

WYROK

Warszawa, 23 stycznia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Joanna Stankiewicz-Baraniak
Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 roku przez wykonawcę ORDO AMZA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwonaku, ul. Gdyńska 131 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Oborniki - Urząd Miejski w Obornikach, ul. Marszałka J.P. 76

Uczestnik po stronie zamawiającego:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie : Konsorcjum: Lider EKO-TOM TURGUŁA Spółka jawna z siedzibą w Bolechowie, ul. Poligonowa 1a i Partner: SPÓŁDZIELNIA KÓŁEK ROLNICZYCH w Kazimierzu Biskupim, ul. Goliń: 10

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i o ceny ofert, w tym dokonanie czynności odrzucenia oferty uczestnika na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z uwagi na złożenie oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z których jeden – Eko-TOM Turguła spółka jawna zawarł niedozwolone porozumienie zakłócające konkurencję polegające na podziale rynku odpadów aglomeracji poznańskiej oraz z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd, co do braku podstaw wykluczenia, w tym braku zaistnienia podstawy wykluczenia z powodu zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję przez lidera przystępującego,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 712 zł 00 gr (siedemset dwanaście złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego, kwotę 863 zł 00 gr (osiemset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) tytułem kosztów dojazdu zamawiającego,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 312 zł 00 gr (dziewiętnaście tysięcy trzysta dwanaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu, wydatków pełnomocnika odwołującego i dojazdu odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt KIO 4921/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 02 01 lub 20 01 08 (bioodpadów) pochodzących z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych z terenu Gminy Oborniki w okresie od 01.01.2025 r. do 31.12.2026 r.”, nr ref.: ROS.271.24.2024 opublikowano 11 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2024/S 191-587891, 2024/S 199-613936.

11 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

23 grudnia 2024 r. wykonawca ORDO AMZA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwonaku, ul. Gdyńska 131 wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 23 grudnia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia, oraz przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

(1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy w zw. z art. 58 ust. 5 ustawy i w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ET, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w sytuacji, gdy Zamawiający mógł stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że lider Konsorcjum ET zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, co za tym idzie względem całego konsorcjum była spełniona przesłanka wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, a jednocześnie lider konsorcjum zaniechał skorzystania z procedury samooczyszczenia, co powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum ET z postępowania,

(2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy w zw. z art. 58 ust. 5 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ET z postępowania jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp w sytuacji, gdy lider Konsorcjum ET oświadczył zamawiającemu w JEDZ, że nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (w formularzu zaznaczona odpowiedź „Nie”) i nie poinformował zamawiającego o tym fakcie w inny sposób, w związku z czym wprowadził go w błąd, a co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, ponieważ doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum ET jako najkorzystniejszej.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:

1.wyboru oferty najkorzystniejszej,

oraz nakazanie zamawiającemu:

2.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności:

– wykluczenia Konsorcjum ET z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy,

– wykluczenia Konsorcjum ET z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy,

3.zwrot kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. Odwołujący bierze udział w tym postępowaniu jako wykonawca, a po dokonaniu przez zamawiającego wadliwej czynności kwalifikacji podmiotowej wykonawców oraz badania i oceny ofert, jego oferta znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert, za ofertą Konsorcjum ET. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wykluczenia Konsorcjum ET i odrzucenia jego oferty, co może umożliwić odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i zawarcie umowy z zamawiającym. Odwołujący posiada więc status wykonawcy w tym postępowaniu i może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z prawem działań i zaniechań zamawiającego w postaci utraconego zysku, jaki odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy.

Zamawiający 11 grudnia 2024 r. poinformował o wyborze oferty Konsorcjum ET jako najkorzystniejszej. Jak wynika z uzasadnienia wyboru:

Wybrana oferta uzyskała najkorzystniejszy bilans punktowy w ramach kryteriów oceny ofert razem 100,00 pkt. Zamawiający dokonał oceny oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zaś jego oferta nie podlega odrzuceniu. Wykonawca nie podlegał wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający nieprawidłowo ocenił, że wykonawca Konsorcjum ET nie podlega wykluczeniu, a w konsekwencji, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy, jego oferta odrzuceniu.

Na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy 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.

W dokumencie JEDZ złożonym przez lidera Konsorcjum ET (EKO-TOM Turguła sp. j.), w Części II, w dziale C Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na str. 13. JEDZ, lider Konsorcjum ET oświadczył, że nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (w formularzu zaznaczona odpowiedź „Nie”).

Jest to nieprawda, Konsorcjum ET powinno zostać wykluczone z postępowania, ponieważ lider tego wykonawcy – EKO-TOM Turguła sp. j., zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, co zamawiający mógł stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek.

Decyzją z dnia 28 grudnia 2022 r., nr RPZ.410.2.2020.US Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako „Prezes Urzędu”) uznał konsorcjum zawarte w 2017 r. przez Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o., PreZero Dolny

Śląsk sp. z o.o., A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z., Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” I.K. i R.K. sp. j. z, „KDS” sp. z o.o., ORDO Poznań sp. z o.o. i EKOTOM Turguła sp. j. (dalej jako „Konsorcjum”) za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt. 7 u.o.k.k., kwalifikując umowę konsorcjum za porozumienie ograniczające konkurencję w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonych w 2017 r. przez Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, polegające na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych przez nich ofert. W decyzji Prezes UOKiK nałożył na wykonawcę karę w wysokości 404 869,15 zł.

Przepis art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy ma bardzo szeroki zakres zastosowania, ponieważ wystarczy, że zamawiający „może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek”, aby zaistniała przesłanka wykluczenia. Zamawiający nie musi wykazać czy udowodnić tej okoliczności, lecz wystarczą „wiarygodne przesłanki”.

Zgodnie z art. 6 ust 1 pkt 7 u.o.k.k., zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Jest to czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Co istotne z punktu widzenia rozpoznawanej sprawy, art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy nie wymaga by podstawa wykluczenia została stwierdzona prawomocnym wyrokiem lub ostateczną decyzją właściwego organu (np. Prezesa UOKiK). Powołał wyrok KIO z 6 września 2021 r., sygn. akt: KIO 2254/21, KIO 2255/2, KIO 2258/21, wyrok z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 39/21, wyroki KIO: z 03.03.2014 r., sygn. akt KIO 309/14, z 23.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2851/13, wyroku z dnia 20 maja 2024 r., KIO 1456/24, KIO 1473/24, w którym odnosiła się do podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt ustawy właśnie w kontekście decyzji z dnia 28 grudnia 2022 r., nr RPZ.410.2.2020.US i konsorcjum w skład którego wchodził również lider Konsorcjum ET. Z tego względu odwołujący szeroko zacytował ten wyrok.

Odwołujący przytoczył treść art. 110 ust. 2 ustawy, wskazał, że zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy 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.

Lider Konsorcjum ET – EKO-TOM Turguła sp. j. - nie dokonał samooczyszczenia w odniesieniu do decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK, w związku z czym całe Konsorcjum ET powinno podlegać wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu. Wynika to art. 58 ust. 5 ustawy, który stanowi, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wobec Konsorcjum ET były spełnione przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak było podstaw po stronie wykonawcy do udzielenia w JEDZ negatywnej odpowiedzi na pytanie odnośnie zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Skoro względem lidera Konsorcjum ET były spełnione przesłanki wykluczenia z postępowania, to jedyną możliwością obrony przed wykluczeniem (mającym charakter obligatoryjny) było dokonanie samooczyszczenia z art. 110 ust. 2 ustawy

Skoro więc spełnione zostały przesłanki wykluczenia wobec lidera konsorcjum, to powinno to skutkować wykluczeniem całego Konsorcjum ET z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy i odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego zachodzi przesłanka wykluczenia, stanowi więc rażące naruszenie fundamentalnej zasady określonej w art. 16 pkt 1 ustawy

Zamawiający określił w rozdz. V SWZ podstawy wykluczenia wykonawców w postępowaniu. Poza przesłankami obligatoryjnymi, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy oraz w ustawie o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego i art. 5k rozporządzenia rady (UE) 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, zamawiający przewidział również fakultatywne przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy. W rozdz. V ust. 3 SWZ (str. 9.), zamawiający doprecyzował, że w postępowaniu 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 ustawy. Odwołujący przytoczył brzmienie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Działanie Konsorcjum ET wypełnia przesłanki wykluczenia z powodu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Norma wynikająca z tego przepisu dotyczy wyłącznie informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Objęte nią są więc informacje zawarte w JEDZ, w podmiotowych środkach dowodowych oraz ewentualnych wyjaśnieniach dotyczących treści tych

dokumentów.

W dokumencie JEDZ złożonym przez lidera Konsorcjum ET, w Części II, w dziale C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na str. 13. JEDZ, lider Konsorcjum ET oświadczył w odniesieniu do podstaw wykluczenia w zakresie zawarcia porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji, że nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (w formularzu zaznaczona odpowiedź „Nie”). Jest to twierdzenie nieprawdziwe, ponieważ jak zostało to szeroko omówione w pkt. II uzasadnienia odwołania EKO-TOM Turguła sp. j. podlega wykluczeniu na skutek decyzji Prezesa UOKiK.

Jest to więc zamierzone działanie lidera Konsorcjum ET, ewentualnie jego rażące niedbalstwo, nakierowane na wprowadzenie w błąd zamawiającego przy złożeniu oświadczenia JEDZ (a więc przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu). Miało to istotny wpływ na decyzję podjętą w postępowaniu, ponieważ oferta Konsorcjum ET została wybrana jako najkorzystniejsza. Powołał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” (wyd. II).

W realiach tej sprawy wpływ ten jednak wystąpił, ponieważ doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zawinienie wykonawcy jest więc tym większe.

Warto również podkreślić, że w przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy nie stosuje się art. 109 ust. 3 ustawy, który przewiduje możliwości odstąpienia od wykluczenia, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne.

Jeżeli jednak Izba dojdzie do przekonania, że w tej sprawie nie doszło do kwalifikowanej formy wprowadzenia w błąd, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, to bez wątpliwości okoliczności opisane w odwołaniu pozwalają na stwierdzenie, że wypełniła się przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Przepis ten również przytoczył.

Działanie Konsorcjum ET wypełnia przesłanki wykluczenia z powodu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy dlatego ten wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania.

W JEDZ doszło do przedstawienia informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie podstaw wykluczenia.

Działanie lidera Konsorcjum ET nosi znamiona lekkomyślności, rozumianej w ten sposób, że wykonawca przedstawił informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądził, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności, lub niedbalstwa, jeśli wykonawca nie miał w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić.

Lider Konsorcjum ET bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i jest profesjonalistą w zakresie gospodarki odpadami. Wykonawca ten w poprzednich postępowaniach (na rzecz innych zamawiających) przedstawiał informację o decyzji Prezesa UOKiK, nie dokonując jednak samooczyszczenia. Zarówno w tym postępowaniu, jak i poprzednim prowadzonym przez zamawiającego (unieważnionym), takich informacji już nie przedstawił. Z tej perspektywy powinna być więc oceniana strona podmiotowa czynu lidera Konsorcjum ET. W ocenie odwołującego wypełnia ona znamiona art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, a co najmniej art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy

27 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

29 grudnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Lider: EKO-TOM TURGUŁA Spółka jawna z siedzibą w Bolechowie, ul. Poligonowa 1a i Partner: SPÓŁDZIELNIA KÓŁEK ROLNICZYCH Kazimierzu Biskupim, ul. Golińska 10 zgłosili swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Zgłoszenia dokonał wspólnik lidera upoważniony do reprezentacji lidera oraz jako pełnomocnik partnera na podstawie pełnomocnictwa z 9 października 2024 r. udzielonego przez prezesa, wiceprezesa i członka zarządu partnera. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego wynika z faktu, że w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego. Przystępujący jest bezpośrednio zainteresowany utrzymaniem tych czynności oraz uważa, że są one prawidłowe. Stąd też ewentualne uwzględnienie odwołania przez KIO miałyby bezpośredni wpływ na sytuację prawną przystępującego, gdyż w takim przypadku może on zostać pozbawiany szansy realizacji usługi i utracić zaplanowany z tego tytułu zysk.

Podniesione w odwołaniu zarzuty są całkowicie chybione i nie mogą stanowić podstawy do jego uwzględnienia pod względem prawnym, jak i faktycznym. Wniósł o oddalenie przedmiotowego odwołania. Przystępujący przedstawi kompleksową argumentację odnośnie braku zasadności wniesionego odwołania w późniejszym terminie.

21 stycznia 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Zdaniem zamawiającego w sprawie decydujące znaczenie ma zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy. Pozostałe zarzuty odnoszące się do fakultatywnych przesłanek wykluczenia oraz pozostałych przepisów ustawy mają charakter

pochodny, ponieważ rozstrzygnięcie zarzutu dot. obligatoryjnej przesłanki wykluczenia determinuje ocenę pozostałych zarzutów.

Dla oceny wystąpienia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia kluczowe znaczenie ma przywołana przez odwołującego decyzja z dnia 28 grudnia 2022 r., nr RPZ.410.2.2020.US1 Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: decyzja UOKIK), w której stwierdzono, że Odwołujący oraz Eko-Tom Turguła Sp.j. (Lider Konsorcjum ET) byli stronami porozumienia naruszającego konkurencję.

Jak wynika z treści decyzji UOKIK, zarówno odwołujący, jak i Eko-Tom Turguła sp.j., zaprzeczają, że doszło pomiędzy nimi do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu przetargowym. Poza sporem jest także, że obaj wykonawcy odwołali się też od decyzji UOKIK do Sądu Okręgowego w Warszawie — sądu ochrony konkurencji i konsumentów, zaskarżając decyzję UOKIK w całości (odwołujący załączył do oferty pierwszą stroną odwołania od decyzji UOKIK wniesionej w dniu 09.02.2023 r.).

Poza sporem jest, że Konsorcjum ET, składając oświadczenie JEDZ, w Części II, w dziale C: „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowym”, oświadczyło, że nie zawarło z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Zdaniem zamawiającego takie działanie było poprawne i zgodne z prawem, dlatego też zamawiający nie wykluczył Konsorcjum z postępowania, a po przeprowadzeniu procedury badania złożonych ofert, wybrał on ofertę Konsorcjum jako najkorzystniejszą.

Zamawiający przytoczył treść art. 111 pkt 4) ustawy.

Wyżej wskazany przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego przepisu art. 57 ust. 7 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako: „Dyrektywa” lub „Dyrektywa 2014/24”). Zgodnie z tym przepisem „Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4”.

Zdaniem zamawiającego kluczowym w sprawie winno być skupienie się nie na wykazaniu, czy Konsorcjum rzeczywiście zawarło porozumienie zakłócające konkurencję, czy decyzja stwierdzająca znowę przetargową powinna być prawomocna albo czy Konsorcjum dokonało procedury samooczyszczania, a na tym dlatego Konsorcjum takiej procedury wcale dokonywać nie musiało.

Koniecznym jest by wszelką analizę powołanych powyżej przepisów rozpocząć wskazaniem, że aktualnie w orzecznictwie — zarówno KIO jak i sądów powszechnych — można zauważyć dwa opozycyjne poglądy. Zgodnie z pierwszym z nich moment, od którego zamawiający powinien liczyć czas wykluczenia wykonawcy z postępowania rozpoczyna się od chwili wydania decyzji przez upoważniony do tego organ. Z kolei zgodnie z drugim z nich — momentem takim jest zdarzenie znacznie wcześniejsze, czyli moment zaistnienia znowy przetargowej.

