Sygn. akt: KIO 2726/23

WYROK
z dnia 28 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak
Rafał Malinowski
Aneta Mlącka

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2023 r. przez Odwołującego **AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa

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

przy udziale

Wykonawcy – **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. M,** Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z dnia 11 września 2023 r. polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D. M. i nakazuje odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 111 pkt 4 Ustawy Pzp**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów pełnomocnika Odwołującego;
2.2 Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.100 zł 00 gr. (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

……..

……

Sygn. akt: KIO 2726/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wesoła, w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji na *„Letnie i zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy”* (sygn. postępowania: 16/2023), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29.06.2023 r., nr 2023/BZP 00280971/01, wobec czynności polegających na zaniechaniu odrzucenia ofert i wykluczenia z postępowania wykonawców D. M. i Area D. M., wniesione zostało w dniu 15.09.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy AG-COMPLEX Sp. z o.o. z/s w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawców D. M. oraz Area D. M. z udziału w postępowaniu z uwagi na zaistnienie zdarzenia skutkującego wykluczeniem na okres 3 lat z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców D. M. oraz Area D. M. jako Wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu;
3. art. 239 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę D. M., w sytuacji gdy oferta w/w Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Wykonawców D. M. oraz ARea D. M. na podstawie art. 111 pkt 4 Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z udziału w postępowaniu z uwagi na zaistnienie zdarzenia

skutkującego wykluczeniem na okres 3 lat z udziału w postępowaniach wykonawców, którzy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, odrzucenie ofert złożonych przez Wykonawców D. M. oraz Area D. M. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp i dokonanie czynności oceny ofert ważnych zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Zamawiający poinformował o czynnościach w dniu 11.09.2023 r. w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na przebieg czynności w postępowaniu związanych z oceną oferty wybranej, której wybór został pierwszy raz zakwestionowany odwołaniem na czynność z 21.07.2023 r. Zamawiający uwzględniając odwołanie o sygn. akt KIO 2187/23 unieważnił wybór, a następnie po ponownej ocenie powtórzył czynność wyboru oferty złożonej przez D. M.. Przed ponownym wyborem tej oferty Odwołujący poinformował Zamawiającego w korespondencji z 11.08.2023 r. i 05.09.2023 r., o zaistnieniu przesłanej do wykluczenia wykonawców D. M. i Area D. M. z uwagi na zapadłe rozstrzygnięcie w sprawie sygn. akt KIO 2128/23 i 2134/23 z 04.08.2023 r. Okres wykluczenia zgodnie z art. 111 pkt 4 Ustawy wynosi 3 lata.

Wyrokiem z 04.08.2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła działanie w zmowie przetargowej, co wypełnia przesłankę wykluczenia wskazaną w art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy i prowadziło do odrzucenia ofert obu działających w zmowie wykonawców w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Rembertów. W postępowaniu tym ustalono, iż w ofercie tańszej został nieprawidłowo wypełniony JEDZ, nie uzupełniono tego dokumentu co prowadziło do wyboru oferty droższej – podmiotu działającego w zmowie. W momencie wydania wyroku przez KIO zaktualizowała się przesłanka wykluczenia z art. 111 pkt 4 Ustawy, bowiem wydany wyrok jest zdarzeniem, od którego liczy się 3 letni bieg terminu wykluczenia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca D. M.. W piśmie procesowym złożonym na rozprawie Wykonawca wskazała na spóźnione zarzuty, które Odwołujący powinien był zgłosić w pierwszym odwołaniu z dani 26.07.2023 r., albowiem do odrzucenia oferty Przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Rembertów jeszcze w dniu 13.07.2023 r. W ocenie Wykonawcy Odwołujący powinien był zwrócić się do zamawiającego o udostępnienie załączników do protokołu postępowania, w szczególności zawiadomienia o odrzuceniu oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Ponadto, to nie od momentu wydania wyroku przez KIO miałby rozpocząć bieg termin 3 letni wykluczenia z postępowań, ale od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Powyższe powinno prowadzić do odrzucenia odwołania. Dalej Przystępujący odniósł się do procedury samooczyszczenia (self-cleaning), którą miał wdrożyć po wydaniu wyroku przez KIO z dnia 04.08.2023 r. Konieczność wdrożenia środków zaradczych wystąpiła w toku obecnie prowadzonego postępowania, tj. już po upływie terminu składania ofert (07.07.2023 r.) i zdarzeniu, jakim było odrzucenie oferty Przystępującego w dniu 13.07.2023 r. Wykonawca załączył do pisma dowody na wdrożone środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, jak również porozumienie o zerwaniu współpracy.

