

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Emil Kuriata

Luiza Łamejko

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 3 czerwca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 maja 2025 r. przez odwołującego – wykonawcę **Geokart – International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Powiat Oświęcimski – Starostwo Powiatowe w Oświęcimiu**, ul. St. Wyspiańskiego 10, 32-602 Oświęcim

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego – uczestnika **MGGP Spółka Akcyjna** ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z 29.04.2025 r. polegających na odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej i nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów pełnomocnika odwołującego;

2.2 Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

.....
.....

Sygn. akt: KIO 1847/25

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Starostwo Powiatowe w Oświęcimiu, w trybie przetargu nieograniczonego na *aktualizację bazy danych ewidencji gruntów i budynków dla jednostki ewidencyjnej Oświęcim – obszar wiejski* (nr postępowania: SZP.272.1.2025), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23.01.2025, S 16/2025 48525-2025, wobec czynności wykluczenia z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 12.05.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy – Geokart - International Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie (KIO 1847/25).

Zamawiający poinformował o zakończeniu badania, ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej 30.04.2025 r.

Odwołujący wskazuje na naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp – poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie Odwołującego Geokart – International Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, wynikające z błędnego przyjęcia, że Odwołujący nie wykazał przesłanek samooczyszczenia w związku z wydaniem przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji nr RKR4/2024, zn. RKR.410.1.2020.MŻ.PP z dnia 11 października 2024 r., a przez to błędne przyjęcie że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu,
- 2.art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał przesłanek samooczyszczenia,
- 3.art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonych wyjaśnień w ramach procedury samooczyszczenia,
- 4.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania prawidłowej oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty; unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; powtórzenie czynności badania oraz wyboru oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W formularzu jednolitego europejskiego dokument zamówienia odwołujący wskazał, że zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazując, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w decyzji nr RKR4/2024, zn. RKR.410.1.2020.MŻ.PP z dnia 11 października 2024 r. uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku usług wykonywania opracowań kartograficznych dla potrzeb Służby Geodezyjnej i Kartograficznej i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej ustawa okik), zawarcie pomiędzy Geokart – International Sp. z o.o. i pozostałymi stronami postępowania antymonopolowego porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 ustawy okik, polegającego na uzgodnieniu wspólnego ustalania warunków udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługę opracowania arkuszy map tematycznych (pkt I decyzji). Jednocześnie odwołujący poinformował zamawiającego o przedsięwzięciu środków w celu samooczyszczenia oraz poinformował w formularzu JEDZ o podjętych działaniach potwierdzających spełnienie przesłanek samooczyszczenia o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający uznał złożone przez wykonawcę wyjaśnienia za niewystarczające do wykazania samooczyszczenia co skutkowało wykluczeniem odwołującego i odrzuceniem jego oferty.

Zamawiający błędnie przyjął, że nie została wykazana przesłanka samooczyszczenia określona w 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wykonawca w dokumencie JEDZ wskazał, że: „*Na skutek postępowania będącego przedmiotem postępowania zakończonych wydaniem decyzji przez Prezesa UOKiK nie została wyrządzona szkoda. Geokart - International Sp. z o.o. nie został zobowiązany do naprawienia szkody, ani zapłaty zadośćuczynienia pieniężnego. Wobec Wykonawcy nie zostały zgłoszone żadne tego typu roszczenia przez Zamawiających, jak również przez inne podmioty. Również wydana decyzja Prezesa UOKiK nie nakłada takiego obowiązku na Wykonawcę. Z uwagi na powyższe w stosunku do Wykonawcy przesłanka samooczyszczenia określona w art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest spełniona.*”

Zdaniem odwołującego, aby wykonawca mógł naprawić lub zobowiązać się do naprawienia szkody, to szkoda taka musi zostać realnie wyrządzona i takowe roszczenia muszą zostać wykonawcy zgłoszone. Wykonawca nie może domniemywać, że jego działanie doprowadziło do wyrządzenia szkody.

Pozbawione jakichkolwiek podstaw są przy tym twierdzenia, że w przypadku odwołującego zastosowanie znajduje domniemanie wynikające z ustawy z art. 7 ustawy z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji i odwołujący był obowiązany to domniemanie obalić. Ustawa ta nie ma jednak zastosowania do czynów objętych decyzją Prezesa UOKiK Decyzja ta dotyczy postępowania z okresu lat 2012 – 2016. Zgodnie zaś z art. 36 ust. 1 ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji jej przepisy stosuje się do roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, które nastąpiło po jej wejściu w życie. Tym samym odwołujący nie jest obowiązany do obalenia domniemanie wynikającego z art. 7 ustawy.