Część wyroków wydawanych przez KIO oraz sądy powszechne, w których rozstrzygnięcie kwestii liczenia terminu wykluczenia pozostaje w zgodzie z pierwszym ze wspomnianych powyżej poglądów, opiera swoje stanowisko na wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako: „TSUE”) z dnia 24 października 2018 r. w sprawie o sygn. C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke Monchen GmbH) (dalej jako: „wyrok C-124/17”), dlatego zamawiający szerzej go omówił.

We wskazanym powyżej wyroku TSUE dokonał w trybie prejudycjalnym wykładni przepisów art. 57 ust. 1 w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej w odpowiedzi na następująco postawione pytania:

Dla dobrowolnych podstaw wykluczenia, które uregulowano w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, maksymalny okres lub termin dla wykluczenia wynosi zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 trzy lata, licząc od odnośnego zdarzenia. Czy jako "odnośne zdarzenie" należy rozumieć zaistnienie wymienionych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 podstaw wykluczenia, czy też chodzi tu o moment, od którego instytucja zamawiająca dysponuje pewną i potwierdzoną wiedzą o wystąpieniu podstawy wykluczenia? (jako pytanie nr 3)

Czy zgodnie z powyższym w przypadku spełnienia przesłanki wykluczającej wynikającej z art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24 poprzez udział wykonawcy w kartelu odnośnym zdarzeniem w rozumieniu art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 jest zaprzestanie udziału w kartelu, czy też uzyskanie przez instytucję zamawiającą pewnej i potwierdzonej wiedzy o jego udziale w kartelu? (jako pytanie nr 4)

Przy czym TSUE ocenił, że:

„(34) Poprzez pytania trzecie i czwarte, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się

zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną wart. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia należy liczyć od daty wydania decyzji tego organu.

(35) Jak wskazano we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, federalny urząd antykartelowy nałożył na Vossloh Laeis karę za to, że brała ona do roku 2011 udział w porozumieniach dążących do zakłócenia konkurencji w ramach kartelu szynowego. Spółka ta twierdzi, że "odnośnym zdarzeniem" w rozumieniu art. 57 ust. 7 tej dyrektywy, od którego oblicza się maksymalny okres wykluczenia, jest zakończenie uczestnictwa w kartelu. Sąd odsyłający wskazuje, że uzasadnienie do GWB dotyczące S 126 tej ustawy, mającego na celu transpozycję art. 57 ust. 7 może wspierać tezę, że zdarzeniem tym jest decyzja właściwego organu ds. ochrony konkurencji.

(37) Choć art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru "odnośnego zdarzenia", ani w szczególności momentu, w którym ono następuje, należy zauważyć, że przepis ten przewiduje w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, że jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat [lub 3 lat] powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia.

(38) W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiednią podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 d rekt 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji.

(39) Rozwiązanie to wydaje się tym bardziej uzasadnione, skoro - jak wskazał rzecznik generalny w pkt 83-85 opinii - wykazanie istnienia zachowań ograniczających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych.

(41) W rezultacie okres wykluczenia oblicza się nie od chwili uczestnictwa w kartelu, lecz od daty, w której to zachowanie stało się przedmiotem stwierdzenia."

Reasumując, w uproszczeniu można powiedzieć, że rozważając, czy przez „odnośne zdarzenie”, od którego należy liczyć okres wykluczenia, należy rozumieć zawarcie przez wykonawców porozumienia wymierzonego w konkurencję, czy też stwierdzenie tego faktu przez właściwy organ, TSUE opowiedział się na tle stanu faktycznego sprawy głównej za tym drugim rozumieniem.

Zamawiający podnosi, że jeżeli zatem nawet przyjąć, opierając się na wyroku C124/17, że to data stwierdzenia istnienia zmowy przetargowej przez właściwy organ jest datą, od której biegnie termin wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy, to zdaniem zamawiającego, powinna to być data, w której decyzja ta staje się prawomocna, bo tylko taka decyzja zyskuje walor wiążący. Poza sporem jest, że w sprawie taka decyzja jeszcze nie zapadła, trudno więc bronić stanowiska, że termin wykluczenia winien być liczony od zdarzenia, które nie zostało stwierdzone w prawomocnej decyzji. W Polsce postępowanie administracyjne jest co do zasady dwuinstancyjne, a od decyzji UOKiK przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu ochrony konkurencji i konsumentów. Dopiero po wyroku SOKiK decyzja UOKiK staje się ostateczna.

Zdaniem zamawiającego, z treści wyroku C-124/17 nie wynika, że datą, od której należy liczyć termin wykluczenia z postępowania, jest dzień nieprawomocnego stwierdzenia istnienia zmowy przetargowej.

Zgodnie z art. 16 par 3 Kodeksu postępowania administracyjnego, decyzje ostateczne, których nie można zaskarżyć do sądu, są prawomocne. Dopóki zatem decyzja administracyjna nie jest prawomocna, może zostać uchylona lub zmieniona przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Gdyby zatem jako podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania przyjmować decyzję nieprawomocną, to mogłoby to powodować nieakceptowalne skutki dla postępowania i dla jego uczestników, w przypadku, gdy następnie decyzja taka zostałaby uchylona lub zmieniona. W takim przypadku wykonawca wykluczony z postępowania zostałby pokrzywdzony, a zamawiający straciłby korzystną ofertę wykonawcy. Oczywistym jest bowiem, że skutki takiego wykluczenia byłby nieodwracalne. Zdaniem zamawiającego jest to nieakceptowalne z punktu widzenia pewności obrotu prawnego.

Zamawiający ma świadomość, że Krajowa Izba Odwoławcza w ciągu ostatnich kilku lat wydała kilka wyroków zgodnych z ww. linią orzecniczą (zob. np. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1457/22), jednakże w orzeczeniach Izby można zauważyć także liczne argumenty wskazujące na słuszność stanowiska, że to moment wystąpienia zmowy przetargowej winien być chwilą, od której liczony jest okres wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający bardzo obszernie przytoczył wyrok KIO z dnia 15 marca 2022 r., sygn. akt KIO 279/22, powołał również wyrok KIO z dnia 7 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 110/22, wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 296/22

Co więcej, Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 30 marca 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 5/23 wprost

wskazał, że „(...) pozostawienie przez ustawodawcę dość ogólnego pojęcia "zdarzenia będącego podstawą wykluczenia". mogące być rozmaicie interpretowanym, (...) w ocenie Sądu Okręgowego pozwala a wręcz ukierunkowuje na interpretację każdorazowo uwzględniającą różnorodność stanów faktycznych”

Rozstrzygając które wydarzenie winno być kluczowe w liczeniu terminu wykluczenia wykonawcy z postępowania, należy mieć na uwadze, że „Kluczowe znaczenie dla prawidłowej interpretacji omawianych norm ma okoliczność, iż art. 109 ust 1 pkt 7 oraz art. 111 pkt 4 ustawy mają charakter stricte sankcyjny. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w at. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, wiąże się dla wykonawcy z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres trzech lat (z zastrzeżeniem uprawnienia wykonawcy do skorzystania z instytucji samooczyszczenia). Sankcyjny charakter omawianych regulacji nakazuje ścisłą ich interpretację. w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej.” (wyrok KIO z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt KIO 566/22). A taką wykładnię stanowi — w ocenie zamawiającego — wyrok C-124/17, w którym TSUE uznał, iż zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE trzyletni okres podlegania przez wykonawcę wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówień publicznych należy liczyć od momentu, w którym właściwy organ antymonopolowy wydał decyzję potwierdzającą udział wykonawcy w porozumieniu antykonkurencyjnym i tym samym przesądziło, że „odnośnym zdarzeniem” jest władcze potwierdzenie przez organ publiczny, którego właściwość obejmuje sprawy z zakresu ochrony konkurencji, zawarcia przez konkretnego wykonawcę porozumienia mającego cechy niedozwolonego. Taką linię orzeczniczą przyjęła KIO w wielu swoich orzeczeniach. Zamawiający nie zgadza się jednak z tym stanowiskiem.

Jak wskazują przedstawiciele doktryny „Orzeczenia organów właściwych w zakresie spraw ochrony konkurencji jak i sądów ochrony konkurencji, w zakresie stwierdzania zmów przetargowych nie posiadają charakteru konstytutywnego - ich wydanie deklaratoryjnie stwierdza posiadanie przez porozumienie cech niedozwolonego, uczestniczenie w nim określonych podmiotów itp. (...) Przesłanki wykluczenia, obok kryteriów kwalifikacji, są jednym z instrumentów służących weryfikacji podmiotowej wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Każda spośród ustanowionych przez prawodawcę przesłanek odwołuje się do określonej, ujemnie ocenianej, cechy pretendenta do uzyskania zamówienia. Zarówno na poziomie prawa unijnego, jak i prawa krajowego rdzeniem analizowanej przez TS przesłanki eliminacyjnej jest zawarcie przez wykonawcę niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. W odróżnieniu od innych przesłanek eliminacyjnych, w tym m.in. wyrażonych w:

1.art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE (w którym to przesłanki eliminacyjne każdorazowo powiązane z wydaniem „prawomocnego wyroku z powodu dopuszczenia się” negatywnie ocenianego czynu, osłabiającego gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia przez podmiot, który się go dopuścił);

2.art. 57 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE (w którym ukonstytuowano przesłankę eliminacyjną poprzez odwołanie się do „ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej” ustalającej zaistnienie skonkretyzowanych stanów), okolicznością aktualizującą po stronie zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania jest „zawarcie porozumienia”, niepowiązane *expressis verbis* z żadną inną okolicznością, w tym stwierdzeniem zawarcia niedozwolonego porozumienia przez upoważniony organ publiczny (wykonawczy lub sądowiczy). Zawarta w art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/UE przesłanka w ogóle nie odwołuje się do stwierdzenia ww. okoliczności we właściwej procedurze przez organ władzy publicznej. W literalnym brzmieniu ww. przesłanki odwołano się wyłącznie do stwierdzenia przez zamawiającego zawarcia przez wykonawcę porozumienia antykonkurencyjnego, na podstawie wiarygodnych przesłanek. Rekapitulując, ani regulacje unijne. ani regulacje krajowe *expressis verbis* nie warunkują wykluczenia wykonawcy od wydania przez organ antymonopolowy decyzji stwierdzającej zawarcie przez wykonawców umowy.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, co następujące:

Zgodnie z przepisami — zarówno krajowymi, jak i unijnymi — przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania są aktualne tylko przez pewien konkretny okres w czasie. W prawie unijnym wyrazem tego jest przepis art. 57 ust. 7 Dyrektywy, zgodnie z którym do kompetencji państw członkowskich należy określenie maksymalnego okresu wykluczenia, przy czym:

1.Różowicz K., Temporalny zakres wykluczenia wykonawcy za udział w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Glosa do wyroku TS z dnia 24 października 2018 n, C-124/17.

1.jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, to nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1 (a *contrario* może być to okres dłuższy, jeżeli został przewidziany prawomocnym wyrokiem);

2.trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4.

W przepisach brak wyjaśnienia pojęcia „odnośnego zdarzenia” użytego w art. 57 Dyrektywy 2014/24/UE. Jest ono uniwersalne i uzupełnia treść każdej z ww. przesłanek, jednak jego znaczenie nie jest tożsame w przypadku każdej z przesłanek. Oznacza ono jedynie moment zaistnienia negatywnie ocenianego zdarzenia, które uzasadnia wyłącznie

możliwości ubiegania się przez wykonawcę o zamówienia publiczne. Zgodnie z wyrokiem C124/17 momentem tym jest wydanie orzeczenia lub decyzji przez upoważniony organ. W ocenie zamawiającego jest to jednak całkowicie błędna wykładnia, niekorzystna przede wszystkim dla wykonawców, bowiem w sposób rozszerzający traktuje możliwość liczenia terminu ich wykluczenia z postępowań przetargowych.

Wystąpienie przesłanki eliminacyjnej jest warunkiem koniecznym dla prawidłowego wykluczenia wykonawcy, jednak zarówno prawodawca unijny, jak i krajowy warunkuje wykluczenie wykonawcy z postępowania od wykazania zdarzenia będącego podstawą do takiego wykluczenia. Zdarzeniem takim może być np. zawarcie zmywy przetargowej przez wykonawcę. Zaistnienie takiej zmywy powinien stwierdzić zamawiający, co wprost wynika z przepisów („instytucja zamawiająca może stwierdzić” dyrektywa 2014/24/UE i „zamawiający jest w stanie wykazać” — PZP). Okoliczność tę zamawiający jest obowiązany wykazać przy zastosowaniu właściwych środków. Jak wskazuje doktryna „Niemożliwość wykazania, że wykonawca zawarł niedozwolone porozumienie antykonkurencyjne, nie oznacza, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu (nie charakteryzuje się ujemnie ocenianymi cechami podmiotowymi), lecz jedynie to, że zamawiający nie ma możliwości wykazania tego w sposób skuteczny. Innymi słowy, oznacza ni mniej, ni więcej, że organizator postępowania nie dysponuje możliwością wykazania ww. okoliczności w niezbędnym stopniu. Niemożliwość ta może wynikać z okoliczności faktycznych (np. niemożliwość zebrania odpowiednich materiałów uprawdopodobniających określoną okoliczność) lub prawnych (ustanowienia określonych reguł dowodowych, np. możliwości wykazania zmywy przetargowej wyłącznie ostateczną decyzją właściwego organu). W kontekście niemożliwości prawnej należy odnotować, że ani regulacje unijnego, ani krajowego (polskich i niemieckich) prawa ochrony konkurencji nie przewidują, iż organ antymonopolowy ma wyłączną kompetencję do stwierdzenia uczestnictwa konkretnego podmiotu w zmywie przetargowej. Co więcej, zarówno orzeczenia organów właściwych w zakresie spraw ochrony konkurencji, tak i sądów ochrony konkurencji w zakresie stwierdzania zmyw przetargowych nie mają charakteru konstytutywnego ich wydanie deklaratoryjnie stwierdza posiadanie przez porozumienie cech niedozwolonego, uczestniczenie w nim określonych podmiotów itp. Opierają się one na stwierdzeniu w toku postępowania toczącego się przed organem ochrony konkurencji, że w określonym momencie zostało zawarte niedozwolone porozumienie, trwało ono określony okres itd.

Niemożliwość wykazania niedozwolonego porozumienia nie wynika również *expressis verbis* z regulacji unijnego lub krajowego prawa zamówień publicznych. Wręcz przeciwnie, zgodnie z:

1.art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/UE stwierdzenie niedozwolonego porozumienia może nastąpić „na podstawie wiarygodnych przesłanek”;

2.art. 24 ust. 1 pkt 20 p.z.p. ww. okoliczność może zostać potwierdzona „za pomocą stosownych środków dowodowych”.

W świetle regulacji dyrektywy 2014/24/UE środkami uprawdopodobniającymi w wystarczającym stopniu zawarcie zmywy przetargowej nie muszą być orzeczenia sądowe lub decyzje odpowiednich organów (a *contrario* z art. 57 ust. 1 lub 2 dyrektywy 2014/24/UE). Co więcej, prawodawca unijny nie wymaga nawet, by instytucja zamawiająca „wykazała (udział wykonawcy w zmywie) za pomocą stosownych środków” (zob. art. 57 ust. 4 lit. a lub c dyrektywy 2014/24/UE). Wystarczające jest „stwierdzenie” zmywy „na podstawie wiarygodnych przesłanek”, a więc uprawdopodobnienie udziału wykonawcy w niedozwolonym porozumieniu. Krajowy prawodawca postawił we wskazanym zakresie wyższe wymagania nakładające na zamawiającego obowiązek potwierdzenia zawarcia zmywy „za pomocą stosownych środków dowodowych”, jednakże nie muszą nimi być orzeczenia Prezesa UOKiK lub SOKiK. Podsumowując powyższe, ani literalna wykładnia analizowanych regulacji prawnych, ani wzgląd na konieczność uwzględnienia aspektów systemowych nie skłania do przejęcia, że wydanie orzeczenia przez organ administracji lub sądowny jest warunkiem *sine qua non* zaktualizowania się przesłanki eliminacyjnej, o której mowa w art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/UE. tak również by był to jedyny prawnie dopuszczalny środek dowodzący wzięcie przez wykonawcę udziału w zmywie.

