Sygn. akt: KIO 741/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Przemysław Dzierzędzki
Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2024 r. przez wykonawcę **POLSUPER sp. z o.o., ul. Krakowskie Przedmieście 4, 00-333 Warszawa**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wesoła,ul. 1 Praskiego Pułku 33, 05-075 Warszawa-Wesoła,**

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy D.M. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego, 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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 741/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wesoła, ul. 1 Praskiego Pułku 33,05-075 Warszawa-Wesoła, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pielęgnacja zieleni niskiej w pasach dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy”, numer referencyjny: 29/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 03.11.2023 r., nr 2023/BZP 00476154.

W dniu 05.03.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcyPOLSUPER sp. z o.o., ul. Krakowskie Przedmieście 4, 00-333 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której wykonawca D.M. winien podlegać wykluczeniu z postępowania w związku z zawarciem porozumienia ograniczającego konkurencję oraz brakiem upływu 3-letniego okresu, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp,

2)art. 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, w której wykonawca D.M. nie udowodnił zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w tym przepisie,

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której oferta wykonawcy D.M. winna podlegać odrzuceniu ze względu na ziszczenie się względem tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z postępowania,

4)art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy D.M., podczas gdy oferta ta winna podlegać odrzuceniu,

5)art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, podczas gdy oferta ta winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach

zamówienia.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„2. Jako wykonawcy w ww. postępowaniu oferty złożyli między innymi Odwołujący oraz wykonawca D.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „D.M." (Dalej: Wykonawca), który to skorzystał z dobrodziejstwa instytucji self-cleaningu regulowanej przez art. 110 ust. 2 PZP. W toku przedmiotowego postępowania Odwołujący poinformował pismem z dnia 16.11.2023 r., iż względem wykonawcy D.M. zachodzą podstawy do odrzucenia jego oferty zaś self-cleaning winien zostać uznany za bezskuteczny.

3. W piśmie tym Odwołujący wskazał, że wykonawca zawarł we wskazanych przez niego postępowaniach porozumienie ograniczające konkurencję polegające na tym, iż startował on ze swoim synem w konkretnym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, następnie zaś przez jeden z podmiotów oferujących najkorzystniejszą cenę nie były składane na wezwanie zamawiających odpowiednie dokumenty. Samo porozumienie w sprawie zerwania współpracy z dnia 05.08.2023 r. nie gwarantuje natomiast zabezpieczenia przed powtórzeniem takiego działania w 3 letnim okresie wykluczenia, bowiem żadnego związku z takim modelem postępowania nie mają kwestie posiadania wspólnej księgowej lub wzajemnego udostępniania zasobów. (…)

6. Co jednak najistotniejsze, również i te niewystarczające działania podjęte przez wykonawcę zostały podjęte w sposób pozorny, albowiem pomimo zawarcia dnia 05.08.2023 r. porozumienia w określonym brzmieniu wykonawca D.M. oraz A.D. nadal współpracowali poprzez wymianę między sobą potencjału technicznego wskazanego w załączniku nr 11 do SWZ dla postępowania na „Letnie i zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy" oraz w postępowaniu prowadzonym przez Dzielnicę Wilanów pn. „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"

7. Należy zauważyć, iż dnia 7 sierpnia 2023 roku pojazd WGM (…) (zamiatarka jezdniowa) został wskazany zarówno w OFERCIE 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" (pkt. 2A Norma emisji spalin OFERTY - waga kryterium 20 pkt) przez firmę A.D. (właściciel pojazdu (…)) jak i postępowaniu na "Letnie i Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy" Zał. nr. 11 do SWZ w dniu 28 sierpnia 2023 roku przez firmę D.M. (wynajmujący pojazd (…)) - co świadczy o dalszym istnieniu bliskiej współpracy obu wykluczonych podmiotów po dacie zawarcia porozumienia w sprawie zerwania współpracy z dnia 05 sierpnia 2023 roku i uprawdopodobnia poczynione przez KIO ustalenia zawarte w wyroku z dnia 4 sierpnia 2023 r. dotyczące zawarcia przez wykonawców porozumienia mającego zakłócić konkurencję.