Odnosząc się do wniosku Przystępującego o uznanie odwołania za spóźnione skład orzekający uznał, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko Odwołującego wyrażone już w odwołaniu o braku podstaw do formułowania zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców, których podstawą były zdarzenia związane ze złożeniem ofert w innym prowadzonym w zbliżonym czasie postępowaniu przetargowym, na wcześniejszym etapie czynności badania i oceny ofert. Nie ma wątpliwości, iż okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia nie miały bezpośrednio związku z ofertami złożonymi w obecnym postępowaniu, jak i czynnościami podejmowanymi w ramach badania i oceny ofert przez Zamawiającego. Tym samym należy uznać, iż w obecnym postępowaniu nie miały miejsca żadne działania, które byłyby komunikowane wykonawcom przez Zamawiającego, a które miałyby bezpośredni związek z zachowaniem mającym wskazywać na przesłankę wykluczenia, o której stanowi art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. W postępowaniu tym nie zachodziła bowiem sytuacja, która wskazywałaby na zawarcie porozumienia pomiędzy wykonawcami składającymi odrębne oferty, mającego na celu zakłócenie konkurencji w tym przetargu. Tym samym nie było również podstaw do oczekiwania, aby Zamawiający mógł dokonać badania i oceny pod tym kątem, co miałoby swój finał w końcowej ocenie ofert. Powyższe miało znaczenie dla ustalenia, czy Odwołujący mógł wnieść odwołanie wcześniej, tj. już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej co nastąpiło w dniu 21.07.2023 r.

W ocenie składu orzekającego, bieg terminu na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego należy liczyć od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego, lub od dnia w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ponieważ okoliczności stanowiące podstawę zarzutów nie mają odniesienia do przebiegu prowadzonego obecnie postępowania, nie było podstawy do uznania, iż od dnia zawiadomienia o pierwszym wyborze oferty Przystępującego rozpoczął bieg termin na formułowanie zarzutu wobec oceny oferty Przystępującego, którego podstawą nie są okoliczności, jakie miały miejsce w prowadzonej procedurze przetargowej. Tym samym należało ocenić, czy dopuszczalne jest stwierdzenie możliwości powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę zarzutu w dacie dokonania pierwszego wyboru oferty Przystępującego, jak również czy Odwołujący dochował staranności w ustaleniu istnienia tych okoliczności dopiero na podstawie wyroku KIO z 4.08.2023 r. (sygn. akt KIO 2128/23 i KIO 2134/23). W tym zakresie koniecznym było uwzględnienie faktu, iż Odwołujący nie był uczestnikiem postępowania, w którym stwierdzono zachowanie wyczerpujące znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, prowadzące ostatecznie do odrzucenia ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Powyższe miało istotne znaczenie, w tym iż nie można czynić zarzutu braku staranności w pozyskaniu informacji z postępowania, którego nie było się uczestnikiem. W ocenie składu orzekającego, w sytuacji gdy wniesione zostało odwołanie od czynności odrzucenia oferty, zasadnym było wstrzymanie się z wnioskami o istnieniu podstawy do wykluczenia, gdyż czynność zamawiającego mogła zostać uchylona wyrokiem KIO, co pozbawiałoby zasadności twierdzenia o istnieniu przesłanki do wykluczenia z postępowania w związku z okresem, z jakim Ustawa wiąże skutek wykluczenia w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. W tej sytuacji, dopiero wyrok Izby utrzymujący w mocy czynność odrzucenia oferty Przystępującego pozwalał w sposób obiektywnie uzasadniony ustalić istnienie okoliczności, których konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy na okres 3 lat. Odwołujący dochował należytej staranności informując Zamawiającego o zdarzeniu, jakie miało miejsce w innym postępowaniu jeszcze w trakcie prowadzonych czynności ponownej oceny ofert, co nie oznaczało konieczności

wnoszenia odwołania na zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców. Dopiero z momentem zakomunikowania wyników ponownej oceny rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania na czynność zaniechania odrzucenia ofert i wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy działali w zmowie przetargowej składając oferty w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego.