Powyższa wykładnia stoi niestety w sprzeczności z tą zaprezentowaną przez TSUE. Stanowisko Trybunału opiera bowiem na tezie, że istnienie jakichkolwiek zachowań ograniczających konkurencję powinno być uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji upoważnionego organu, która stwierdza takie zachowanie. Organ orzecznicy odwołuje się w uzasadnieniu wyroku C-124/17 do Opinii Rzecznika Generalnego, w której przyjęto, że istnienie porozumienia ograniczającego konkurencję „można uznać za udowodnione (zważywszy na domniemanie niewinności) jedynie w wyroku sądowym lub w decyzji administracyjnej. W takim przypadku, który jest przedmiotem tej sprawy, data wydania wyroku lub decyzji (będącej skazaniem niedosłownie) stanowi „odnośne zdarzenie” rozpoczynające bieg trzyletniego okresu wykluczenia” W tym miejscu zamawiający wskazał, że regulacje krajowe w żadnym miejscu nie przewidują, że orzeczenie właściwego organu jest jedynym środkiem umożliwiającym udowodnienie zaistnienia zmywy przetargowej. Przyjęcie za słuszne stanowiska TSUE oznaczałoby postawienie znaku równości pomiędzy „zawarciem porozumienia ograniczającego konkurencję”, a wydaniem orzeczenia przez upoważniony do tego organ. Przepis art. 57 Dyrektywy

2014/24 nie wskazuje jednak na taką wykładnię.

Dodatkowo zamawiający podkreślił, że „Rzecznik Generalny w wydanej przez siebie Opinii powołał się również na argument „obiektywnego istnienia podstawy wykluczenia” występującego wyłącznie w sytuacji, w której instytucja zamawiająca ma realną możliwość wykazania, na podstawie orzeczenia właściwego organu, że wykonawca zawarł zakazane prawem porozumienie. Pomimo trudności w wykazaniu przez zamawiającego zawarcia zmowy przetargowej przez wykonawcę innymi dowodami niż orzeczenie właściwego organu, powyższe nie jest niemożliwe (ani prawnie, ani faktycznie). Zważając na powyższe, „obiektywne istnienie podstawy wykluczenia” stanowi modyfikację wyraźnego, literalnego brzmienia regulacji art. 57 ust. 7 w zw. z art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/UE. Pomimo że zastosowanie dyrektyw wykładni językowej doprowadza proces interpretacji do odkodowania przesłanki trudnej do zastosowania w praktyce (ze względu na konieczność oparcia się przez instytucję zamawiającą na zebranych materiałach dowodowych), to nie skutkuje odkodowaniem przesłanki wadliwej konstrukcyjnie (np. wewnętrznie sprzecznej, niemożliwej do zaktualizowania itd.). Ze względu na powyższe znaczące zmodyfikowanie treści przesłanki, z powołaniem się na dyrektywę wykładni funkcjonalnej, nie wydaje się zasadne. Pomimo możliwości sformułowania argumentów przemawiających za przyjęciem reguły zaprezentowanej przez TS, to nie tylko nie są one jedynymi, jakie należy uwzględnić we wskazanym zakresie, ale również nie zostały one uznane za preferowane przez prawodawcę. Powyższemu dał wyraz konstruując zawartą w art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/UE przesłankę postępującą się pojęciem „zawarcia porozumienia”, a nie stwierdzenia zawarcia porozumienia” lub „wydania orzeczenia przez właściwy organ”. Nadane art. 57 ust. 4 lit. d brzmienie test zabiegiem celowym zmierzającym m.in. do uelastycznienia procesu eliminowania wykonawców biorących udział w niedozwolonych porozumieniach antykonkurencyjnych z postępowań o udzielenie zamówień m.in. ze względu na długotrwałość postępowań przed organami ochrony konkurencji, tak również dynamiczne zmiany w strukturach organizacyjnych podmiotów mogące mieć wpływ na unikanie przez wykonawców konsekwencji eliminacyjnych. Przedstawiona przez TS interpretacja krępuje tę elastyczność, z odwołaniem się na wartość konkurencyjnych — pewność obrotu prawnego i reguły domniemania niewinności wykonawcy

Zdaniem zamawiającego należałoby założyć, że podobne stanowisko prezentował polski prawodawca konstruując przepisy ustawy, będącej, jak wspomniano wcześniej, transpozycją unijnych przepisów Dyrektywy. Zwrócił uwagę na fakt, że wyrok C-124/17 został wydany przez TSUE w dniu 24 października 2018 r. Z kolei ustawa Prawo zamówień publicznych wydana została w dniu z dnia 11 września 2019 r., czyli niemal rok po wydaniu ww. orzeczenia Trybunału. Można więc założyć, że gdyby polski prawodawca chciał zgodzić się z wykładnią prezentowaną w wyroku TSUE, nic nie stało na przeszkodzie by doprecyzował on przepis art. 111 pkt 4) ustawy, wskazując wprost, że termin winien być liczony od momentu wydania prawomocnego orzeczenia lub decyzji upoważnionego organu.

Wyżej wskazane stanowisko wydaje się być słuszne szczególnie mając na uwadze fakt, że inne pkt wskazanego powyżej przepisu art. 111 ustawy zawierają właśnie takie doprecyzowania. W polskich przepisach zachowano jednak pewną elastyczność w odniesieniu do liczenia terminu określonego w przepisie art. 111 pkt 4 ustawy, a jakkolwiek wykładnia rozszerzająca, wskazująca na interpretację, która absolutnie w żaden sposób nie wynika z przepisów (zarówno krajowych jak i unijnych), byłaby bez wątpienia krzywdząca dla

wykonawców. Postępowania o stwierdzenie zmowy przetargowej często są znacznie rozciągnięte w czasie i utożsamianie momentu terminu wykluczenia z momentem wydania orzeczenia, czy decyzji prowadziłoby, w ocenie zamawiającego, do niekontrolowanego wydłużania okresu, na jaki wykonawcy mogliby zostać wykluczani z postępowań na rynku, co bez wątpienia naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podsumowując, zdaniem zamawiającego, zasada pewności obrotu prawnego wymaga, aby termin, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy, był liczony:

- 1) od daty zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, albo
- 2) od daty stwierdzenia zaistnienia tego porozumienia przez Prezesa UOKiK, w drodze wydania prawomocnej decyzji.

Jeśli Krajowa Izba Odwoławcza opowiada się za pierwszą z tych dat, to termin 3-letni już upłynął, ponieważ zawarcie porozumienia miało miejsce w 2017 r. Jeśli natomiast właściwy jest drugi z tych terminów, to nie rozpoczął on jeszcze biegu. W obu zatem przypadkach w niniejszym postępowaniu nie zaistniała przesłanka do wykluczenia Konsorcjum ET z postępowania.

21 stycznia 2025 r. przystępujący złożył stanowisko pisemne wnosząc o oddalenie odwołania, jako w całości bezzasadnego (tak co do zarzutu rzekomego zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty z powodu ziszczenia się wobec niego przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt ustawy, jak i zarzutu wprowadzenie zamawiającego w błąd co do ziszczenia się tej przesłanki).

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1) decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 28 grudnia 2022 r., nr PRZ.410.2.2020.US celem wykazania faktów:

– zawarcia w 2017 r. przez przystępującego z innymi podmiotami konsorcjum na potrzeby udziału w prowadzonym

przez Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” postępowaniu przetargowym na odbiór (i zagospodarowanie) odpadów komunalnych w latach 2018 – 2022, które to konsorcjum Prezes UOKiK uznał za porozumienie ograniczające konkurencję,

– rozwiązania konsorcjum w 2020 r. w związku z wcześniejszym rozwiązaniem przez GOAP umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych w następstwie powołanego wyżej przetargu,

– faktycznego okresu trwania przedmiotowego konsorcjum – lata 2017 – 2020,

2) odwołania wniesionego przez Przystępującego do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów od powołanej wyżej decyzji Prezesa UOKiK wraz z potwierdzeniem jego złożenia celem wykazania faktu – braku przymiotu ostateczności i prawomocności przedmiotowej decyzji.

Odwołujący postawił zamawiającemu tak naprawdę tylko jeden zarzut (pierwszy zarzut), tj. zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, a to z uwagi na to, że przystępujący rzekomo dopuścił się w 2017 r. zawarcia z innymi podmiotami (w tym i odwołującym) porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji (przesłanka z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy), co zamawiający powinien był (w ocenie odwołującego) stwierdzić na podstawie nieostatecznej i nieprawomocnej decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 28 grudnia 2022 r., nr PRZ.410.2.2020.US, traktujący tę decyzję jako „wiarygodną przesłankę” tzw. zmowy przetargowej.

Z tak postawionym zarzutem nie sposób się zgodzić. O ile bowiem nieostateczną i nieprawomocną decyzję Prezesa UOKiK można traktować co do zasady jako „wiarygodną przesłankę” na podstawie której dany zamawiający publiczny (tutaj zamawiający) mógłby samodzielnie stwierdzić w ramach prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia, że dany wykonawca (tutaj przystępujący) zawarł porozumienie ograniczające konkurencję (czemu jednak przystępujący wyraźnie zaprzecza), o tyle nie przesądza to jeszcze, że okoliczność ta (zawarcia porozumienia) ma jakiegokolwiek znaczenie w tym postępowaniu. Skoro bowiem powołana decyzja odnosi się do zdarzenia jakim było zawarcie przez przystępującego z innymi podmiotami (w tym odwołującym) konsorcjum w 2017 r. na potrzeby udziału w postępowaniu przetargowym na odbiór (i zagospodarowanie) odpadów komunalnych prowadzonym przez Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, to przecież od tego zdarzenia upłynęły już ponad 3 lata, a tym samym przystępujący obiektywnie nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania zgodnie z art. 111 pkt 4 ustawy.

Drugi z postawionych przez odwołującego zarzutów (zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd przez złożenie w JEDZ oświadczenia, że przystępujący nie zawarł z innymi podmiotami porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji) jest konsekwencją pierwszego zarzutu. Jeżeli pierwszy zarzut odwołującego jest bezpodstawny to z konieczności logicznej drugi z zarzutów nie może się ostać – przystępujący nie mógł wprowadzić zamawiającego w błąd co do tego, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, jeżeli obiektywnie nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, a tak właśnie jest w tym przypadku.

Co więcej, skoro przystępujący wniósł odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów od przedmiotowej decyzji Prezesa UOKiK, to do czasu uprawomocnienia się tej decyzji nie może on dokonać skutecznego samooczyszczenia. Skuteczne samooczyszczenie możliwe jest tylko w przypadku bezwarunkowego przyznania się przez wykonawcę do zarzuczonego mu naruszenia prawa, co czyniłoby bezzasadnym wniesione odwołanie od decyzji, a tym samym pozbawiałoby przystępującego zagwarantowanego mu prawa do obrony.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest to, że w złożonym JEDZ przystępujący nie udzielił odpowiedzi twierdzącej na pytanie „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?” (Część III lit. C JEDZ).

Bezsporne jest też to, że Prezes UOKiK wydał 28 grudnia 2022 r. decyzję nr PRZ.410.2.2020.US, w której uznał, że w 2017 r. przystępujący zawarł z innymi podmiotami (w tym Odwołujący) porozumienie ograniczające konkurencję – konsorcjum na potrzeby udziału w prowadzonym przez Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” postępowaniu przetargowym na odbiór (i zagospodarowanie) odpadów komunalnych w latach 2018 – 2022, które to konsorcjum funkcjonowało (było realizowane) w latach 2018 – 2020 r. Funkcjonowanie konsorcjum zakończyło się w 2020 r. w związku z wcześniejszym rozwiązaniem przez GOAP umów w sprawie zamówienia publicznego (z powodu ustawowej zmiany zasad rozliczenia usługi odbioru odpadów komunalnych – rozliczenie za każdą odebraną tonę odpadów) i ogłoszeniem przez niego w 2019 r. i 2020 r. nowych przetargów na odbiór (i zagospodarowanie) odpadów komunalnych z terenu związku, w których ofert nie złożyło już konsorcjum z udziałem przystępującego.

Bezspornym winno być również i to, że przedmiotowa decyzja Prezesa UOKiK jest nieostateczna i nieprawomocna. Przystępujący, tak jak i odwołujący (co wynika choćby z samooczyszczenia odwołującego załączonego do oferty), wniósł do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołanie od tej decyzji, a sprawa sądowa się jeszcze nie zakończyła.

Te trzy bezsporne okoliczności determinują konieczność uznania zachowania przystępującego i zamawiającego w tym

postępowaniu za prawidłowe.

O ile bowiem można przyjąć, za powołanym przez odwołującego wyrokiem Izby z 20 maja 2024 r. (sygn. KIO 1456/24 i 1473/24), że nieostateczna i nieprawomocna decyzja Prezesa UOKiK stwierdzająca daną praktykę za ograniczającą konkurencję pozwala każdemu zamawiającemu publicznemu w ramach procedowanego przez niego postępowania uznać tę decyzję za „wiarygodną przesłankę” (w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy) samodzielnego stwierdzenia przez tego zamawiającego zaistnienia zdarzenia skutkującego wykluczeniem danego wykonawcy z tego postępowania, o tyle decyzja ta (dopóki nie uzyska przymiotu prawomocności) nie może stanowić samodzielnego zdarzenia względem którego należy liczyć termin „przedawnienia” wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy. Zaznaczyć przy tym należy, że kwestia zastosowania art. 111 pkt 4 ustawy nie była przedmiotem rozważań Izby w powołanej sprawie.

Izba wypowiedała się już jednak na temat sposobu liczenia okresu „przedawnienia” z art. 111 pkt 4 ustawy w sytuacji, w której zamawiający publiczny prowadzący dane postępowanie oceniał samodzielnie dopuszczalność wykluczenia wykonawcy na podstawie stwierdzonych przez siebie wiarygodnych przesłanek dotyczących tzw. zmowy przetargowej (a więc w sytuacji gdy nie istniała w obrocie prawomocna decyzja Prezesa UOKiK stwierdzająca zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję) – zob. wyrok z 7 lutego 2022 r., sygn. KIO 110/22. Izba nie miała wątpliwości co do tego, że w takiej sytuacji 3-letni okres „przedawnienia” z art. 111 pkt 4 ustawy należy liczyć zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu, a więc od zdarzenia jakim jest zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. W przedmiotowym przypadku takim porozumieniem miałyby być konsorcjum zawarte z udziałem przystępującego w 2017 r., a które funkcjonowało (było realizowane) w latach 2018-2020. Oczywistym jest zatem, że od tak postrzeganego zdarzenia mięły już ponad 3 lata, a tym samym jego zawarcie nie mogło mieć żadnego znaczenia w ramach przetargu procedowanego przez zamawiającego, a już na pewno nie mogło stanowić przesłanki do wykluczenia wykonawcy, którą należało wskazać w JEDZ.