8. Mając na uwadze powyższą argumentację Zamawiający dnia 4 grudnia 2023 r. wykluczył z postępowania wykonawcę oraz odrzucił jego ofertę. Na te czynności Zamawiającego wykonawca wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie z dnia 11 grudnia 2023 r. inicjując tym samym postępowanie pod sygn. akt KIO 3718/23.

9. Wyrokiem z dnia 3 stycznia 2024 r. KIO nakazała Zamawiającemu:

a. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty złożonej przez wykonawcę POLSUPER sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
b. Unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.M. z siedzibą w Starym Mystkowcu z postępowania i odrzucenia jego oferty;
c. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.M. z siedzibą w Starym Mystkowcu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 PZP w odniesieniu do okoliczności dotyczących zerwania współpracy pomiędzy nim a wykonawcą D.M. na podstawie porozumienia z dnia 5 sierpnia 2023 r. oraz wykonania tego porozumienia.

10. Powyższe rozstrzygnięcie podyktowane było wadliwym oraz niewyczerpującym wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów wystosowanym przez Zamawiającego. Jak wskazała sama Izba w uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia: „Krajowa Izba Odwoławcza nie przesądza w tym momencie, czy pomimo zawarcia w przeszłości porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach połączonycho sygn. akt KIO 2128/23 i KIO 2134/23, samooczyszczenie dokonane przez wykonawcę D.M. pozwala uznać tego wykonawcę za rzetelnego." (…)

11. Odwołujący pismem z dnia 10.01.2024 r. przywołał kolejne argumenty przemawiające za bezskutecznością samooczyszczenia dokonanego przez wykonawcę. Odwołujący podniósł między innymi, że pomimo zawartego porozumienia w sprawie zerwania współpracy z dnia 05.08.2023 r. przez wykonawców D.M. oraz A.D., zgodnie z którym między innymi „konieczne jest w konsekwencji zaniechanie jakiejkolwiek współpracy na przyszłość" wykonawcy nadal prowadzą współpracę gospodarczą uczestnicząc we wspólnych przedsięwzięciach, o czym świadczy informacja

przekazana przez Zarząd Oczyszczania Miasta (dalej: ZOM) z dnia 27.12.2023 r. zawierająca Aneks nr 1 z dnia 17.04.2023 r. do umowy ZOM/UM/56/22/ZM-LM-73W z 24.08.2022 r., zgodnie z którą do umowy obok podwykonawcy A.D. dodany został podwykonawca D.M.. A zatem oba podmioty nadal realizują wspólnie poszczególne zamówienia publiczne prowadząc szeroko zakrojoną kooperację na wielu szczeblach. Co więcej, w wykazie sprzętu dla przedmiotowej Umowy, zarówno przed podpisaniem aneksu nr 1 - jak i po jego podpisaniu - widnieją trzy pojazdy ciężarowe tj. WGM (…), WZ (…) oraz WGM (…), które jednocześnie zostały wskazane w ofercie w innym postępowaniu prowadzonym przez Dzielnicę Wesoła m.st. Warszawy (zał. nr. 11 do SWZ — w załączeniu) przez D.M. z dnia 28.08.2023 r. jako wynajmowane. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że potwierdzeniem, iż D.M. oraz A.D. nadal współpracują ze sobą w zakresie użyczania/wynajmowania pojazdów do realizacji zleceń są wyjaśnienia D.M. z dnia 22.11.2023 r. dotyczące najmu pojazdu o numerze rejestracyjnym WGM (…) złożone w postępowaniu nr 64/PN/2023 prowadzonym przez Zarząd Zieleni m.st. Warszawy na „Prace ogrodniczo-porządkowe na terenie międzywała Wisły /554,47ha/ w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby brzegowej", w których przyznaje, że wykazany przez niego pojazd stanowi własność D.M.. (…)

12. W związku z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający dnia 6 lutego 2024 r. wystosował względem wykonawcy pismo (…) wzywające do udzielenia wyjaśnień dotyczących samooczyszczenia potwierdzonych stosownymi dowodami. Pismo to zawierało szczegółowe wskazanie, jakich dowodów oraz informacji oczekuje Zamawiający celem skutecznej oceny dokonanego przez wykonawcę self-cleaningu. (…)