Chybione jest również twierdzenie, że z treści decyzji Prezesa UOKiK rzekomo wynika, że odwołujący i jego konsorcjanci wyrządzili zamawiającym szkodę. W decyzji stwierdzone zostało jedynie, że zachowanie konsorcjantów odbywało się ze szkodą dla zamawiających, którzy nie mogli odnieść korzyści z rywalizacji cenowej pomiędzy wykonawcami, co prowadziło do udzielania tych zamówień po wyższych cenach. Sformułowanie to nie jest jednoznaczne z tym, że zachowanie to wyrzodziło szkodę majątkową zamawiającym. Przedmiotem postępowania antymonopolowego prowadzonego przez Prezesa UOKiK nie było ustalenie czy doszło do wyrządzenia szkody zamawiającym.

Działania odwołującego będące podstawą decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK miały miejsce w latach 2012 – 2016. Od zaniechania w/w działania upłynęło więc 9 lat i w całym tym okresie żaden z zamawiających nie wystąpił z jakimikolwiek roszczeniami odszkodowawczymi wobec odwołującego, co tylko potwierdza, że jego zachowanie nie wyrzodziło szkody zamawiającym, do której naprawienia byłoby zobowiązany. Nie zapadło również żadne orzeczenie stwierdzające wyrządzenie takiej szkody.

Obowiązek naprawienia szkody o którym mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie szkody realnej, faktycznie wyrządzonej, a nie szkody hipotetycznej, która mogła powstać na skutek działania wykonawcy. Odwołujący nie mógł wykazać naprawienia szkody do wyrządzenia której nie doszło o czym poinformował w ramach procedury

samooczyszczenia.

Chybione są również twierdzenia, że odwołujący nie wykazał przesłanki określonej w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z tej przyczyny, że nie jest w stanie stwierdzić że wykonawca w toku postępowania antymonopolowego współpracował z Prezesem UOKiK. W uzasadnieniu decyzji Prezesa UOKiK szczegółowo opisane zostało postępowanie poszczególnych stron postępowania antymonopolowego, przedstawione zostały, m.in. stanowiska stron, w tym odwołującego. Z treści decyzji wynika, że odwołujący udzielał informacji organowi antymonopolowemu. W treści decyzji nie zostało stwierdzone aby odwołujący uchylił się od złożenia jakichkolwiek wyjaśnień, czy też przedłożenia dokumentów żądanych przez Prezesa UOKiK.

Wbrew stanowisku zamawiającego odwołujący wykazał również przesłankę samooczyszczenia określoną w art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podjęte przez odwołującego działania ukierunkowane zostały na zapobieganie uchybieniom stwierdzonym w decyzji Prezesa UOKiK i polegały m.in. na wdrożeniu wewnętrznych procedur związanych z organizacją, przebiegiem i nadzorem nad procedurą przygotowania i składania ofert w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych, jak również reorganizacją personelu. Stwierdzone przez Prezesa UOKiK nieprawidłowości dotyczyły zachowania odwołującego w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i polegały w szczególności na zawiązywaniu ponadwymiarowych konsorcjów (konsorcjów w składach większych niż wymagane warunkami udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia publicznego). Stąd też działania odwołującego zostały ukierunkowane na prawidłową organizację postępowań o udzielenie zamówień publicznych i wyeliminowaniu ryzyka wystąpienia nieprawidłowości stwierdzonych w decyzji. Odwołujący wykazał, że zerwał powiązania z podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe zachowania. W/w zerwanie powiązań ma zarówno charakter zewnętrzny (zaprzestanie współpracy w ramach konsorcjum z podmiotami będącymi stroną postępowania antymonopolowego – fakt niekwestionowany przez zamawiającego), jak i wewnętrzny (zmiany w zarządzie spółki). Istotą działań było zerwanie powiązań z osobami odpowiedzialnymi za naruszenie polegające na tym, aby osoby odpowiedzialne nie miały wpływu na jego bieżącą działalność. Odwołujący przeprowadził również reorganizację wewnętrzną oraz reorganizację personelu, czego zamawiający nie kwestionuje. Odwołujący wdrożył systemy sprawozdawczości i kontroli, wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów oraz wewnętrzne regulacje mające na celu zapobieganie nieprawidłowemu działaniu.

Zamawiający zaniechał przy tym wezwania odwołującego do przedłożenia dodatkowych dokumentów i wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca MGGP S.A. z/s w Tarnowie.

Odwołujący zgłosił w piśmie 30.05.2025 r. opozycję wobec przystąpienia po stronie zamawiającego.

Zamawiający i przystępujący zawiadomieni o terminie posiedzenia nie stawili się, jak również nie złożyli stanowisk pisemnych w odpowiedzi na zarzuty odwołującego.