W świetle orzecznictwa Izby, zresztą nawiązującym do orzecznictwa ETS, w naszym porządku prawnym decyzja Prezesa UOKiK stwierdzająca zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję może i powinna być samodzielnym zdarzeniem od którego należy liczyć termin z art. 111 pkt 4 ustawy, ale dopiero w chwili uzyskania przez nią przymiotu ostateczności i prawomocności. Wtedy dopiero bowiem w naszym systemie prawnym taka decyzja podlega wykonaniu (aksjologia oparta na wyroku Izby z 23 czerwca 2022 r., sygn. KIO 1457/22). Skoro w przedmiotowym przypadku nie zapadło jeszcze orzeczenie SOKiK, to decyzji Prezesa UOKiK z 28 grudnia 2022 r. nie można jeszcze traktować jako samodzielnego zdarzenia aktualizującego przesłankę wykluczenia zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Na marginesie, o tym że nieostateczna i nieprawomocna decyzja Prezesa UOKiK nie może być traktowana jako samodzielne zdarzenie będące przesłanką wykluczenia danego wykonawcy, który wniósł odwołanie do SOKiK od tej decyzji, świadczy także i to, że odmienna interpretacja (tj. traktowanie decyzji jako samodzielnego zdarzenia) prowadziłyby do absurdu skutku (paradoksu), który jest niemożliwy do zaakceptowania w demokratycznym państwie prawnym. Mianowicie, oczywistym jest, że skuteczne samooczyszczenie wykonawcy może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy wykonawca ten bezwarunkowo przyzna się do naruszenia prawa (zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję). Jeżeli wykonawca wniósł odwołanie do SOKiK, to konieczność dokonania przez niego samooczyszczenia względem nieostatecznej i nieprawomocnej decyzji Prezesa UOKiK w ramach postępowania przetargowego w którym złożył ofertę rzutowałaby na stwierdzenie bezpodstawności wniesionego odwołania do SOKiK, i odbierałaby możliwość obrony swych praw przez tego wykonawcę. Alternatywnie, taki wykonawca (który odwołał się do SOKiK) musiałby zrezygnować z udziału w postępowaniach przetargowych do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia co do prawidłowości decyzji Prezesa UOKiK, bo i tak nie byłby w stanie dokonać skutecznego samooczyszczenia (skoro nie mógłby przyznać się bezwarunkowo do zmowy przetargowej). Taki stan rzeczy prowadziłby do jeszcze bardziej absurdu skutku ingerującego w niedopuszczalny sposób w swobodę wykonywania działalności gospodarczej.

Stąd też jedynym słusznym rozwiązaniem, zapewniającym zachowanie spójności naszego systemu prawnego, jest przyjęcie, że do czasu uzyskania przymiotu ostateczności i prawomocności przez decyzję Prezesa UOKiK, stwierdzającą tzw. zmwę przetargową, dany zamawiający publiczny może samodzielnie w ramach prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie tej decyzji dojść do przekonania (stwierdzić), że dany wykonawca dopuścił się zarzucanej mu zmowy przetargowej, ale wtedy termin „przedawnienia” liczony musi być od zarzucanego temu wykonawcy zdarzenia, jakim jest zawarcie zarzucanej zmowy przetargowej.

Natomiast taka decyzja Prezesa UOKiK stanie się „samodzielną” przesłanką od której winien być liczony termin „przedawnienia” dopiero od chwili uzyskania przez nią przymiotu ostateczności i prawomocności. Skoro w przedmiotowym przypadku decyzja Prezesa UOKiK wydana m.in. w stosunku do przystępującego nie jest ostateczna i prawomocna, a od zawarcia i funkcjonowania zakwestionowanego w tej decyzji konsorcjum minęły ponad 3 lata, to przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy nie ma zastosowania do przystępującego w tym postępowaniu. Tym samym, zachowanie przystępującego i zamawiającego było prawidłowe.

23 stycznia 2025 r. w dodatkowym pisemnym stanowisku odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie

dowodów z dokumentów:

1. Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr RPZ 12/2022 z 28 grudnia 2022 r., RPZ.410.2.2020.US, (link w treści odwołania, dokument zostanie złożony na rozprawie) celem wykazania faktów:

a. wystąpienia wiarygodnych przesłanek, że lider przystępującego zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz daty ich wystąpienia,

b. wprowadzenia zamawiającego w błąd co do braku podstaw wykluczenia,

2. dokumentu JEDZ lidera przystępującego (w aktach sprawy), celem wykazania faktów:

a. wprowadzenia zamawiającego w błąd co do braku podstaw wykluczenia przez lidera przystępującego,

b. zatajenia informacji o podleganiu wykluczeniu przez lidera przystępującego,

3. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (w aktach sprawy), celem wykazania faktów:

a. istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu z powodu wprowadzenia w błąd zamawiającego przez lidera przystępującego,

4. dokumentu z 23 lutego 2024 r. – „Wyjaśnienia Wykonawcy EKO-TOM TURGUŁA SPÓŁKA JAWNA dot. Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 grudnia 2022 r. (decyzja nr RPZ 12/2022)” (dokument załączony do pisma), celem wykazania faktów:

a. wprowadzenia zamawiającego w błąd co do braku podstaw wykluczenia przez lidera przystępującego,

b. zatajenia informacji o podleganiu wykluczeniu przez lidera przystępującego,

c. zamierzonego działania lidera przystępującego lub rażącego niedbalstwa, ewentualnie jego lekkomyślności lub niedbalstwa.

Z kolei odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie zamawiającego i stanowiska przystępującego (oba pisma z 21 stycznia 2025 r.), kluczową okolicznością dla sprawy jest fakt, który wypływa również z powołanego w odwołaniu orzeczenia Izby KIO 1456/24, KIO 1473/24, że to decyzja Prezesa UOKiK (a więc wydana przez powołany do tego organ) stanowi wiarygodną przesłankę, na której zamawiający powinien oprzeć decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Dopiero od daty wydania tej decyzji należy więc liczyć trzyletni termin wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy.

Natomiast w odpowiedzi na odwołanie zamawiający dochodzi do konkluzji, wedle której trzyletni termin wykluczenia należy liczyć od daty zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję albo od daty stwierdzenia zaistnienia tego porozumienia przez Prezesa UOKiK, w drodze wydania prawomocnej decyzji. Sprowadzenie wykładni art. 111 pkt 4 ustawy wyłącznie do tej alternatywy rozłącznej jest jednak nieuprawnione, ponieważ zupełnie pomija normę wynikającą z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, który stanowi odzwierciedlenie art. 57 ust. 4 lit d Dyrektywy 2014/24/UE.

Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy uzależnia wykluczenie wykonawcy z postępowania od stwierdzenia przez zamawiającego, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (analogicznie art. 57 ust. 4 lit d Dyrektywy 2014/24/UE). Ten przepis nie odnosi się do pojęć „ostateczności decyzji” czy „prawomocności decyzji”, lecz do stanu świadomości zamawiającego. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy należy zastosować wtedy, gdy zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

W stanie faktycznym tej sprawy, dnia 7 czerwca 2017 r., przystępujący zawarł umowę konsorcjum, która co do zasady jest dopuszczona przepisami prawa. Zasady wspólnego ubiegania się o zamówienie regulują chociażby przepisy ustawy, a konsorcjum jest powszechnie stosowaną konstrukcją w systemie zamówień publicznych. Sama ta okoliczność nie mogła być potraktowana przez zamawiającego – jednostkę samorządu terytorialnego – za wiarygodną przesłankę do uznania, że ta umowa konsorcjum stanowi czyn naruszający konkurencję. Jednostka samorządu terytorialnego nie jest organem wyspecjalizowanym w rozstrzyganiu spraw z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Takim organem jest Prezes UOKiK (por. wywód KIO w tym zakresie w powołanym w odwołaniu wyroku KIO 1456/24, KIO 1473/24) i dopiero wydanie przez niego decyzji stanowiło wiarygodną przesłankę dla przyjęcia, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postaci umowy konsorcjum z dnia 7 czerwca 2017 r.

Paradoksalnie, uznanie przez przystępującego, że okres wykluczenia należałoby liczyć od daty zawarcia konsorcjum, stanowiłoby przyznanie, że lider przystępującego świadomie przystąpił do struktury, która ma naruszać konkurencję. Tymczasem żaden z członków konsorcjum (z pewnością nie odwołujący) nie mieli zamiaru naruszenia przepisów antymonopolowych i dlatego w dalszym ciągu kwestionują decyzję Prezesa UOKiK. Nie zmienia to jednak faktu, że dopiero wydanie tej decyzji stanowi wiarygodną przesłankę, że wykonawcy (w tym lider przystępującego) zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Bez znaczenia jest tu przekonanie przystępującego i odwołującego, że Prezes UOKiK myli się w swojej decyzji, ponieważ norma, która wynika z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy nie odnosi się do prawomocności czy ostateczności decyzji, ale do wiarygodnych przesłanek. Bez wątpliwości wydanie decyzji przez organ powołany do zwalczania czynów

antykonkurencyjnych stanowi taką wiarygodną przesłankę. Gdyby ustawodawca zamierzał odwołać się w tym przepisie do innych stanów faktycznych, na przykład prawomocnych wyroków lub decyzji, to właśnie w taki sposób ująłby treść tego przepisu.

Dopiero w tym kontekście należy odnieść się do art. 111 pkt 4 ustawy, który nakazuje wykluczyć wykonawcę na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, w sytuacji o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy. W stanie faktycznym sprawy zdarzeniem będącym podstawą wykluczenia, od którego należy liczyć termin trzyletni, jest data wydania decyzji przez Prezesa UOKiK. Wcześniej nikt nie rozpatrywał konstrukcji konsorcjum, w które wchodził lider przystępującego, w kategorii niedozwolonego porozumienia. Stało się to dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa UOKiK. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy nie odnosi się do pojęcia prawomocności czy ostateczności decyzji lub innego aktu. Przepis ten odnosi się do „wiarygodnych przesłanek”, a te powstały dopiero w momencie, gdy Prezes UOKiK wydał decyzję, w której stwierdził, że w dniu 7.06.2017 roku strony postępowania, tj. Remondis, PreZero, KDS, ORDO, EKO-TOM, Vikom, PUK A. ZYS, zawarły umowę konsorcjum (str. 11. decyzji Prezesa UOKiK). Konsorcjum miało charakter jawny, a strony konsorcjum działały w poczuciu zgodności z prawem, zakładając, że taka formuła jest prawidłowa. Ten stan rzeczy zmienił się dopiero na skutek wydanej 28 grudnia 2022 r. decyzji Prezesa UOKiK.

Prawdą jest, że przepisy ustawy, jak również dyrektywy zamówieniowej nie zawierają jednoznacznych wytycznych, od którego momentu należy liczyć okres 3 lat, na jaki wykonawca zostaje wykluczony z uwagi na stwierdzone porozumienie pomiędzy wykonawcami. Niemniej, odnosząc się do powołanego przez Zamawiającego wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke München GmbH, w którym TSUE dokonał interpretacji pojęcia „odnośnego zdarzenia”, to nie można z niego wyprowadzić wniosku, który wyprowadza zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a który brzmi:

(...) jeżeli zatem nawet przyjąć, opierając się na wyroku C124/17, że to data stwierdzenia istnienia zmowy przetargowej przez właściwy organ jest datą, od której biegnie termin wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy, to zdaniem Zamawiającego, powinna to być data, w której decyzja ta staje się prawomocna, bo tylko taka decyzja zyskuje walor wiążący.

Trybunał stwierdził coś zupełnie przeciwnego, a na pew. Jak bowiem czytamy w uzasadnieniu

38.W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiedzialnością podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji.

39.Rozwiązanie to wydaje się tym bardziej uzasadnione, skoro - jak wskazał rzecznik generalny w pkt 83-85 opinii - wykazanie istnienia zachowań ograniczających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych.

40.Ponadto, jak podkreśliła Komisja, zainteresowany wykonawca nadal ma w tym okresie możliwość podjęcia środków, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, w celu wykazania swojej rzetelności, jeżeli mimo wszystko pragnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

41.W rezultacie okres wykluczenia oblicza się nie od chwili uczestnictwa w kartelu, lecz od daty, w której to zachowanie stało się przedmiotem stwierdzenia naruszenia przez właściwy organ.

42.Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania trzecie i czwarte powinna brzmieć: art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia oblicza się od daty wydania decyzji tego organu.

Powyższego wyroku TSUE nie można więc rozumieć w sposób prezentowany przez zamawiającego i przystępującego, ponieważ Trybunał nie wspomina o prawomocności czy ostateczności decyzji, ale o dacie jej wydania („zapadalności”, gdzie w wersji angielskiej wyroku tłumaczy się to jako „(...) is calculated from the date of that decision” [„od daty” decyzji – przyp. TM], a w wersji z języka niemieckiego, w którym prowadzone było postępowanie jest użyte sformułowanie „(...) ab dem Datum dieser Entscheidung berechnet wird” [czyli również „obliczone od daty tej decyzji” – przyp. TM]. Trybunał jednak stwierdza wprost, że wykazanie istnienia zachowań ograniczających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych. W ocenie TSUE ma więc znaczenie przypisanie danemu zdarzeniu określonej kwalifikacji prawnej, a tej może dokonać wyłącznie uprawniony do tego organ, którym jest w tym wypadku Prezes UOKiK. Tak jest również w stanie faktycznym tej sprawy.

Warto też wspomnieć, że na kanwie wyroku TSUE Krajowa Izba Odwoławcza wydała również wyrok z dnia 23 czerwca 2022 r., KIO 1457/22, w którym stwierdziła, że dla pewności i przewidywalności prawa przyjąć należy, że co do zasady, początkowym zdarzeniem do obliczenia 3-letniego okresu wykluczenia powinna być decyzja właściwego organu. Jest to bez wątpienia zgodne z treścią art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, który odnosi się do wiarygodnych przesłanek, a dla ich

wiarygodności nie jest konieczny aspekt „prawomocności”.

Początek okresu wykluczania wykonawcy w odniesieniu do zawierania porozumień antykonkurencyjnych został tu więc uregulowany w sposób szczególny i odmiennie niż w przepisach art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a-h i pkt 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, które w ślad za art. 57 ust. 1 w zw. z ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE odwołują się do istnienia prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji jako momentu początkowego okresu wykluczenia. Przepisy art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy, nie odnoszą się do zdarzeń „pewnych” i decyzji posiadających walor „wiążących”, lecz do porozumień, które z natury rzeczy mają charakter niejawni.

Nie należy zapominać, na co również zwrócił uwagę TSUE w omawianym wyroku, że wykonawcy przysługują środki w postaci samooczyszczenia. Nie jest więc tak, że wykonawcy są pozbawieni możliwości udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli występuje względem nich przesłanka z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Niezależnie od powyższego, przystępujący powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy, ponieważ nie poinformował zamawiającego o istotnej okoliczności związanej z wydaniem decyzji przez Prezesa UOKiK oraz o toczącym się postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w związku z czym zataił tę informację przed zamawiającym. Odwołujący podkreślił, że działanie przystępującego jest tu niekonsekwentne, ponieważ w innych postępowaniach przystępujący informował zamawiających o tym fakcie (m. in. w postępowaniu na „Odbiór i transport niesegregowanych [zmieszanych] odpadów komunalnych oraz odbiór, transport i zagospodarowanie Bioodpadów i pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych położonych na terenie gminy Czerwonak”, BZ.271.2.2024).

Dowód:

-dokument z 23 lutego 2024 r. – „Wyjaśnienia wykonawcy EKO-TOM TURGUŁA SPÓŁKA JAWNA dot. Decyzji Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 grudnia 2022 r. (decyzja nr RPZ 12/2022)” złożone w postępowaniu na „Odbiór i transport niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odbiór, transport i zagospodarowanie Bioodpadów i pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych położonych na terenie gminy Czerwonak”, BZ.271.2.2024

Powyższe świadczy o próbie zatajenia tej informacji, ewentualnie o niedbalstwie w przygotowaniu i złożeniu oferty w postępowaniu, stąd spełnione są przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy.

