: V CK 311/02).

Zatem, w ocenie składu orzekającego Odwołujący winien ujawnić w pierwotnie złożonym JEDZ informacje dotyczące wydania wobec jednego z członków Konsorcjum Odwołującego dwóch decyzji Prezesa UOKiK, które mogły prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma też znaczenia dla oceny naganności zachowania, co podnosił w przedmiotowym odwołaniu, Odwołującego stanowisko Zamawiającego w odpowiedzi na uprzednio złożone odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3849/23. Należy zgodzić się też ze stanowiskiem wyrażonym przez Izbę w orzeczeniu wydanym w zakresie pakietu IV przedmiotowego postępowania, że: *„czynnościom Konsorcjum, informującego o braku podstaw do wykluczenia jednego z członków Konsorcjum, można przypisać cechy zamierzonego działania, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to'*.

Wobec powyższego, Izba uznała ten zarzut za niezasadny.

<u>Zarzut nr 5</u>

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 5, tj. naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą ważną i najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty (pakietu nr VI), to należy wskazać, iż jest to zarzut akcesoryjny, powiązany z wcześniej przytoczonymi zarzutami nr 2-4, a wobec oddalenia tychże zarzutów, należy przyjąć, że również zarzut nr 5 nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:……..

……...……...

……...……