W świetle powyższego odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, stanowiska i wyjaśnienia stron składane na rozprawie.
Odwołujący przedłożył dodatkowe dowody mające wskazywać na mechanizm współpracy widoczny w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Oczyszczania Miasta Warszawa – dla części VII, w którym oferty złożyli obaj wykonawcy i wybrano ofertę droższą złożoną przez Area D. M. (zawiadomienia z 31.05.2023 r.). Dodatkowo Odwołujący wskazał na informację z 26.09.2023 r. o odrzuceniu oferty Area D. M. w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wilanów (nr postępowania 27/WOŚ/2023), której podstawą był brak wskazania w JEDZ oświadczenia o zawarciu porozumienia z innym wykonawcą mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem zamówienia są usługi w zakresie letniego i zimowego utrzymania dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła.

Zamówienie nie zostało podzielone na części. Termin składania ofert upływał w dniu 7.06.2023 r. W postępowaniu złożonych zostało 5 ofert. Oferty złożyli zarówno D. M. (oferta najtańsza) jaki i Area D. M. (oferta trzecia w rankingu).

W dniu 13.07.2023 r. oferty D. M. i Area D. M. zostały odrzucone w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Rembertów w związku z ustaleniem, iż doszło do zmowy przetargowej. Na czynność tą wniesione zostało odwołanie, oddalone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4.08.2023 r., sygn. akt KIO 2128/23 i KIO 2134/23. Izba potwierdziła, *„Okoliczności bowiem pozwalały na wniosek, że wykonawcy zawarli porozumienie, jak stanowi powołany przepis, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu”*. Z ustalonego stanu faktycznego zakończonego odrzuceniem ofert postępowania wynika, iż oferty w ww. postępowaniu złożyli: Oferta nr 3 - AREA D. M., stary Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka - 1 463 522,80 PLN Oferta nr 4 - D. M., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka - 1 220 185,70 PLN. W związku z tym, że zarówno oferta nr 3 jak i oferta nr 4 podlegały uzupełnieniu bądź wyjaśnieniu, zamawiający w dniu 28.06.2023 r. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy wezwał obydwu wykonawców do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia treści JEDZ. W wyznaczonym terminie tylko Wykonawca nr 3 złożył dokumenty, natomiast wykonawca nr 4 (z najniższą ceną) nie złożył ani wyjaśnień ani uzupełnienia.,

Odwołujący w korespondencji z dnia 11.08.2023 r. przekazał Zamawiającemu informację o odrzuceniu ofert Area D. M. i D. M. w postępowaniu prowadzonym przez Dzielnicę Rembertów, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Prawidłowość odrzucenia ofert została potwierdzona wyrokiem KIO sygn. akt KIO 2128/23 i KIO 2134/23, a sentencja orzeczenia została załączona do korespondencji wraz z wnioskiem o wykluczenie obu wykonawców w obecnie prowadzonym postępowaniu na podstawie art. 111 pkt 4 Ustawy. Od wyroku KIO nie została wniesiona skarga do Sądu Zamówień Publicznych.

W dniu 21.07.2023 r. Zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty złożonej przez D. M.. Na tą czynność wniesione zostało odwołanie, uwzględnione przez Zamawiającego, a czynności badania i oceny ofert zostały powtórzone. W dniu 11.09.2023 r. Zamawiający dokonał ostatecznie wyboru oferty złożonej przez D. M..

Wykonawca D. M. nie podejmował żadnych koków w celu wdrożenia procedury samooczyszczenia na etapie oceny ofert (po złożeniu oferty i unieważnieniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej). Wykonawca dopiero na etapie postępowania odwoławczego w odpowiedzi na zarzuty złożył dokumenty mające wskazywać na skuteczne samooczyszczenia i wdrożenie środków naprawczych. Na rozprawie wyjaśniał, iż *nie informował obecnego Zamawiającego o wdrożonej procedurze samooczyszczenia, gdyż złożenie oferty w tym postępowaniu nastąpiło jeszcze przed zawiadomieniem o odrzuceniu oferty w innym postępowaniu. Przyczyna wykluczenia wystąpiła w toku postępowania, a momentem wyznaczającym cezurę, od której można przyjąć, iż wykonawca powinien był podejmować samooczyszczenie jest dzień 13.07.2023 r., w którym nastąpiło odrzucenie oferty (pismo z dnia 11.07.2023 r.). Wykonawca w tej sytuacji nie miał podstaw do wdrożenia procedury samooczyszczenia w trakcie toczącego się postępowania. Żaden przepis nie nakłada na wykonawcę takiego obowiązku. Traktując dokumenty jako inne podlegające pod przepis art. 128 Ustawy tylko na żądanie Zamawiającego takie dokumenty mogły być złożone. Nie stoi to na przeszkodzie skuteczności wdrożenia procedury samooczyszczenia ma ona skutek dla przyszłych postępowań. Procedura ta również powinna mieć znaczenie dla obecnie prowadzonego postępowania i możliwości udziału wykonawcy.*