13. W odpowiedzi na ww. pismo wykonawca dnia 14 lutego 2024 r. przedłożył Zamawiającemu pismo wraz z następującymi dokumentami: Załączniki:

1)odpowiednio zanonimizowana umowa o pracę na czas nieokreślony z dnia 24 maja 2023 r.,
2)odpowiednio zanonimizowany aneks z dnia 23 sierpnia 2023 r. do umowy o pracę na czas nieokreślony z dnia 24 maja 2023 r.,
3)odpowiednio zanonimizowane oświadczenie pracownika z dnia 23 sierpnia 2023 r.,
4)odpowiednio zanonimizowana umowa z dnia 11 sierpnia 2023 r. o stałą obsługę prawną,
5)zarządzenie z dnia 23 maja 2023 r. wraz z załącznikami (wzory oświadczeń pracownika i zleceniobiorcy),
6)oświadczenie z dnia 5 sierpnia 2023 r. o wypowiedzeniu umowy z dnia 31 marca 2021 r, o usługowe prowadzenie książki przychodów i rozchodów,
7)umowa najmu z dnia 30 czerwca 2023 r. zamiatarki jezdniowej o numerze rejestracyjnym WGM (…),
8)informacja z dnia 7 czerwca 2023 r. z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Letnie i Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy (nr sprawy 16/2023)”,
9)informacja z dnia 7 sierpnia 2024 r. z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie czystości i porządku terenów będących we władaniu m.st. Warszawy znajdujących się na terenie Dzielnicy Wilanów: Część II — zimowe utrzymanie ulic, chodników, ścieżek rowerowych I parkingów w latach 2023-2025”
10)zawiadomienie z dnia 26 września 2023 r. o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie czystości i porządku terenów będących we władaniu m.st. Warszawy znajdujących się na terenie Dzielnicy Wilanów: Część II — zimowe utrzymanie ulic, chodników, ścieżek rowerowych i parkingóww latach 2023-2025". (…)

15. W tym miejscu Odwołujący ponownie wskazuje, że wykonawca zawarł we wskazanych przez niego postępowaniach porozumienie ograniczające konkurencję polegające na tym, iż startował on ze swoim synem w konkretnym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, następnie zaś przez jeden z podmiotów oferujących najkorzystniejszą cenę nie były składane na wezwanie zamawiających odpowiednie dokumenty. (…)

19. Zarówno mając na uwadze przytoczony powyżej argumenty w zakresie stanu faktycznego (pozorności zawartego porozumienia o zakończeniu współpracy), jak również fakt, że wykonawca w piśmie z dnia 14 lutego 2024 r. wskazał, iż:

a. Dnia 30 czerwca 2023 r. zawarł umowę najmu zamiatarki jednojezdniowej o numerze rejestracyjnym WGM (…) - jednocześnie jednak wskazano, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał dnia 7 czerwca 2023 r., zatem sama umowa najmu, na podstawie której wykonawca wykazał dysponowanie określonym zasobem miałaby zostać zawarta po terminie składania ofert w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W kwestii terminu składania ofert zamawiający błędnie wskazał ww. datę zamiast prawidłowej tj. 7 lipca 2023 r., jednak znamiennym jest, że w tak fundamentalnej kwestii jak wyjaśnienia dotyczące samooczyszczenia wykonawca powiela ten błąd nie zachowując jakiejkolwiek spójności wywodu mogącej w sposób należyty wykazać przed zamawiającym skuteczność podjętych środków. Jednocześnie tak jaskrawa sprzeczność nie została w żaden sposób przez Zamawiającego dostrzeżona oraz wyjaśniona.

b. Co więcej, w żaden sposób wykonawca nie wyjaśnił faktu, iż już po zawarciu porozumienia z dnia 5 sierpnia 2023 r. nadal następowała wymiana zasobów między wykonawcami (w tym na podstawie stosunku najmu), w szczególności jak wskazywano już wyżej dnia 28 sierpnia 2023 r. W tym zakresie zresztą Zamawiający żądał wyjaśnień, któremu to żądaniu wykonawca zdecydowanie nie sprostał, w szczególności wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego ewentualne ustanie stosunku najmu zamiatarki nr WGM (…).