Stan faktyczny:

W SWZ zamawiający zawarł następujące postanowienia:

ROZDZIAŁ V Podstawy wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 PZP (...)

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, art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego oraz art. 5k Rozporządzenia Rady (UE) 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. Na podstawie:

5)art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP Zamawiający wykluczy 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 chyba że wykażą, że przygotowali te oferty niezależnie od siebie,

3.W postępowaniu 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. Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

4.Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, PZP, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 PZP. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w zdaniu poprzednim, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Jeżeli podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa wyżej, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wyklucza Wykonawcę.

ROZDZIAŁ VII Wykaz oświadczeń oraz podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia (...)

1.W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w ust. 1 rozdziału V SWZ i ust. 3 rozdziału V SWZ oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 1 rozdziału VI SWZ, jak również w celu wykazania zgodności oferowanych usług z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego, Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w SWZ):

WRAZ Z OFERTĄ:

a) oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”), sporządzonego zgodnie ze wzorem określonym w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Treść JEDZ określona została w Załączniku nr 2 do SWZ. JEDZ należy złożyć wraz z ofertą. JEDZ Wykonawca sporządza, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej.

W JEDZ należy podać następujące informacje: Wypełnić w całości: Część I, Część II Część III:

-na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca w Części IV JEDZ wypełnia tylko sekcję alfa: OGÓLNE OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE WSZYSTKICH KRYTERIÓW KWALIFIKACJI;

-w Części III Sekcji D Wykonawca składa również oświadczenie w przedmiocie odnoszącym się do podstaw wykluczeniowych wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

NA WEZWANIE ZAMAWIAJĄCEGO:

Zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej, działając na podstawie art. 126 ust. 1 PZP wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, określonych w SWZ.

7) oświadczenie Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 275), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej; wzór oświadczenia Wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej stanowi Załącznik nr 5 do SWZ,

11) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożonym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w: a) art. 108 ust. 1 pkt 3 PZP, b) art. 108 ust. 1 pkt 4 PZP, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego, c) art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, d) art. 108 ust. 1 pkt 6 PZP, e) art. 109 ust. 1 pkt 1 PZP, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1170 ze zm.), f) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny, g) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP, h) art. 109 ust. 1 pkt 3 PZP, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny, i) art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7-10 PZP; wzór oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożonym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania stanowi załącznik nr 3 do SWZ.

7. W przypadku oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum):

3) JEDZ składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na formularzu JEDZ powinno zostać złożone wraz z ofertą pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej,

4) dokumenty, o których mowa ust. 1. pkt 6) – 11) rozdziału VII SWZ obowiązany będzie złożyć każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

ROZDZIAŁ XII Termin składania i otwarcia ofert

1. Ofertę należy złożyć za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia do dnia 17.10.2024 roku do godz. 10.00

Bezsporne, że ofertę w postępowaniu złożyło Konsorcjum EKO-TOM Turguła Spółka Jawna z Bolechową, ul. Poligonowa 1a i SPÓŁDZIELNIA KÓŁEK ROLNICZYCH W KAZIMIERZU BISKUPIM, ul. Golińska 10

W JEDZu EKO-TOM Turguła Spółka Jawna z Bolechowa, ul. Poligonowa 1a w sekcji III lit. C - porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie

konkurencji na pytanie, czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji? zaznaczono:

Proszę podać odpowiedź

Tak

Nie

Na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych EKO-TOM Turguła Spółka Jawna, Bolechowo, ul. Poligonowa 1a, 62-005 Owińska na załączniku nr 5 do SWZ oświadczył, że Wykonawca, którego reprezentuję, nie przynależy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 275 ze zm.) z innym wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu oraz złożył załącznik nr 3, w którym oświadczył oświadczam, że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm. - „PZP”), przedłożonym wraz z ofertą na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) przez Wykonawcę, którego reprezentuję, są aktualne w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania określonych w:

- art. 108 ust. 1 pkt 3 PZP,

- art. 108 ust. 1 pkt 4 PZP odnośnie do orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,

- art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP odnośnie do zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,

- art. 108 ust. 1 pkt 6 PZP,

- art. 109 ust. 1 pkt 1 PZP odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 70 ze zm.),

- art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny,

art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP,

- art. 109 ust. 1 pkt 3 PZP, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny,

- art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7-10 PZP,

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

Oświadczam, że nie zachodzą w stosunku do mnie przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1), dalej: rozporządzenie 833/2014, w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.4.2022, str. 1), dalej: rozporządzenie 2022/576.

DECYZJA nr RPZ 12/2022

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez:

1.REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

2.PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

3.A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z. w Środzie Wielkopolskiej,

4.EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie,

5.ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Czerwonaku,

6.Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” I.K. i R.K. sp. j. z siedzibą w Poznaniu,

7.„KDS” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonych w 2017 roku przez Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z siedzibą w Poznaniu na usługę odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów oraz na odbiór, transport i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne położonych na terenie sektorów I-XV wchodzących w skład ww. Związku, polegającego na uzgodnieniu przez ww. przedsiębiorców warunków składanych ofert.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021

r. poz. 275) nakłada się kary pieniężne z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji w wysokości:

1) 4 539 078,26 zł (słownie: cztery miliony pięćset trzydzieści dziewięć tysięcy siedemdziesiąt osiem złotych 26/100) na REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i

2) 1 363 499,98 zł (słownie: milion trzysta sześćdziesiąt trzy tysiące czterysta dziewięćdziesiąt dziewięć złotych 98/100) na PreZero Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i

3) 473 761,15 zł (słownie: czterysta siedemdziesiąt trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt jeden złotych 15/100) na A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A.Z. w Środzie Wielkopolskiej i

4) 404 869,15 zł (słownie: czterysta cztery tysiące osiemset sześćdziesiąt dziewięć złotych 15/100) na EKO-TOM Turguła sp. j. z siedzibą w Bolechowie i

5) 112 331,47 zł (słownie: sto dwanaście tysięcy trzysta trzydzieści jeden złotych 47/100) na ORDO Poznań sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Czerwonaku,

6) 176 643,82 zł (słownie: sto siedemdziesiąt sześć tysięcy sześćset czterdzieści trzy złote 82/100) na Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych „Vikom” I.K. i R.K. sp. j. z siedzibą w Poznaniu i

7) 154 038,38 zł (słownie: sto pięćdziesiąt cztery tysiące trzydzieści osiem złotych 38/100) na „KDS” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, płatne do budżetu państwa.

1.5 KONSORCJUM (2018-2022)

(25) W dniu 7.06.2017 roku strony postępowania, tj. Remondis, PreZero, KDS, ORDO, EKOTOM, Vikom, PUK A. ZYŚ zawarły umowę konsorcjum (dalej: „Umowa

Konsorcjum”). Liderem została spółka Remondis (dowód: k. 459-519 akt adm.)

(26) Celem Konsorcjum było przede wszystkim takie skumulowanie potencjału poszczególnych jego uczestników, aby pozwoliło ono na realizację usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych ze wszystkich sektorów ZM GOAP (dowód: k. 12-27 akt adm.).

(27) W Preambule Umowy Konsorcjum zawarto stwierdzenie, że w przekonaniu stron, efektywna realizacja zadań określonych w poszczególnych przetargach o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach 2018-2022, w tym osiągnięcie efektywności gospodarczej, jest możliwa „wyłącznie przy skali działalności wykraczającej poza jeden sektor oraz przy wykorzystaniu synergii wynikających z połączenia zasobów oraz doświadczenia Stron” (dowód: k. 463-487 akt adm.).

(28) Współpraca gospodarcza stron z założenia nie miała przekładać się na działalność gospodarczą poza Konsorcjum, co także zostało jasno określone w Umowie Konsorcjum: „Współpraca Stron prowadzona w ramach Konsorcjum nie będzie w żadnym przypadku przekładać się na działalność gospodarczą Stron realizowaną poza Konsorcjum” (Punkt D Preambuły Umowy Konsorcjum).

(29) Umowa Konsorcjum weszła w życie z dniem zawarcia i obowiązywała przez okres przygotowania i trwania Przetargów (również drugiej tury postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach 2018-2022), w tym przygotowania ofert Konsorcjum oraz przez okres wykonania i rozliczenia Umowy Konsorcjum oraz umów wykonawczych. W konsekwencji zatem, wobec korzystnego dla Konsorcjum rozstrzygnięcia Przetargów, obowiązywać miała do dnia całkowitego wykonania wszystkich praw i obowiązków stron względem siebie (w tym dokonania wzajemnych rozliczeń z tytułu realizacji Umowy Konsorcjum oraz umów wykonawczych). Zawarcie Umowy Konsorcjum miało na celu uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków stron związanych z udziałem w Przetargach ogłoszonych przez ZM GOAP, a w wypadku wyboru ofert Konsorcjum, w poszczególnych Przetargach także praw i obowiązków Stron wynikających z zawarcia i wykonywania umów z Zamawiającym.

(30) W celu precyzyjnego skoordynowania i uszczegółowienia zasad współpracy, zgodnie z Umową Konsorcjum, jej strony miały zawrzeć Porozumienie Szczegółowe, tj. pisemne porozumienie, w którym strony po rozstrzygnięciu Przetargów, określą szczegółowy (w tym terytorialny) podział zadań przypadających do realizacji poszczególnym przedsiębiorcom.

(31) Ponadto, zgodnie z ww. umową (dowód: Umowa Konsorcjum k. 463-487 akt adm.), niezwłocznie po jej zawarcu, strony miały zawrzeć Porozumienie Zakresowe, tj. pisemne porozumienie stron, w którym zostanie określony:

a. procentowy udział każdej ze stron w wynagrodzeniu za wykonywanie usług objętych umowami wykonawczymi,

b. zakres zaangażowania stron w realizację zadań wynikających z umów wykonawczych odniesiony stosunkowo do procentowego udziału stron w wynagrodzeniu za wykonywanie usług objętych umowami wykonawczymi.

(32) W Porozumieniu Zakresowym z dnia 22 listopada 2017 roku (dowód: k. 481-484 akt adm.), strony postanowiły, że wynagrodzenie przypadające każdej z nich z tytułu wykonywania umów wykonawczych (a także z wykonywania umowy interwencyjnej) będzie wynosiło:

a. Lider (Remondis) – (usunięto) % wynagrodzenia bazowego.

- b.Partner 1 (PreZero) – (usunięto) % wynagrodzenia bazowego.
- c.Partner 2 (PUK A. ZYS) – (usunięto) % wynagrodzenia bazowego.
- d.Partner 3 (EKO-TOM) – (usunięto) % wynagrodzenia bazowego.
- e.Partner 4 (ORDO) – (usunięto) % wynagrodzenia bazowego.
- f.Partner 5 (Vikom) – (usunięto) % wynagrodzenia bazowego.
- g.Partner 6 (KDS) – (usunięto) % wynagrodzenia bazowego.

(33) Jako wynagrodzenie bazowe, będące podstawą do obliczenia wynagrodzenia przysługującego poszczególnym stronom z tytułu realizacji zadań objętych umowami wykonawczymi, wskazano w ww. Porozumieniu Zakresowym sumę wynagrodzeń ryczałtowych wynikających z poszczególnych zawartych przez Konsorcjum umów wykonawczych zawartych przez Konsorcjum w wyniku rozstrzygnięcia przetargów na Sektory od II do IV oraz przetargów na Sektory od VI do XV. Podział wynagrodzenia uczestników Konsorcjum został określony na podstawie tonażu obrazującego potencjał każdego z jego uczestników i wynikającego z niego zaangażowania w realizację Umów Wykonawczych [„Potencjał, czyli możliwość odbioru odpadów komunalnych (ich różnych frakcji) został oszacowany na podstawie zdarzeń historycznych oraz deklaracji poszczególnych członków Konsorcjum 2017 i wyrażony tonażowo.” (dowód: k. 1458-1460 akt adm.)].

(58) Co istotne, w Przetargach ogłoszonych w 2017 roku (na lata 2018-2022) można było posłużyć się tym samym wykazem robót i tym samym potencjałem w każdym z postępowań (żeby złożyć ofertę na kilka sektorów nie trzeba było sumować różnych niepowtarzających się potencjałów). Oznacza to, że jedną i tę samą flotę pojazdów i/lub wykaz robót można było zadeklarować w kilku postępowaniach, zwiększając tym samym szanse danego przedsiębiorcy na uzyskanie zamówienia publicznego.

4.EKO-TOM - spółka spełniała warunki, by złożyć samodzielne oferty (zarówno w pierwszej, jak i w drugiej turze postępowań przetargowych) na (usunięto). Biorąc pod uwagę przekazany przez spółkę potencjał do Konsorcjum i wymagania SIWZ, spółka mogła samodzielnie złożyć oferty także na (usunięto).

Powyższy stan (potencjał techniczno-finansowy przedsiębiorcy) ustalony został na podstawie kwestionariusza przesłanego przez EKO-TOM oraz potencjału technicznego, którym dysponowali poszczególni uczestnicy Konsorcjum na dzień podpisania Umowy Konsorcjum (dowód: k. 1433-1442 oraz k. 3688-3689).

(159) W ocenie Prezesa Urzędu konsorcjum przetargowe prowadzi do ograniczenia konkurencji, jeżeli:

a) uczestnicy konsorcjum są w stanie samodzielnie przedstawić ofertę (oraz zrealizować zamówienie będące przedmiotem współpracy). Prezes Urzędu w decyzji z dnia 31 grudnia 2012 r. RLU Nr 38/2012 uznał za antykonkurencyjne konsorcjum, którego uczestnicy mogli skutecznie uczestniczyć w przetargu jako samodzielni wykonawcy. Podejście Prezesa Urzędu zostało potwierdzone prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r. o sygn. akt VI ACa 651/15, w którym Sąd podkreślił, że: „(...) zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłiby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na związane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi – ze szkodą dla zamawiającego.” Zawieranie umów konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie złożyć oferty, ogranicza rywalizację pomiędzy przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. Złożenie jednej, wspólnej oferty w powyższym przypadku likwiduje presję by przedstawić jak najkorzystniejszą ofertę, jaką wywierają wzajemnie na siebie przedsiębiorcy, zmniejszając tym samym konkurencyjność przetargu;

b) uczestnicy konsorcjum, są w stanie przedstawić ofertę oraz zrealizować zamówienie będące przedmiotem współpracy z mniejszą liczbą podmiotów, niż rzeczywista liczba konsorcjantów. Współpraca w ramach konsorcjum prowadzi do ograniczenia konkurencji, również w przypadku, gdy uczestnicy konsorcjum, którzy nie są w stanie samodzielnie przedstawić oferty i zrealizować zamówienia, mogliby tego dokonać we współpracy z mniejszą liczbą stron, niż liczba faktycznych uczestników konsorcjum. Konsorcjum zawiązane przez więcej stron, niż to niezbędne do realizacji zamówienia, może ograniczać konkurencję nawet wówczas, gdy żaden z konsorcjantów nie jest w stanie złożyć oferty i zrealizować zamówienia samodzielnie. Zawiązanie konsorcjum przez większą liczbę podmiotów niż to konieczne do złożenia oferty i realizacji zamówienia ogranicza liczbę potencjalnych uczestników w przetargu. Przykładowo, w przypadku, gdy krąg uczestników konsorcjum składa się z kilku przedsiębiorców, a jedynie część z nich w praktyce realizuje zamówienie, wówczas istnieje możliwość, że pozostali konsorcjanci mogliby złożyć konkurencyjne oferty (np. z innym podmiotem), którą umowa konsorcjum eliminuje. Tym samym przedsiębiorcy, składając jedną ofertę w ramach konsorcjum, eliminują niepewność (ryzyko rynkowe) co do zachowania swoich konkurentów na rynku, w związku z czym ograniczają swoje bodźce ekonomiczne do przedstawienia jak najkorzystniejszej oferty, zmniejszając tym samym poziom konkurencji, w tym liczbę ofert, w ramach przetargu. Powyższe stanowisko prezentowane jest również w orzecznictwie państw członkowskich Unii Europejskiej, m.in. przez szwedzki sąd w wyroku z dnia 21 stycznia 2014 r. odnoszący się do decyzji organu antymonopolowego (Konkurrensverket), nr T18896-10 Dackia and Euromaster

oraz spójne z Wytycznymi Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych.