Uwzględniając powyższe Izba uwzględniła odwołanie w całości.

Zarzuty podniesione względem czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę D. M. zostały sformułowane w oparciu o ustalenie, iż Zamawiający w sposób bezzasadny pominął przy ocenie tej oferty okoliczność, iż w stosunku do Wykonawcy stwierdzono wyrokiem KIO z 4 sierpnia 2023 r., sygn. akt KIO 2128/23 i 2134/23, iż podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, co nastąpiło na okres 3 lat na podstawie art. 111 pkt 4 Ustawy. Tym samy, w ocenie Odwołującego, wykluczenie Wykonawcy również w obecnie prowadzonym postępowaniu stało się konieczne. Zamawiający odpowiadając na zarzuty uznał, iż dla prowadzonego postępowania nie miało znaczenie wykluczenie wybranego Wykonawcy w innej procedurze przetargowej. Zamawiający nie uzasadnił tego stanowiska i poprzestał na samym stwierdzeniu braku podstawy do wykluczenia z postępowania. Należy również odnotować, iż w postępowaniu odwoławczym nie było spornym ustalenie, iż wykluczenie z postępowania prowadzonego przez Dzielnicę Rembertów stało się ostateczne w związku z brakiem zaskarżenia do sądu wyroku KIO. Ponadto, Wykonawca pomimo toczącej się procedury przetargowej i przystąpienia do ponownej oceny ofert nie poinformował Zamawiającego o zdarzeniu, jakie prowadziło do odrzucenia jego oferty w innym postępowaniu, jak również o podjęciu procedury samooczyszczenia.

Z uwagi na znaczenie, jakie dla rozpoznania niniejszego odwołania ma art. 111 pkt 4 Ustawy należało w pierwszej kolejności odnieść się do pojęcia, które nie zostało jasno zdefiniowane i opisane zostało, jako „zdarzenie będące podstawą wykluczenia", od którego zaistnienia Ustawa wiąże okres wykluczenia na 3 lata, w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. W wyroku z dnia 30.03.2023 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, sygn. akt XXIII Zs 5/23 potwierdził, iż do wykluczenia nie jest konieczne wydanie wyroku czy też decyzji stwierdzającej istnienie „zmowy przetargowej". Możliwość różnej interpretacji w ocenie Sądu ukierunkowuje interpretację każdorazowo uwzględniającą różnorodność stanów faktycznych. Sąd wskazał na zasadę czystych rąk, która oznaczać ma, iż nie może powoływać się na naruszenie zasad współżycia społecznego osoba, która sama zasady te (lub przepisy prawa) narusza (postanowienie SN I CSK 812/19).Określenie zdarzenia będącego podstawą do wykluczenia jest w ocenie Sądu tak ogólne, że pod tym pojęciem mogą się mieścić różne stany faktyczne. W sytuacji, gdy sankcja nałożona zostaje w związku z decyzją organu stwierdzającą zachowanie stanowiące naruszenie normy prawnej, powołując się na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości wyrażone, m.in. w wyroku C-124/17, Sąd kierując się troską o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa uznał, iż okres 3 lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji. Ocena Sądu odnoszona była do sytuacji, w której stwierdzenie działania naruszającego przepisy antymonopolowe nastąpiło przez sąd antymonopolowy, o czym zamawiający nie był informowany do czasu wydania orzeczenia. Ponieważ okres wykluczenia liczony od zachowania upływałby wcześniej, niż czas w jakim toczyło się i zakończyło postępowanie antymonopolowe, Sąd uznał, w tych okolicznościach, że okres wykluczenia powinien być liczony od dnia wydania orzeczenia. Sąd wskazał, iż funkcja prewencyjna i represyjna art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy (przy zmowie przetargowej) i 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy, opiera się na istotnym elemencie relacji pomiędzy zwycięskim oferentem, a instytucją zamawiającą, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca. Zatajenie informacji w postępowaniu o prowadzonym postępowaniu przed sądem antymonopolowym w istocie rzeczy uniemożliwiło zamawiającemu zastosowanie sankcji wykluczenia.