21. Stwierdzić z całą stanowczością bowiem należy, że naruszenie określone w art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP stanowi jedno z najcięższych przewinień, jakich może dopuścić się wykonawca w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. Porozumienie ograniczające uczciwą konkurencję godzi bowiem w najważniejsze (naczelne) zasady prawa zamówień publicznych, przez co Zamawiający badający ewentualne zastosowanie przez takich wykonawców instytucji samooczyszczenia winien wykazać się odpowiednim stopniem dociekliwości oraz rzetelności. Nie do przyjęcia jest natomiast sytuacja, w której zamawiający publiczny w aspekcie o takim ciężarze gatunkowym zostaje przekonany wyjaśnieniami oraz dowodami wewnętrznie sprzecznymi, zawierającymi braki chronologiczne, których podstawą są jedynie wewnętrzne dokumenty wykonawcy zawierającego porozumienie naruszające uczciwą konkurencję. O ile jeszcze umowa o stałą obsługę prawną lub odpowiednie rozwiązania kadrowe można by było uznać za wystarczające, to zdecydowanie nie może to mieć miejsca w przypadku wykonawcy, który zawiera porozumienie określonej treści (porozumienie z dnia 5 sierpnia 2023 r.) a jednocześnie nie wywiązuje się z jego treści nadal utrzymując powiązania biznesowe (vide twierdzenia Odwołującego odnośnie wzajemnego użyczenia zasobów w postaci sprzętu). Jednocześnie podkreślić należy, że wykonawca rozpoczął przedstawianie narracji o rzekomym „zakończeniu" wdrażania w życiu porozumienia dnia 28 sierpnia 2023 r. dopiero w momencie, w którym zarzucone mu zostało dalsze kooperowanie z D.M. tego właśnie dnia. Stanowi to wręcz jaskrawe drwienie z zamawiającego oraz przepisów powszechnie obowiązującego prawa, bowiem ciężko uwierzyć w taki zbieg okoliczności. Co więcej, wykonawca na którym spoczywał ciężar dowodu nie był nawet w stanie wykazać na czym takie wdrażanie miało polegać oraz dlaczego w samym porozumieniu nie zawarto żadnych postanowień regulujących tej kwestii, bowiem z jego treści jasno wynika, że winno ono wejść w życie w dniu jego zawarcia (brak odmiennej regulacji).

22. Przyjmując model postępowania Zamawiającego ad absurdum założyć można, że wykonawcy mogą zawierać porozumienia godzące w uczciwą konkurencję na rynku zamówień publicznych polegające na uzgadnianiu treści ofert oraz manipulacji cenami, zaś w przypadku „przyłapania na gorącym uczynku" następnie wystarczające będzie sporządzenie kilku dokumentów wewnętrznych (bez obowiązku wykazania wdrożenia ich w życie) z możliwością niestosowania się w pełnym zakresie do ich treści. Zatem 3-fetni termin wykluczenia mający być w założeniu swoistą sankcją za tak poważne naruszenie zasad prawa zamówień publicznych oraz zabezpieczenie na przyszłość podstawowych interesów uczestników danego rynku (zarówno zamawiających jak i wykonawców) jawić się może jako fikcyjny."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy D.M.,
2) wykluczenia wykonawcy D.M. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
4) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia żądań z pkt 2 i 3 - przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 15.03.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w sprawie, natomiast Zamawiający nie stawił się.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są usługi polegające na pielęgnacji zieleni niskiej w pasach dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy polegające na: koszeniu, renowacji trawników, grabieniu, pieleniu krzewów i żywopłotów, cięciach krzewów i żywopłotów.