(160) Wobec powyższego naruszenie prawa konkurencji może stanowić zarówno zawiązanie konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie złożyć ofertę i zrealizować zamówienie, jak również, gdy liczba uczestników konsorcjum jest większa, niż jest to niezbędne do realizacji zamówienia. W obu ww. sytuacjach ograniczeniu ulega wywierana wzajemnie na siebie przez uczestników konsorcjum presja konkurencyjna, aby przedstawić jak najkorzystniejszą ofertę, co prowadzi do pogorszenia oferty dla zamawiającego. Jednocześnie współpraca w ramach konsorcjum, które ogranicza konkurencję może zostać wyłączona spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, jeśli powoduje zwiększenie efektywności uczestników konsorcjum - prowadzi do przedstawienia korzystniejszej oferty, niż w przypadku samodzielnego startu lub zmniejszenia liczby uczestników konsorcjum. Takie zwiększenie efektywności może być korzystne dla Zamawiającego, bowiem skutkuje zintensyfikowaniem konkurencji pomiędzy uczestnikami przetargu.

(161) Okoliczność zwiększenia efektywności uczestników konsorcjum jest rozpatrywana nie na etapie badania naruszenia art. 6 u.o.k.k., lecz na etapie badania spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 u.o.k.k., tj. indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W takiej jednak sytuacji, stosownie do art. 8 ust. 2 u.o.k.k., konsorcjanci powinni być w stanie wykazać, że warunki wspólnie złożonej oferty są korzystniejsze dla zamawiającego, niż gdyby składali oddzielne oferty, czyli że utworzenie konsorcjum przynosi wymierne korzyści i nie wprowadza nieuzasadnionych ograniczeń, o których mowa w art. 8 ust. 1 u.o.k.k..

(162) Podsumowując, jeśli uzgodnienia między niezależnymi przedsiębiorcami mające na celu opracowanie wspólnej oferty przetargowej i następnie wspólną realizację zamówienia w ramach konsorcjum, są motywowane potrzebą połączenia uzupełniających się działalności, umiejętności lub aktywów przez przedsiębiorców, którzy bez współpracy ze sobą, nie mogliby podjąć się wykonania danego zadania - taka współpraca w ocenie Prezesa Urzędu nie ogranicza konkurencji.

(163) Konsorcjum stworzone przez podmioty, z których każdy mógłby złożyć samodzielną ofertę, choć ogranicza między nimi konkurencję, może być korzystne dla zamawiającego, jeśli oferta konsorcjum, z uwagi na wygenerowane dzięki współpracy oszczędności, będzie korzystniejsza niż oferty, jakie mogłyby przedstawić poszczególne współpracujące podmioty samodzielnie lub w ramach alternatywnego konsorcjum, obejmującego jedynie podzbiór uczestników danego konsorcjum. Pozytywny wpływ konsorcjum na atrakcyjność oferty będzie tym większy, im mniejsze jest prawdopodobieństwo, że jego uczestnicy byliby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie oraz im większa jest komplementarność posiadanych przez nich zasobów oraz koszt ich uzyskania od podmiotów trzecich. Z kolei niebezpieczeństwo ograniczenia atrakcyjności oferty przez konsorcjum będzie wzrastać wraz z udziałem w rynku jego uczestników oraz substytucyjnością posiadanych przez nich zasobów. Ewentualne zwiększenie atrakcyjności oferty dzięki zawiązaniu określonego konsorcjum Prezes Urzędu może analizować jedynie pod kątem wyłączenia indywidualnego na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k. Inaczej mówiąc, porozumienie ograniczające konkurencję może być uznane za zgodne z prawem konkurencji, jeśli zostanie wykazane, że spełnia ono warunki przewidziane w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na uczestnikach porozumienia.

3.7 ANTYKONKURENCYJNY CHARAKTER POROZUMIENIA

(164) Prezes Urzędu, po przeanalizowaniu materiału dowodowego zebranego w toku postępowania antymonopolowego uznał, że w niniejszej sprawie porozumienie przedsiębiorców przystępujących do Konsorcjum miało za cel wyeliminowanie konkurencji między nimi na rynku właściwym.

(165) W ocenie Prezesa Urzędu, zawieranie umów konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie (lub w mniejszych konsorcjach) złożyć oferty/zrealizować zadanie, ogranicza rywalizację pomiędzy tymi przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty w przetargach, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. W konsekwencji, w niniejszej sprawie, złożenie wspólnych ofert przez uczestników Konsorcjum we wszystkich Przetargach na wszystkie sektory ZM GOAP w pierwszej turze (i odpowiednio ofert na sześć z siedmiu Przetargów w dogrywce) zlikwidowało presję konkurencyjną, jaką przedsiębiorcy wywierali wzajemnie na siebie, zmniejszając tym samym intensywność konkurencji w ramach Przetargów.

(166) Przy ocenie antykonkurencyjnego charakteru Konsorcjum kluczowe było ustalenie, że zawiązanie go nie było niezbędne, tzn. że połączenie potencjałów przez siedmiu przedsiębiorców nie było konieczne do tego, aby spełnić warunki udziału w każdym poszczególnym Przetargu. Każdy z nich mógł złożyć oferty samodzielnie (lub w mniejszym konsorcjum) oraz w dalszej kolejności zrealizować zamówienie na jeden lub kilka Przetargów (sektorów ZM GOAP).

(167) Nie można zgodzić się ze stanowiskiem lidera Konsorcjum, który założył, że wszystkie Przetargi (na wszystkie sektory ZM GOAP) stanowią jedno zadanie, a jego podział na „części” jest tylko kwestią „formalną”. W ocenie Prezesa Urzędu, nie ma żadnych powodów, aby niezbędność zawiązania Konsorcjum oceniać przez pryzmat celu biznesowego przedsiębiorcy, tj. przez pryzmat możliwości złożenia ofert na cały obszar ZM GOAP

(na wszystkie 15 sektorów Związku), nie zaś na poszczególne Przetargi (sektory). Innymi słowy, niezbędność zawiązania Konsorcjum musi być oceniana w odniesieniu do warunków każdego z 15 Przetargów z osobna.

(168) Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawia fakt, że organizacja 15 Przetargów, zamiast jednego z podziałem na części, jak miało to miejsce w latach poprzednich, jest skutkiem m.in. nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Weszła ona w życie z dniem 1 stycznia 2017 roku, tj. na cztery miesiące przed ogłoszeniem przez ZM GOAP Przetargów oraz na pół roku przed zawarciem Umowy Konsorcjum. Zgodnie ze znnowelizowanym przepisem art. 6d ust. 3 tej ustawy, gdy gmina jest podzielona na sektory, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadza się odrębnie dla każdego z wyznaczonych sektorów (wcześniej należało przeprowadzić postępowania przetargowe dla wszystkich sektorów, ale nie było wymogu, aby robić to oddzielnie). Celem tej nowelizacji było ułatwienie małym i średnim przedsiębiorcom uzyskiwania zamówień publicznych.

(169) Dodatkowo, zmiana w warunkach SIWZ w stosunku do przetargów na lata 2015-2017, wprowadzająca możliwość stosowania przez oferentów tego samego potencjału w przypadku udziału w kilku postępowaniach, w istotny sposób zwiększyła szanse małych i średnich przedsiębiorstw w przedmiotowym postępowaniu. Ww. zmiany skutkować miały wyższą liczbą potencjalnych uczestników postępowania i co za tym idzie zwiększeniem poziomu konkurencji w przetargach na poszczególne sektory.

(170) Powyższą zmianę przepisów Lider Konsorcjum potraktował jednak tylko jako zmianę „formalną”. W swoim stanowisku wskazał bowiem, że „Uwzględniając cele strategiczne konsorcjantów, Konsorcjum 2017 podjęło decyzję o uplasowaniu swoich ofert na całym obszarze ZM GOAP – tak jak w poprzednich postępowaniach(...). Jedyne zmiany formalne spowodowały, że konieczne było składanie oddzielnych ofert w Przetargach.” (dowód: k. 3710 akt adm.).

(171) W ocenie Prezesa Urzędu nowelizacja ustawy w istotnym stopniu wpłynęła na rynek i konkurencję między przedsiębiorcami. Dodatkowo, zmiany w SIWZ, dopuszczające możliwość zadeklarowania przez oferentów tego samego potencjału w przypadku udziału w kilku postępowaniach, miały na celu zwiększenie szans małych i średnich przedsiębiorstw na złożenie ofert w Przetargach.

(172) Opisane wyżej zmiany skutkować miały wyższą liczbą potencjalnych uczestników postępowania przetargowych, a co za tym idzie zwiększeniem poziomu konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. W ocenie Prezesa Urzędu, wyklucza to możliwość traktowania nowelizacji przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zmian w SIWZ, jako zmian wyłącznie „formalnych” i w konsekwencji potwierdza to, że niezbędność zawiązania Konsorcjum musi być oceniana w odniesieniu do każdego z 15 Przetargów z osobna.

(173) Na marginesie dodać można, że podobny cel biznesowy jak Lider Konsorcjum (polegający na obsłudze całego obszaru ZM GOAP) miały też firmy ATF oraz Komunalnik, które także złożyły oferty na wszystkie sektory Związku w pierwszej turze Przetargów, a Komunalnik dodatkowo na wszystkie Przetargi w drugiej turze (dowód: k. 179 akt adm.). Niemniej jednak, odróżnić należy sytuację, w której przedsiębiorca składa indywidualnie oferty na cały ZM GOAP od takiej, w której siedmiu konkurujących ze sobą przedsiębiorców zawiązuje Konsorcjum i dopiero wtedy - wspólnie składają oferty na wszystkie Przetargi.

(174) Podkreślenia wymaga również, na co wskazuje działanie przedsiębiorców składających oferty w Przetargach (FBSerwis i Remondis), że dla opłacalności kontraktu nie było niezbędnym złożenie ofert na wszystkie sektory ZM GOAP. FBSerwis w pierwszej turze Przetargów złożył oferty tylko na sektory I i V, a w dogrywce na sektory I i XII. Remondis złożył natomiast ofertę na sektor I w dogrywce (indywidualnie, a nie jako członek Konsorcjum). W ocenie Prezesa Urzędu, okoliczność ta świadczy jednoznacznie o tym, że składanie ofert na cały obszar ZM GOAP było tylko i wyłącznie wyborem przedsiębiorców, a nie ekonomicznie uzasadnioną koniecznością.

(175) Ponadto, w pierwszej turze na sektor I oferty złożyło dwóch przedsiębiorców, tj. Konsorcjum (oferta droższa) i FBSerwis (oferta tańsza). Postępowanie zostało jednak unieważnione ze względu na to, że cena, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przekraczała cenę najkorzystniejszej oferty. W dogrywce na tenże sektor oferty złożyło trzech przedsiębiorców: Remondis (indywidualnie), Komunalnik i FBSerwis. Najtańszą ofertę złożył Komunalnik, jednakże została ona odrzucona ze względu na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy. Przetarg wygrał Remondis. Jego oferta była tańsza o ponad 10 mln zł od oferty złożonej w pierwszej turze razem z Konsorcjum. Jak widać zatem, to nie udział w Konsorcjum stanowił czynnik polepszający efektywność wykonawcy, gdyż i bez niego Remondis mógł wykonać zadanie znacznie taniej.

(176) Powyższe okoliczności, dają podstawy do twierdzenia, że po pierwsze nie było konieczności składania ofert na cały obszar ZM GOAP, a po drugie nie było konieczności składania ofert jako Konsorcjum złożone aż z siedmiu przedsiębiorców, aby oferty mogły być konkurencyjne i opłacalne dla wykonawców. To zaś dodatkowo potwierdza stanowisko Prezesa Urzędu, zgodnie z którym uzasadnionym jest dokonywanie oceny niezbędności zawiązania Konsorcjum w odniesieniu do każdego z Przetargów (sektorów) z osobna, a nie całego obszaru ZM GOAP łącznie.

(177) W tym miejscu ponownie należy zwrócić uwagę, że nawet gdyby przyjąć, iż Konsorcjum przyczyniło się do powstania pewnych efektywności, które sygnalizowały strony, to mogą być one oceniane dopiero na etapie badania

spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 u.o.k.k. (w rozdziale 3.9 niniejszej decyzji zostaną szczegółowo opisane i przeanalizowane). Dla oceny antykonkurencyjnego charakteru zawiązanego Konsorcjum nie mają one jednak znaczenia, albowiem kluczowa jest tu okoliczność,

że każdy z przedsiębiorców mógł złożyć oferty samodzielnie (lub w mniejszym konsorcjum) oraz w dalszej kolejności zrealizować zamówienie na jeden lub kilka sektorów ZM GOAP (tak, jak to zrobił Remondis w dogrywce na sektor I wygrywając Przetarg indywidualnie i realizując na nim usługi samodzielnie).

(178)W toku postępowania administracyjnego uzyskano od stron informacje niezbędne do oceny zdolności/potencjału do złożenia przez nie ofert w Przetargach bez zawiązywania Konsorcjum oraz ustalono na tej podstawie konkretne sektory, na obsługę których poszczególni uczestnicy Konsorcjum mieli możliwość złożenia ofert. Ustalenia w tym zakresie i wnioski zostały przedstawione w rozdziale 1.9 niniejszej decyzji. Bezspornie najwięcej możliwości miał sam Remondis, który niezależnie od innych mógł złożyć oferty (usunięto), niemniej jednak inni, w praktyce także mogli walczyć w Przetargach o uzyskanie dużej liczby zamówień, np. Vikom spełniał warunki SIWZ, aby złożyć oferty na (usunięto), PUK A. ZYS (usunięto), a PreZero (usunięto) z tym zastrzeżeniem, że musiałyby znaleźć konsorcjanta (usunięto).

(179)Jak stwierdził Remondis: „(...) sposób organizacji przedsiębiorstwa RSP był zorientowany na świadczenie przez spółkę usług na całym terenie ZM GOAP, a ryzyko nieuzyskania istotnej części zamówień było wysokie z powodu dużego zaangażowania konkurentów” (dowód: k. 3707-3750 akt adm.). Wobec powyższego, dążąc do realizacji swojego celu biznesowego, jakim było świadczenie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie całego ZM GOAP, Remondis zaproponował wybranym przedsiębiorcom współpracę w formie konsorcjum. W praktyce jednak współpraca ta wyłączyła konkurencję między wykonawcami i sprawiła, że żaden z nich nie złożył w Przetargach samodzielnych ofert (za wyjątkiem Remondisu w drugiej turze Przetargów na sektor I).

(180)Pomimo tego, że w Umowie Konsorcjum nie wprowadzono postanowienia o zakazie konkurencji, to złożenie przez Konsorcjum ofert na wszystkie sektory ZM GOAP (lub prawie wszystkie w dogrywce) w praktyce wyeliminowało możliwość składania ofert samodzielnie (bądź w mniejszych konsorcjach) przez poszczególnych konsorcjantów. Niedopuszczalną ustawowo była bowiem sytuacja złożenia przez jednego przedsiębiorcę dwóch ofert w tym samym Przetargu (indywidualnie i jako członek Konsorcjum).