Przenosząc powyższe na stan rozpoznawanej sprawy, skład orzekający uznał, iż dla oceny działań Wykonawcy znaczenie ma zarówno wyrok KIO – przesądzający o prawidłowości oceny zachowania, które wyczerpywało znamiona zmowy przetargowej, jak również postawa samego Wykonawcy w przetargu, który pomimo świadomości skutków, jakie niesie dla niego decyzja o odrzuceniu oferty na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, nie informował o zdarzeniu Zamawiającego, uniemożliwiając dokonanie rzetelnej oceny sytuacji Wykonawcy w postępowaniu, jak również zaniechał procedury self-cleaningu, po tym jak zapadł wyrok w sprawie KIO 2128/23 i 2134/23.

Zamawiający nie przedstawił żadnego argumentu, który mógłby uzasadniać odstąpienie od stosowania konsekwencji wykluczenia z postępowania wykonawcy, który dopuścił się zmowy przetargowej w okresie 3 lat, liczonych od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W niniejszej sprawie nie miało znaczenia, czy okres ten będzie liczony od dnia wydania wyroku KIO, czy też decyzji o odrzuceniu oferty, czy też od samego zachowania, jakie zostało zidentyfikowane i ocenione negatywnie przez zamawiającego. Każde z tych zdarzeń mieściło się bowiem w cezurze czasowej, która wyznacza okres na jaki następuje wykluczenie z postępowania przetargowego. Nie ma podstaw do uznania, iż konsekwencja wykluczenia w oparciu o obligatoryjną przesłankę ograniczona zostaje wyłącznie do postępowania, w którym stwierdzono zachowanie naruszające normy prawne. Przy takim spojrzeniu przepis art. 111 pkt 4 Ustawy traciłby sens, jako zawierający funkcję represyjną wobec nierzetelnych wykonawców. Wybiórcze traktowanie wykonawców, jako nierzetelnych tylko dla części postępowań nie ma żadnego uzasadnienia normatywnego i faktycznego. Potrzeba zachowania uczciwej konkurencji nie jest wyłącznie domeną zamawiających, ale także wykonawców chcących uczestniczyć w rynku zamówień publicznych i korzystać z przejrzystości procedur i standardów wyznaczonych przepisami Ustawy, zobowiązani są do zachowania zasady „czystych rąk", na jaką wskazał w przywołanym orzeczeniu Sąd Zamówień Publicznych.

W ocenie składu orzekającego postawa Przystępującego w procedurze przetargowej nie jest taka, jaką należałoby oczekiwać od rzetelnego wykonawcy. Abstrahując od samego wyroku KIO również świadomość samego Wykonawcy co do podejmowanych w porozumieniu z innym podmiotem działań naruszających reguły uczciwej konkurencji, nie może być całkowicie pominięta. Fakt, iż inny zamawiający zidentyfikował te zachowania jako nieuczciwe tylko potwierdzał konieczność przedstawienia Zamawiającemu informacji o zdarzeniu, które miało znaczenie z punktu widzenia obligatoryjnej podstawy wykluczenia. Bierność ze strony Wykonawcy była podyktowana wyłącznie ochroną interesów własnych, co oznaczało narażenie Zamawiającego na podjęcie współpracy z podmiotem, które rzetelność jest wątpliwa.

Izba nie oceniała dokumentów przedstawionych na rozprawie, jako stanowiących o skutecznej procedurze samooczyszczenia, która nie miała miejsca w trakcie procedury przetargowej. Już sama data pism (27 i 28 września 2023 r.) wskazuje, że zostały one przygotowane wyłącznie na potrzebę postępowania odwoławczego, a Wykonawca wcześniej nie poczuwał się do potrzeby podejmowania działań naprawczych w celu uchylenia się od skutków wykluczenia. Nie miały one zatem znaczenia, a ich ocena wykraczałby poza zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 7 ust. 1 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty pełnomocnika Odwołującego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: ……

……

……