Jedną z ofert w postępowaniu złożył wykonawca D.M., który dołączył też oświadczenie o tym, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z ustaleniem w postępowaniu prowadzonym przez Dzielnicę Rembertów istnienia porozumienia zawartego między nim a jego synem prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą A.D., co zostało potwierdzone wyrokiem KIO 2134/23 z dnia 04.08.2023 r. Wykonawca D.M. oświadczył też, że chce skorzystać z instytucji samooczyszczenia, w związku z czym przedkłada:

1) informację o podjętych działaniach naprawczych,
2) porozumienie o rozwiązaniu współpracy,
3) procedurę przygotowania i składania ofert.

W dniu 16.11.2024 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo informujące o bezskuteczności samooczyszczenia wykonawcy D.M., ponieważ mimo zawartego w dniu 05.08.2023 r. porozumienia zrywającego

współpracę między nim a jego synem obaj wykonawcy: D.M. i A.D. nadal wskazują w ofertach składanych w różnych postępowaniach ten sam pojazd – zamiatarkę jezdniową o numerze rejestracyjnym zaczynającym się od WGM.

Pismem z dnia 21.11.2023 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał wykonawcę D.M. do złożenia „dodatkowych dowodów na potwierdzenie, że podjęte środki zaradcze są wystarczające oraz gwarantują wyeliminowanie zaistniałych nieprawidłowości, polegających na zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia ograniczającego konkurencję w przyszłych postępowaniach".

Pismem z dnia 24.11.2023 r. wykonawca D.M. odpowiedział, że „uważa, że dowody w załączonym samooczyszczeniu, przedłożone w postępowaniu są wystarczające, jeżeli Zamawiający uważa inaczej, to winien wskazać z jakich konkretnie powodów przedłożone dowody uważa za niewystarczające. Wykonawca nie jest w stanie odnieść się do tego żądania z uwagi na jego ogólnikowość".

W dniu 04.12.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz o odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp oferty wykonawcy D.M.. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający stwierdził m.in.: „Wykonawca D.M. do oferty w postępowaniu na pielęgnację zieleni niskiejw pasach dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy dołączył dokumenty świadczące o podjęciu procedury samooczyszczenia zgodnie z art. 110 ust. 2, które w ocenie komisji są niewystarczające i nie dają gwarancji co do wiarygodności i rzetelności wykonawcy. W dniu 21 listopada 2023 r. zostało skierowane do wykonawcy pismo (…) wzywające do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów samooczyszczenia, w tym do wykazania dodatkowych dowodów na potwierdzenie, że podjęte środki zaradcze są wystarczające oraz gwarantują wyeliminowanie zaistniałych nieprawidłowości, polegających na zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia ograniczającego konkurencję w przyszłych postępowaniach. W odpowiedzi z dnia 24 listopada 2023 r. wykonawca D.M. nie udzielił stosownych wyjaśnień, nie wykazał również dodatkowych dowodów potwierdzających skuteczność samooczyszczenia".

W dniu 11.12.2023 r. wykonawca D.M. wniósł odwołanie, w którym zakwestionował zasadność odrzucenia swojej oferty, jak też wskazał na niewystarczające wezwanie do złożenia wyjaśnień. Wyrokiem z dnia 03.01.2024 r. o sygn. akt KIO 3718/23 Izba uwzględniła odwołanie w części nakazując Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy D.M. i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie tegoż wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp „w odniesieniu do okoliczności dotyczących zerwania współpracy pomiędzy nim a wykonawcą D.M. na podstawie porozumienia z dnia 5 sierpnia 2023 r., wykonania tego porozumienia w zakresie zakończenia przez wykonawcę D.M. współpracy z dotychczasowym księgowym, okoliczności podniesionych w piśmie sygnalizacyjnym wykonawcy POLSUPER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (…)z dnia 16 listopada 2023 r. dotyczących dalszej współpracy wykonawcy D.M.z wykonawcą D.M. po dniu 5 sierpnia 2023 r. oraz innych działań o charakterze samooczyszczającym wdrożonych przez wykonawcę D.M. w jego przedsiębiorstwie, ewentualnie również innych okoliczności, których wyjaśnienie zamawiający uzna za niezbędne". W uzasadnieniu Izba stwierdziła, że wezwanie z dnia 21.11.2023 r. było wadliwe, dlatego należy je powtórzyć, natomiast Izba „nie przesądza w tym momencie, czy pomimo zawarcia w przeszłości porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczejw sprawach połączonych o sygn. akt KIO 2128/23 i KIO 2134/23, samooczyszczenie dokonane przez wykonawcę D.M. pozwala uznać tego wykonawcę za rzetelnego".