(181)W odróżnieniu od przetargów ogłoszonych na obsługę ZM GOAP w latach 2015-2017, konstrukcje SIWZ w Przetargach na lata 2018-2022 umożliwiły przedsiębiorcom posługiwanie się tym samym potencjałem przy składaniu ofert na różne sektory. Oczywistym jest, że nie można oczekiwać od przedsiębiorców, aby składali oferty na wszystkie sektory, na które spełniali warunki wskazane w SIWZ, bez uwzględnienia tego, że niektóre sektory były dla nich z biznesowego punktu widzenia bardzo atrakcyjne, innymi zaś nie byli zainteresowani w ogóle (np. ze względu na odległość od posiadanej bazy magazynowo - transportowej lub właściwości posiadanej floty pojazdów). W ocenie Prezesa Urzędu, możliwym było jednak przyjęcie przez przedsiębiorców takiej strategii działania, która z jednej strony dawałaby szansę na wygranie przetargów na najbardziej z ich perspektywy atrakcyjne sektory, a z drugiej nie wyłączałaby konkurencji między nimi. Takim działaniem mogłoby być np. zawiązanie mniejszych konsorcjów, które pozwoliłyby na realne współdziałanie i wzajemne uzupełnianie potencjałów mniejszych przedsiębiorców.

(182)Wskazać należy także, że wbrew twierdzeniom lidera Konsorcjum, koszty stałe dotyczące wdrożenia systemu informatycznego, które każdy z oferentów musiałyby ponieść składając w Przetargach oferty indywidualnie, nie stanowią istotnej bariery wejścia na rynek. Ustalenia poczynione przez Prezesa Urzędu w zakresie kosztów wdrożenia systemu informatycznego zgodnego z wymaganiami SIWZ na rzecz obsługi Przetargów podważają formułowaną wielokrotnie przez Remondis tezę, że koszt ten mógł stanowić barierę wejścia dla „małych” i „średnich” członków Konsorcjum dla ich udziału w Przetargach. Poczynione ustalenia nie potwierdziły również skali deklarowanej przez strony efektywności, która miałaby opierać się właśnie na wspólnym wdrożeniu systemu informatycznego przez wszystkich konsorcjantów i polegać na znaczącym obniżeniu kosztów stałych, co wpłynąć miało z kolei na niższą cenę świadczonych usług.

(183)Jak wskazano w rozdziale 1.8 niniejszej decyzji, spośród wszystkich kosztów ponoszonych przez uczestników Konsorcjum w związku z wdrożeniem i utrzymaniem szeroko rozumianego systemu informatycznego, kluczowy jest koszt, który poniósł Lider na rzecz (usunięto) i który następnie refakturował na poszczególnych konsorcjantów. Koszt o którym mowa to koszt przygotowania funkcjonalności na Podsystemie ZMGOAP oraz Podsystemie MKSI, który został poniesiony jeden raz dla całego obszaru ZM GOAP i który wyniósł (usunięto). Koszt ten jest stały, ponieważ w sytuacji, w której członkowie Konsorcjum startowaliby w Przetargach oddzielnie (jako indywidualni wykonawcy) lub w mniejszych konsorcjach, koszt ten musiałby być poniesiony przez każdego oferenta z osobna.

(184)Jak ustalił Prezes Urzędu, wszystkie pozostałe koszty związane z wdrożeniem i utrzymaniem systemu informatycznego były wprost proporcjonalnie uzależnione od tego ile sektorów (jaki obszar i jaką ilość odpadów) obsługiwał dany przedsiębiorca. Im bowiem większy zakres świadczonych usług (większy tonaż odbieranych odpadów wpływający bezpośrednio na konieczność posiadania m. in. większej liczby pojazdów do ich odbioru), tym wyższe koszty utrzymania systemu informatycznego.

(185)W ocenie Prezesa Urzędu stały koszt, tj. (usunięto) za przygotowanie funkcjonalności na Podsystemie ZMGOAP oraz Podsystemie MKSI, mający stanowić jedną z barier wejścia na rynek dla niektórych konsorcjantów, wymaga zaprezentowania w zestawieniu z wynagrodzeniem konsorcjantów otrzymanym za wykonanie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów na terenie ZM GOAP w zakontraktowanym okresie czasu (wynikającym z Umowy Konsorcjum i Porozumienia Zakresowego). Dopiero w takim zestawieniu widać bowiem, czy zgodnie z twierdzeniem Lidera stanowi on kwotę znaczącą, będącą potencjalną barierą wejścia na rynek, czy też nie (Tabela 9).

(209)Prezes Urzędu, po przeanalizowaniu materiału dowodowego zebranego w toku postępowania antymonopolowego uznał, że w niniejszej sprawie porozumienie przedsiębiorców przystępujących do Konsorcjum zmierzało do wyeliminowania konkurencji między sobą na rynku właściwym. Okoliczności faktyczne i ich ocena wskazują, że w niniejszej sprawie zaistniały następujące przesłanki, które pozwalają uznać, że Konsorcjum miało charakter antykonkurencyjnego porozumienia :

- konsorcjanci oddzielnie lub w mniejszych konsorcjach spełniali wymogi określone w SIWZ, a także byli w stanie samodzielnie lub w mniejszych konsorcjach wziąć udział w przetargach i złożyć samodzielne oferty, a samo zamówienie nie zawierało „wysrubowanych” warunków,
- konsorcjanci byli w stanie samodzielnie lub w mniejszych konsorcjach wykonać zadania objęte postępowaniami przetargowymi,
- po zawarciu umów z Zamawiającym nie doszło do połączenia potencjałów wszystkich konsorcjantów, a doszło między nimi wyłącznie do podziału zamówienia w zakresie jego wykonania (każdy z konsorcjantów albo obsługiwał samodzielnie „swoje” sektory, albo robił to w małych grupach składających się z 2-3 podmiotów).

(210)W ocenie Prezesa Urzędu, zawieranie umów konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie (lub w mniejszych konsorcjach) złożyć oferty / zrealizować zadanie, ogranicza rywalizację pomiędzy tymi przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty w przetargach, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę. W konsekwencji, w niniejszej sprawie, złożenie jednej, wspólnej oferty we wszystkich Przetargach na wszystkie sektory ZM GOAP w pierwszej turze (i odpowiednio ofert na sześć z siedmiu Przetargów w dogrywce) przez uczestników Konsorcjum zlikwidowało presję konkurencyjną, jaką wywierali wzajemnie na siebie, zmniejszając tym samym intensywność konkurencji w ramach przetargu.

(211)Mając na względzie wszystkie wyżej przedstawione okoliczności Prezes Urzędu uznał, że zawarte w 2017 r. Konsorcjum ograniczyło konkurencję na rynku właściwym.

Z wyjaśnień wykonawcy Eko-Tom Turgala Sp. jawna z 23 lutego 2024 r. wynika, że wykonawca informował zamawiającego o wydaniu decyzji Prezesa UOKiK i powodach, dla których w jego ocenie decyzja ta nie powinna stanowić podstawy wykluczenia go z postępowania.

Z odwołania Eko-Tom Turgala sp. jawna z 10 lutego 2023 r. do Sądu Okręgowego w Warszawie XVII Wydziału-Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wynika, że decyzja Prezesa UOKiK nie stała się ostateczna i została zaskarżona przez uczestnika.

Dowody:

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) uznała za wiarygodne dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, dowody złożone przez odwołującego i uczestnika oraz z urzędu włączyła Komunikat z 18 marca 2021 r. Komisji Europejskiej - Zawiadomienie w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmwów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze zmwą (2021/C 91/01) o czym informowała strony przed zamknięciem rozprawy.

Rozważania KIO:

KIO dopuściła w charakterze uczestnika postępowaniawykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie : Konsorcjum: Lider EKO-TOM TURGUŁA Spółka jawna z siedzibą w Bolechowie, ul. Poligonowa 1a i Partner SPÓŁDZIELNIA KÓŁEK ROLNICZYCH w Kazimierzu Biskupim, ul. Golińska 10.

KIO nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

KIO oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę z art. 505 ust. 1 ustawy.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Odwołujący postawił zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy w zw. z art. 58 ust. 5 ustawy i w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ET, którego lider EKO-TOM TURGUŁA zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji i nie skorzystał z procedury samooczyszczenia oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy w zw. z art. 58 ust. 5 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ET z postępowania jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd przez oświadczenie, że nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

W ocenie KIO bezsporne jest, że lider uczestnika był członkiem porozumienia zakłócającego konkurencję. Wynika, to jednoznacznie z decyzji Prezesa UOKiK. W motywie 209 decyzji Prezes UOKiK opisuje wiarygodne przesłanki, które świadczyły o zawarciu takiego porozumienia, jak również Prezes wskazał na czym polegało zakłócenie konkurencji, które nastąpiło w wyniku zawarcia porozumienia. Wykonawcy uczestniczący w porozumieniu, w tym lider uczestnika, doprowadzili do podziału rynku odpadowego aglomeracji poznańskiej przez wspólny udział w postępowaniach organizowanych przez Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z siedzibą w Poznaniu na usługę odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów oraz na odbiór, transport i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne położonych na terenie sektorów I-XV wchodzących w skład ww. Związku organizowanych w 2017 r. Jednocześnie Prezes UOKiK nie znalazł podstaw do zastosowania, wobec, któregokolwiek z członków porozumienia art. 8 ust. 1 uookik. Przeciwnie, ani bierne uczestnictwo, ani nieudowodniony fakt działania pod przymusem Remondisu nie stanowiły w ocenie Prezesa UOKiK przesłanek do uznania, że porozumienie było dopuszczalne. Uczestnik miał świadomość wydania tej decyzji. Wiedział również, że od wydania tej decyzji nie upłynęły jeszcze 3 lata, które uchylałyby zakaz ubiegania się o zamówienie wynikający z art. 111 pkt. 4 ustawy. Uczestnik miał świadomość, że decyzje Prezesa UOKiK są publikowane i istnieje do nich powszechny dostęp. Mimo tego uczestnik zataił tę informację przed zamawiającym, uniemożliwiając mu samodzielną ocenę zaistniałego zdarzenia i jego znaczenia dla oceny przesłanek wykluczenia z postępowania. Nie podjął także próby wykazania, że po zakończeniu porozumienia podjęte przez niego działania pozwalają na ocenę lidera jako rzetelnego uczestnika rynku odpadowego. W ocenie KIO zamawiający nie mając wiedzy o zamówieniach organizowanych przez ZM „GOAP” w roku 2017, nie mając wiedzy o wynikach tych postępowań nie miał szans, aby samodzielnie ustalić, że lider uczestnika mógł zawrzeć porozumienie zakłócające konkurencję. Analiza decyzji Prezesa UOKiK pokazuje, że nawet przy zawarciu jawnego porozumienia, jak w tej sprawie, aby ustalić, że zawarte porozumienie ma charakter porozumienia zakłócającego konkurencję, potrzebne jest dysponowanie szeregiem informacji jak warunki zamówień, których porozumienie dotyczy, sposób ofertowania przez poszczególnych wykonawców, wyniki tych postępowań, ale także informacje o potencjałach poszczególnych uczestników porozumienia pozwalające ustalić ich potencjał do samodzielnego ubiegania się o zamówienia. Tym samym zamawiający bez decyzji Prezesa UOKiK miałby niewielkie szanse na uzyskanie wiarygodnych przesłanek pozwalających na stwierdzenie przez niego, że w skład konsorcjum ubiegające się o jego zamówienie wchodzi podmiot, którego rzetelność i uczciwość zawodowa budzą uzasadnione wątpliwości. Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, podobnie jak większość przesłanek wykluczenia, ma na celu ochronienie zamawiających przed wykonawcami, którzy nie przestrzegają zasady uczciwej konkurencji i starają się zaburzyć równowagę na rynku konkurencyjnym. Konkurowanie z takimi wykonawcami nie może być uznane za konkurowanie na równych zasadach, bo ich zachowania zakłócają konkurencyjność i nastawione są na bezprawne uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Z tego względu art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/WE (dalej klasycznej) nie ogranicza zastosowania przesłanki wykluczenia z powodu zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję wyłącznie do sytuacji, w których porozumienie dotyczy konkretnego zamówienia publicznego. Wyraźnie wskazuje na to art. 57 ust. 5 dyrektywy klasycznej, który stanowi w akapicie 2, że zamawiający może wykluczyć za czyny i zaniechania popełnione przed postępowaniem jak i w jego trakcie. Tym samym niedozwolone porozumienie może być podstawą wykluczenia wykonawcy, także w sytuacji, gdy zostało zawarte przed danym postępowaniem i nie musi oddziaływać na to postępowanie, wystarczy, że podważa rzetelność wykonawcy. W ocenie KIO zamawiający na podstawie decyzji Prezesa UOKiK miał możliwość uzyskać wystarczające wiarygodne przesłanki, aby stwierdzić, że doszło do porozumienia zakłócającego konkurencję. Zamawiający jednak w tym postępowaniu zaniechał sprawdzenia, czy wykonawcy biorący udział w jego postępowaniu nie byli stronami zakończonych postępowań przed Prezes UOKiK. Gdyby zamawiający zbadał rejestry decyzji Prezesa UOKiK, byłby w stanie ustalić, że wobec lidera uczestnika była wydana decyzja potwierdzająca zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję i miałby możliwość pozyskania wiarygodnych przesłanek pozwalających mu na wykluczenie wykonawcy. Zamawiający z tej możliwości nie skorzystał, co spowodowało, że bezrefleksyjnie dał wiarę uczestnikowi, że ten składa się z rzetelnych wykonawców. Z tego względu potwierdził się pierwszy z zarzutów odwołania i zamawiający naruszył zarzucane w nim przepisy, a przede wszystkim zaniechał wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Pomiędzy stronami są sporne dwie okoliczności:

- znaczenie dla oceny istnienia porozumienia zakłócającego konkurencję nieostatecznej decyzji organu antymonopolowego oraz
- zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

W ocenie KIO wydanie nieostatecznej decyzji organu antymonopolowego jak słusznie zauważa sam przystępujący może być okolicznością pozwalającą zamawiającemu na uznanie, że dysponuje on wiarygodnymi przesłankami na

podstawie których jest w stanie stwierdzić, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie zakłócające konkurencję. Zamawiający ma swobodę takiego uznania i nie musi czekać na to, aż decyzja stanie się ostateczna.

KIO stoi na stanowisku, że dla zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie jest możliwe jednoznaczne i każdorazowo takie samo ustalenie momentu zaistnienia zdarzenia. Na ten temat szczegółowo wypowiedział się Sąd Zamówień Publicznych w cytowanym przez zamawiającego orzeczeniu sygn. akt XXIII Zs 5/23.