Pismem z dnia 02.02.2024 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności wykluczenia wykonawcy D.M. i odrzucenia jego oferty.

Pismem z dnia 06.02.2024 r. Zamawiający, na podstawie 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę D.M. do złożenia wyjaśnień m.in. „odnośnie pojazdu zamiatarka jezdniowa o numerze rej. WGM (…). Pojazd ten został wykazany w ofercie złożonej 7 sierpnia 2023 r. przez firmę A.D. w postępowaniu „Utrzymanie czystości i porządku terenów będących we władaniu m.st. Warszawy znajdujących się na terenie Dzielnicy Wilanów: Część II — zimowe utrzymanie ulic, chodników, ścieżek rowerowych i parkingów w latach 2023-2025" (…). Ten sam pojazd został wykazany przez Państwa w dniu 28 sierpnia 2023 r. w postępowaniu na „Letnie i zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy w zał. nr 11 do SWZ — Wykaz sprzętu (…), określając formę władania jako wynajem. Zamawiający wymaga udzielenia informacji czyją własność stanowi pojazd o nr rej. WGM (…) wraz z załączeniem tytułu własności (umowa wynajmu, umowa leasingu) oraz dowodu rejestracyjnego oraz przedłożenia umowy wynajmu zawartej z właścicielem pojazdu na okres realizacji zamówienia."

Pismem z dnia 14.02.2024 r. wykonawca D.M. udzielił wyjaśnień, w którychw zakresie najmu zamiatarki jezdniowej wskazał, że termin składania ofert w postępowaniu na „Letnie i Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy" upłynął w dniu 07.06.2023 r. i nie uzyskał tego zamówienia, umowę najmu ww. pojazdu zawarł z wykonawcą A.D. w dniu 30.06.2023 r., natomiast porozumienie o zerwaniu współpracy zawarł w dniu 05.08.2023 r. Dodał, że „nie można dokonywać oceny wdrożenia i skuteczności samooczyszczenia (…) z mocą wsteczną". Stwierdził, że z uwagi na zerwanie współpracy z wykonawcą A.D. nie jest w stanie pozyskać informacji, jakim

konkretnie tytułem prawnym wykonawca ten dysponuje w stosunku do ww. pojazdu ani pozyskać jego dowodu rejestracyjnego. Wyjaśnił też, że nie złożył oferty w postępowaniu pn. „Utrzymanie czystości i porządku terenów będących we władaniu m.st. Warszawy znajdujących się na terenie Dzielnicy Wilanów: Część II – zimowe utrzymanie ulic, chodników, ścieżek rowerowych i parkingów w latach 2023-2025", a ponadto zostało ono unieważnione.

Pismem z dnia 29.02.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy D.M..

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

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.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp:

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

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

2)wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

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

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

b)zreorganizował personel,

c)wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

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

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

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

Zgodnie z art. 111 pkt 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Przepisy dotyczące instytucji samooczyszczenia stanowią wdrożenie do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UEz dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, przy czym instytucja samooczyszczenia została także wskazana w motywie 102 ww. dyrektywy, zgodnie z którym: „Należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie

systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów".

Zarówno zatem przepisy unijne, jak i przepisy ustawy Pzp uzależniają ewentualny brak wykluczenia wykonawcy od tego, czy podjęte przez niego środki przedstawione w ramach samooczyszczenia są wystarczające do uznania, że mimo dopuszczenia się w przeszłości określonych niedozwolonych zachowań, wykonawca ten może być uznany za rzetelnego. Oczywistym przy tym jest, że aby ocena samooczyszczenia mogła być dokonana na korzyść wykonawcy, przedstawione przez niego środki muszą być nie tylko adekwatne do popełnionych czynów, ale także muszą być podjęte realnie. Nie chodzi bowiem o to, by wykonawca stwarzał pozory podejmowania działań naprawczych, ale o to, by działania te stanowiły realną zmianę w jego działalności, zapobiegającą ponownym bezprawnym zachowaniom.