To czego nie przytoczył zamawiający, to konstatacja Sądu Zamówień Publicznych, z której wynika, że zaistnienie zdarzenia to moment zdobycia przez zamawiającego wiarygodnych przesłanek. Może być to moment zawarcia porozumienia, jeśli przykładowo zamawiający otrzyma od wykonawców umowę np. konsorcjum, czy o podwykonawstwo, czy zobowiązanie do udostępnienia zasobów i na podstawie tych postanowień nabędzie wiarygodne przesłanki, że wykonawcy zawarli porozumienie zakłócające konkurencję, bo np. w tych dokumentach, będzie zobowiązanie do wzajemnego niekonkurowania o określone zamówienia w zamian za podział zysku. Może to być moment złożenia ofert, których podobieństwa graficzne, słowne, tożsamość składającego ofertę, tożsamość sprzętu, czy personelu będzie wskazywać na brak samodzielnego ubiegania się o zamówienie. Może to być moment realizacji umowy o zamówienie publiczne, gdy wykonawca zgłasza podwykonawcę, którego oferta była oceniona jako najkorzystniejsza, ale nie wybrana, bo ten podwykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, czy żądanych wyjaśnień. Momentem tym może być powzięcie informacji, że inny zamawiający wykluczył wykonawcę z powodu zmywy przetargowej. Wreszcie może to być nieostateczna decyzja organu antymonopolowego. Zatem zaistnienie – jak słusznie wskazuje Sąd Okręgowy w Warszawie powołując się na wykładnię językową pojęcia to moment, kiedy coś stało się wiadomym. Każdorazowo zaistnienie zdarzenia może polegać na czymś innym i właśnie dla elastyczności, o której pisze obszernie zamawiający, nie może być jednoznacznie przesądzone, że jest to data zawarcia porozumienia, czy data gdy decyzja organu antymonopolowego staje się ostateczna. Daty zawarcia porozumienia, zwłaszcza jeśli przyjmie ono charakter kartelu tajnego, można nigdy nie poznać, zaś postępowania antymonopolowe mogą być długotrwałe, a zamawiający nie powinni być zmuszani do zawierania umów z wykonawcami, których rzetelność w świetle ustalonych wiarygodnych przesłanek budzi uzasadnione wątpliwości zamawiających. Wykluczenie z postępowania wykonawcy, którego rzetelność budzi wątpliwości nie może być rozpatrywane w kategoriach prawno-karnych, jak wydaje się to rozumieć zamawiający pisząc o domniemaniu niewinności. Takie wykluczenie, jak słusznie za Komisją Europejską podał w powołanym orzeczeniu Sąd Zamówień Publicznych nie jest sankcją dla wykonawcy, ale cytując Komisję „Możliwość wykluczenia wykonawcy z powodu domniemanej zmywy nie jest rozumiana w dyrektywie jako kara za jego zachowanie przed lub w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Służy ona raczej zapewnieniu zgodności z zasadami równego traktowania i konkurencji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, jak również zagwarantowaniu uczciwości, wiarygodności i kompetencji przyszłego wykonawcy do wykonania zamówienia.”

Co do możliwości samooczyszczenia, to w ocenie KIO, nie jest wykluczone, aby wykonawca w ramach takiego samooczyszczenia dokonał wykazania, że nie zawarł porozumienia, albo zawarte porozumienie nie zakłóca konkurencji, albo upłynął okres zakazu ubiegania się o zamówienie, bo od wykluczenia go za zmwę z innego postępowania, uprawomocnienia się decyzji organu, czy innego momentu, w którym zamawiający obiektywnie powinien był dysponować wiarygodnymi przesłankami upłynęło trzy lata. Zatem twierdzenia przystępującego, co do niemożliwości przeprowadzenia samooczyszczenia są nietrafne.

W tym miejscu KIO odwoła się do: Komunikatu Komisji Europejskiej z 18 marca 2021 pod nazwą „Zawiadomienie w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmwów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze zmwą

(2021/C 91/01) wskazując na sposób interpretacji przez Komisję w świetle orzecznictwa TSUE, opinii m. in. OLAF art. 57 ust. 4 lit. d, art. 57 ust. 5 i motywu 101 dyrektywy klasycznej:

Istnieją przesłanki wskazujące na to, że w wielu przypadkach (jeśli nie w większości) zmywy nie są wykrywane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, lecz są ostatecznie ujawniane i ścigane (jeśli w ogóle) przez właściwe organy, zazwyczaj długo po pełnym wykonaniu zamówienia. Długoterminowe systemy zmywy mogą nawet stać się częścią prowadzenia działalności w niektórych sektorach gospodarki, ponieważ wykonawcy są kuszeni lub są skłonni do uczestnictwa w zmwie w celu „zagwarantowania” sobie dostępu do rynku i udziału w nim. (...)

instytucja zamawiająca jest uprawniona do wzięcia pod uwagę wszelkich okoliczności faktycznych świadczących o dopuszczaniu się zachowań antykonkurencyjnych przez tego oferenta, niezależnie od tego, czy miało to miejsce w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, czy też w ramach innego, aktualnego lub wcześniejszego, postępowania. (...)

W art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy nie sprecyzowano, czy okoliczności faktyczne stanowiące podstawy wiarygodnych przesłanek świadczących o wystąpieniu zmywy muszą dotyczyć toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia czy też mogą odnosić się do innych (aktualnych lub wcześniejszych) postępowań, postępowań toczących się w innym sektorze gospodarki lub postępowań prowadzonych w sektorze prywatnym. Przeciwnie, w art. 57 ust. 5 akapit drugi

dyrektywy wprost potwierdzono, że instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę „czyny popełnione lub czynności zaniechane zarówno przed postępowaniem, jak i w jego trakcie”. W związku z powyższym przy ocenianiu rzetelności oferenta w ramach toczącego się postępowania instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę wcześniejszą decyzję innej instytucji zamawiającej o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia lub decyzję organu ochrony konkurencji bądź wyrok sądu krajowego, na mocy których wykonawca lub członek jego zarządu lub jego pracownik zostali uznani za winnych zмовы w kontekście wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia. Fakt, że wykonawca brał wcześniej udział w zмовы, nie daje jednak sam w sobie podstawy do jego wykluczenia z toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ zgodnie z orzecznictwem Trybunału(42) decyzje wydane przez inne organy we wcześniejszych sprawach pozostają bez wpływu na decyzje instytucji zamawiającej prowadzącej postępowanie o udzielenie zamówienia. To samo dotyczy sytuacji, w której oferent był podejrzewany o dopuszczenie się zмовы w poprzedniej sprawie, ale ostatecznie oczyszczono go z zarzutów albo mimo to pozostał uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia. Instytucja zamawiająca nie jest związana treścią żadnej tego rodzaju wcześniejszej decyzji przy przeprowadzaniu własnego postępowania o udzielenie zamówienia(43) i zachowuje prawo do rozważenia możliwości wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli jego przeszłe zachowanie wzbudza jej wiarygodne i uzasadnione wątpliwości co do uczciwości i rzetelności oferenta w kontekście toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia. (...)

Aby zapewnić instytucji zamawiającej możliwość dokonania przemyślanej oceny, wykonawca musi poinformować instytucję zamawiającą, na jej żądanie, o wszelkich wcześniejszych decyzjach organu ochrony konkurencji lub wyrokach sądu potwierdzających udział wykonawcy w zмовы. Instytucja zamawiająca może zwrócić się z wnioskiem o przekazanie takich informacji za pomocą kwestionariusza zawartego w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia lub za pomocą podobnych formularzy opracowanych na szczeblu krajowym, które wykonawca jest zazwyczaj zobowiązany przedłożyć razem z ofertą(44). Jeżeli wykonawca nie udzieli instytucji zamawiającej informacji niezbędnych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, to zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy instytucja zamawiająca ma prawo wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. (...)

W niektórych przypadkach składanie wspólnej oferty wzbudza podejrzenia instytucji zamawiającej, w szczególności jeżeli wykonawcy należący do tej samej grupy przedsiębiorstw mogliby w łatwy sposób złożyć samodzielną ofertę (lub wręcz jeżeli spodziewano by się, że tak postąpią). Przy rozstrzygnięciu takich kwestii instytucja zamawiająca musi jednak zachować równowagę między unikaniem zagrożeń dla konkurencji związanych ze składaniem wspólnych ofert(53) a poszanowaniem prawa wykonawców do wspólnego złożenia oferty (przysługującego im zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 10, art. 19 ust. 2 i art. 63 ust. 1 dyrektywy). W tym kontekście należy mieć na uwadze, że przedsiębiorstwa często postrzegają partnerstwa strategiczne lub współpracę jako kluczowe elementy swojej strategii rozwoju. Wykonawcy są uprawnieni do podejmowania zgodnych z prawem decyzji biznesowych w kwestii działalności, którą zamierzają prowadzić, a instytucje zamawiające nie powinny jako takie ograniczać możliwości korzystania z tego prawa, ale koncentrować się zamiast tego na ocenianiu ryzyka zмовы w poszczególnych przypadkach. (...)

W przypadku stwierdzenia, że istnieją wiarygodne przesłanki świadczące o tym, że grupa wykonawców wzięła udział w zмовы w celu ograniczenia konkurencji lub wcześniejszego ustalenia zwycięzcy postępowania o udzielenie zamówienia, prawo Unii dopuszcza możliwość wykluczenia takich oferentów z postępowania o udzielenie zamówienia.

— Przed podjęciem takiej decyzji należy dokładnie ocenić przesłanki i udokumentować ustalenia (w tym wszystkie powiązane kontakty).

— Należy wziąć pod uwagę takie aspekty, jak charakter i waga faktów, które doprowadziły do podejrzenia zмовы, możliwe wyjaśnienia przedstawione przez oferenta (zob. poniżej) oraz stan rynku w danym sektorze.

— Należy rozważać wykluczenie tylko tych oferentów, którzy stanowią rzeczywiste zagrożenie dla konkurencji, na przykład tylko tych, którzy zainicjowali zмовę lub jej przewodzili.

— Należy pamiętać, że każdy sygnał ostrzegawczy wskazujący na zмовę może mieć racjonalne wytłumaczenie, które należy uwzględnić przed wykluczeniem oferenta z postępowania.

— Należy wykorzystać możliwości przewidziane w prawie unijnym i krajowym, aby umożliwić oferentom złożenie wyjaśnień w sprawie ich oferty, w szczególności w odniesieniu do aspektów, które wzbudziły podejrzenia o zмовę. Oferenci podejrzani o zмовę w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia mają prawo, zgodnie z unijnymi przepisami, przedstawić argumenty przemawiające za ich dalszym udziałem w postępowaniu. Obejmuje to dowody na to, że podjęli działania w celu przywrócenia swojej rzetelności (jeśli zostali wykluczeni z wcześniejszego postępowania lub jeżeli krajowy organ ochrony konkurencji uznał ich za winnych udziału w zмовы) lub że ich udział w postępowaniu nie stwarza ryzyka dla konieczności zapewnienia rzeczywistej konkurencyjności. Jeżeli argumenty przedstawione przez oferenta lub działania służące „samoo czyszczeniu” podjęte na podstawie dyrektyw UE lub prawa krajowego są wystarczające do wykazania jego rzetelności, oferent musi pozostać uczestnikiem postępowania. Służy to zwiększeniu konkurencji, w szczególności w przypadku rynków skoncentrowanych, na których działa niewielu wykonawców.

Z powyższego wynika, że zdarzenie, o którym mowa w art. 111 pkt 4, to nie moment zawarcia porozumienia, ale moment zaistnienia wiarygodnych przesłanek zawarcia tego porozumienia. A samooczyszczenie w rozumieniu Komisji Europejskiej nie oznacza przyznania się do zawarcia niedozwolonego porozumienia, ale do zawarcia porozumienia i wyjaśnienia także tego, że było to porozumienie dozwolone lub niezakłócające konkurencji, albo uzasadnione w świetle prawidłowych (rynkowych) zachowań biznesowych. Komisja kładzie także nacisk na zasadę proporcjonalności pozwalając zamawiającym na ocenę, czy dane zachowanie wykonawcy w ramach porozumienia ma na tle istotne znaczenie, że będzie prowadzić do zakłócenia konkurencji np. ocenę sytuacji, gdy wykonawca nie był inicjatorem porozumienia, nie odgrywał w nim istotnej roli, nie miał świadomości faktycznego celu zawarcia porozumienia. W tej sytuacji rację należy dać odwołującemu, że tak rozumiane samooczyszczenie było w tej sprawie dopuszczalne i możliwe bez szkody dla toczącego się postępowania odwoławczego przez Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Jednocześnie uczestnik zatajając ten fakt przez zamawiającym pozbawił się możliwości oceny, że jego zachowanie po wydaniu tej decyzji pozwala na uznanie, że był lub obecnie jest rzetelnym wykonawcą. Tym samym zamawiający nie miał możliwości uzyskania solidnej i uczciwej informacji od uczestnika, który dodatkowo oświadczając, że nie zawarł niedozwolonego porozumienia wywołał u zamawiającego błędne przekonanie, że zamawiający nie musi sprawdzać dostępnych powszechnie rejestrów w celu ustalenia rzetelności wykonawcy. Gdyby wykonawca choć wspomniał, że był uczestnikiem postępowania przed Prezesem UOKiK zamawiający mógłby powziąć wątpliwość, co do tego czy takie postępowanie się zakończyło i z jakim wynikiem. W konsekwencji zamawiający, gdyby przystępujący informacji nie miał, mógłby umożliwić przystępującemu złożenie wyjaśnień co do charakteru porozumienia, udziału w nim lidera przystępującego, czy innych okoliczności, które mogłyby wpłynąć na dokonanie przez zamawiającego oceny, że wykluczenie uczestnika byłoby nieproporcjonalne. Przez złożone oświadczenie przystępujący uspił czujność zamawiającego, przez co ten zaniechał wnikliwej weryfikacji składanych mu oświadczeń. W efekcie zamawiający został wprowadzony w błąd co do tego, że ma do czynienia z wykonawcą, którego rzetelność jest niewątpliwa, a to miało wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. W tym miejscu KIO uznaje za własny i w całości powiela wywód prawny poczyniony przez Sąd Zamówień Publicznych – Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 30 marca 2023 sygn. akt XXIII Zs 5/23, gdzie Sąd analizował analogiczny stan faktycznych to jest sytuację zatajenia informacji o wydaniu przez Austriacki Sąd Kartelowy decyzji stwierdzającej zawarcie niedozwolonego porozumienia przez podmiot udostępniający zasoby. Porozumienie to zaistniało na więcej niż 3 lata przed wszczęciem zamówienia, ale decyzja organu antymonopolowego zapadła na mniej niż 3 lata od wszczęcia postępowania. Wykonawca nie poinformował zamawiającego ani o istnieniu porozumienia, ani o wydaniu decyzji, nie dokonał też samooczyszczenia. W tej sprawie SO wnikliwie odniósł się tak do możliwości uzyskania wiarygodnych przesłanek na podstawie wydanej decyzji jak i rozumienia pojęcia „zdarzenia stanowiącego postawę wykluczenia” jak i oceny sytuacji złożenia oświadczenia o nie podleganiu wykluczenia w zaistniałym stanie faktycznym. W ocenie KIO ten stan idealnie wpisuje się w stan faktyczny tej sprawy, zatem za SO należało uznać, że „zdarzeniem stanowiącym podstawę wykluczenia” był moment, w którym zamawiający pozyskał wiarygodne przesłanki istnienia porozumienia zakłócającego konkurencję. Te wiarygodne przesłanki zamawiający uzyskał z decyzji Prezesa UOKiK wydanej w 2022, a więc na mniej niż 3 lata przed wszczęciem tego postępowania. Również w tej sprawie uczestnik dopuścił się wprowadzenia w błąd zamawiającego, co uzasadniało jego wykluczenie także z fakultatywnych postaw wykluczenia. W ocenie KIO w tej sprawie wykonawca zaniechał podania informacji w sposób świadomy, zatem powinien podlegać wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Z tych względów KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i o ceny ofert, w tym dokonanie czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z uwagi na złożenie oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z których jeden zawarł niedozwolone porozumienie zakłócające konkurencję polegające na podziale rynku odpadów aglomeracji poznańskiej oraz z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd, co do braku podstaw wykluczenia, w tym braku zaistnienia podstawy wykluczenia z powodu zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję przez lidera przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego, nadto na podstawie par. 5 ust. 2 w związku z par. 7 ust. 1 pkt. 1 Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu, wydatków pełnomocnika w kwocie 3 600zł. zgodnie ze złożoną fakturą oraz koszty dojazdu obejmujące przejazd i nocleg w łącznej kwocie 712 zł.

Przewodnicząca:

.....
.....