W przedmiotowej sprawie nie jest sporne pomiędzy Stronami, że wykonawca D.M. zawarł ze swoim synem prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą A.D. porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu prowadzonym w 2023 r. przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnicę Rembertów. Fakt ten został potwierdzony w prawomocnym wyroku Izby z dnia 04.08.2023 r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 2128/23 i KIO 2134/23.

Sporne jest natomiast to, czy wyjaśnienia i dowody złożone w obecnym postepowaniu przez wykonawcę D.M. w ramach samooczyszczenia są wystarczające do tego, by uznać, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na fakt zawarcia w dniu 05.08.2023 r. porozumienia o zerwaniu współpracy między wykonawcą Danielem Mrozem a jego synem D.M. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą A.D. oraz na okoliczności świadczące o tym, że współpraca ta w istocie nie została zerwana, co oznacza, że mimo czynności opisanych w ramach samooczyszczenia wykonawca D.M. podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie, w jakim oparł on swoją argumentację na okolicznościach zaistniałych w postępowaniu pn. „Letnie i zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy".

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że dokonując samooczyszczenia wykonawca D.M. przedstawił ww. „Porozumienie w sprawie zerwania współpracy" zawarte w dniu 05.08.2023 r., w którym stwierdzono m.in.:

- że Strony „postanawiają o zerwaniu współpracy w zakresie prowadzonych działalności gospodarczych",
- że z uwagi na odrzucenie ich ofert w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Dzielnicy Rembertów m.st. Warszawy w warunkach art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: „Konieczne jest w konsekwencji zaniechanie jakiejkolwiek współpracy na przyszłość celem wyeliminowania podobnych sytuacji",
- że „Strony postanawiają nie użyczać sobie wzajemnie zasobów na potrzeby ubiegania się o zamówienia publiczne, jak również nie świadczyć sobie wzajemnie usług na zasadzie podwykonawstwa".

Z przytoczonych postanowień ww. porozumienia wynika zatem, że obaj wykonawcy zobowiązali się do zaprzestania jakiejkolwiek współpracy gospodarczej, w tym m.in. do nieużyczania sobie nawzajem zasobów na potrzeby ubiegania się o zamówienia publiczne. Jednocześnie z dowodów dołączonych do odwołania wynika, że w postępowaniu pn. „Letnie i zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy" wykonawca D.M. w dniu 28.08.2023 r., czyli ok. 3 tygodnie po zawarciu ww. porozumienia, złożył wykaz sprzętu, w którym wskazał jako pojazd wynajęty m.in. zamiatarkę o numerze rejestracyjnym zaczynającym się od WGM. W wyjaśnieniach z dnia 22.11.2023 r. złożonych w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Zieleni m.st. Warszawy sam wykonawca D.M. przyznał, że pojazd ten „stanowi własność Pana D.M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Area D.M." i że zamierzał go wynająć na wypadek uzyskania zamówienia na „Letnie i zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy" (do czego nie doszło). Powyższe okoliczności świadczą o tym, że mimo zawarcia w dniu 05.08.2023 r. porozumienia o zerwaniu współpracy gospodarczej, obaj wykonawcy w istocie kontynuowali tę współpracę. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że otwarcie ofert w ww. postępowaniu na „Letnie i zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy" miało miejsce w dniu 07.06.2023 r., a umowa najmu zamiatarki została zawarta w dniu 30.06.2023 r. Skoro bowiem w dniu 05.08.2023 r. wykonawcy zawarli umowę o zerwaniu współpracy, to konsekwentnie wykonawca D.M. powinien był podjąć działania w celu rozwiązania umowy najmu z dnia 30.06.2023 r., tak by wypełnić postanowienia ww. porozumienia. Natomiast przedłożenie w dniu 28.08.2023 r. wykazu sprzętu obejmującego pojazd wynajmowany od wykonawcy A.D. potwierdza, że do zerwania współpracy w istocie nie doszło, a zatem ww. porozumienie nie zostało zrealizowane.

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 samooczyszczenia nie miały

charakteru realnego i że nie doszło do zerwania wszelkich powiązań między nim a wykonawcą A.D., a zatem nie ziściły się przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp. W konsekwencji należy stwierdzić, że Zamawiający (ten sam, który prowadził postępowanie na „Letnie i zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy") niezasadnie uznał, że podjęte przez wykonawcę D.M. w ramach samooczyszczenia czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a zatem zobowiązany był wykluczyć go z obecnie prowadzonego postępowania (art. 110 ust. 3 ustawy Pzp).

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie, w jakim przedstawił on argumentację dotyczącą innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w których brali udział ww. wykonawcy zakłócający konkurencję w drodze niedozwolonego porozumienia. W tym zakresie Izba stwierdziła, co następuje:

1)w postępowaniu pn. „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" – wykonawca D.M. w ogóle nie złożył oferty, zatem fakt, że wykonawca A.D. wskazał w swojej ofercie zamiatarkę o numerze zaczynającym się na WGM nie dowodzi, że współpraca między tymi wykonawcami była kontynuowana mimo zawarcia porozumienia o jej zerwaniu z dnia 05.08.2023 r.;

2)w przypadku zamówienia na oczyszczanie ulic w rejonie IV obejmującym dzielnice Rembertów, Wawer i Wesoła udzielonego przez Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta – obaj ww. wykonawcy są podwykonawcami, jednakże trudno stwierdzić w tym wypadku ich celowo zawiązaną współpracę, skoro to główny wykonawca, któremu udzielono tego zamówienia decyduje o tym, komu powierzy rolę podwykonawcy i z jakiego źródła będą pochodzić pojazdy wymienione przez niego w wykazie sprzętu, a ponadto aneks na podstawie którego dodano D.M. jako podwykonawcę został zawarty w dniu 17.04.2023 r., czyli przed zawarciem porozumienia o zerwaniu współpracy z dnia 05.08.2023 r. Również złożone na rozprawie dowody w postaci korespondencji z Zarządem Oczyszczania Miasta, z której wynika, że „wszystkie jednostki sprzętowe zadeklarowane do realizacji umowy wg wskazań systemu GPS wyjeżdżały ze strefy zdefiniowanego obszaru START (baza)", nie potwierdzają takiej współpracy, gdyż jest to obszar, z którego wyjeżdżają pojazdy w sumie czterech podwykonawców oraz głównego wykonawcy i to ten główny wykonawca koordynuje sposób realizacji udzielonego mu zamówienia.

Z uwagi na powyższe argumentacja Odwołującego dotycząca działań wykonawcy D.M. w związku z ww. zamówieniami (pkt 1-2) nie zasługuje, zdaniem Izby, na uwzględnienie. Ponadto złożony na rozprawie wyrok KIO 2726/23 z dnia 28.09.2023 r. dotyczy postępowania, w którym wykonawca D.M. w ogóle nie przyznał się, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i nie zainicjował swojego samooczyszczenia, dlatego też wyrok ten nie dotyczy sytuacji analogicznej do zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu.

Niezależnie jednak od argumentacji Odwołującego uznanej przez Izbę za niezasadną, ponownie należy stwierdzić, że Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie, w jakim powoływał się on na okoliczności zaistniałe w postępowaniu pn. „Letnie i zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy". Jak już wyżej wskazano, fakt złożenia przez wykonawcę D.M. w dniu 28.08.2023 r. wykazu sprzętu z zamiatarką wynajętą od wykonawcy A.D. świadczy o tym, że porozumienie z dnia 05.08.2023 r. o zerwaniu współpracy między oboma wykonawcami nie zostało zrealizowane, co oznacza, że czynności podejmowane przez D.M. w ramach samooczyszczenia miały charakter pozorny. Tym samym nie było podstaw do uznania tych czynności za wystarczające do wykazania jego rzetelności, co obligowało Zamawiającego do wykluczenia tegoż wykonawcy (art. 110 ust. 3 ustawy Pzp) i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Dlatego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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).

ając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca ...……..

…….

…….