Izba na posiedzeniu oddaliła opozycję, której podstawą było uznanie, że wykonawca zgłaszający przystąpienie nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Na moment wniesienia odwołania oferta przystępującego była jedną z dwóch poddanych ocenie punktowej i uzyskała drugą pozycję w rankingu ofert. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia jest pojęciem szerszym od interesu w uzyskaniu zamówienia, co powiązane jest z oceną możliwości uzyskania zamówienia w ramach prowadzonej procedury przetargowej. Ponieważ podstawa odrzucenia oferty odwołującego jest związana z przesłanką wykluczenia, której skutki rozciągała się w czasie w związku z art. 111 pkt 4 Ustawy na okres 3 lat od wystąpienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, utrzymanie decyzji zamawiającego może mieć znaczenie w kolejnych postępowaniach przetargowych na możliwość ubiegania się odwołującego o zamówienia. Powyższe prowadzi zatem do wniosku, że rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec oceny oferty odwołującego pozostaje w kręgu zainteresowania przystępującego, jako uczestnika rynku branżowego. Już sam ustawodawca wprowadzając dłuższe okresy wykluczenia dla części przesłanek przesądził o znaczeniu decyzji zamawiającego nie tylko w prowadzonym postępowaniu, będące reakcją na znaczenie naruszeń, których dopuścić mogą się wykonawcy ubiegający się o zamówienie. Zatem interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia wykonawcy przystępującego w postępowaniu odwoławczym należy badać w szerszym kontekście, uwzględniając znaczenie rozstrzygnięcia nie tylko dla prowadzonej procedury przetargowej i samego zamówienia. Sam ustawodawca rozróżnił interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia od interesu w uzyskaniu zamówienia, co jest wskazówką dla szerszego spojrzenia na potrzebę ochrony różnych interesów, które mogą być powiązane z decyzjami podejmowanymi w procedurze przetargowej.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.), dalej jako „Ustawa”.

Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy.

Izba ustaliła i zważyła.

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 29.04.2025 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego wskazując w uzasadnieniu na podstawę prawną z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Zamawiający stwierdził *na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji*, co odwołujący przyznał w oświadczeniu w JEDZ wskazując, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 11 października 2024 r., znak: RKR.410.1.2020.MŻ.PP, zwanej dalej Decyzją, uznał praktykę wykonawcy polegającą na zawieraniu porozumień z innymi podmiotami za naruszającą konkurencję. Zawieranie porozumień przez wykonawcę uznane zostało przez Prezesa UOKiK za zakazane na podstawie, art. 6 ust. 1 pkt 7) u.o.k.i.k., tj. za uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia, jakie wykonawca złożył na podstawie art. 110 ust. 2 Ustawy. Nie zgodził się ze stanowiskiem wykonawcy, że nie był on zobowiązany do naprawienia szkody, która nie powstała w wyniku zawieranych przez niego porozumień. Zamawiający wskazał na fragment decyzji, z której wynika że: *„Porozumienia o których mowa w niniejszej sprawie stwarzały uczestnikom możliwość ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, a okoliczność, że w przetargach na wykonanie kartograficznych opracowań tematycznych, organizowanych w latach 2012-2016 wpływała tylko jedna oferta (na całość lub daną część zamówienia) składana przez podmioty uczestniczące w porozumieniu wskazuje, że konkurencja na tym rynku w zakresie tego towaru została faktycznie ograniczona. Odbywało się to ze szkodą dla zamawiających, którzy nie mogli odnieść korzyści z rywalizacji cenowej pomiędzy wykonawcami, co prowadziło do udzielania tych zamówień po wyższych cenach.”*. Zamawiający przy tym wyjaśnił, że w postępowaniu administracyjnym przed Prezesem UOKiK organ ten nie orzeka o obowiązku naprawienia szkody przez wykonawcę, któremu zarzucono naruszenie zakazów konkurencji. Postępowania w sprawie naprawienia szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji reguluje ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Ponieważ w art. 110 ust. 2 pkt 1) Ustawy nałożony został na wykonawcę obowiązek naprawienia szkody lub zobowiązanie się do jej naprawienia, jako przepis o charakterze wyjątkowym wymaga zwięzłej interpretacji. Warunku tego nie można uznać za spełniony na podstawie samego oświadczenia wykonawcy w zakresie braku zaistnienia szkody lub braku istnienia obowiązku jej naprawienia w Decyzji. Okoliczność zaistnienia szkody, choć została wykazana w Decyzji, może być przedmiotem sporu pomiędzy wykonawcą, a podmiotami poszkodowanymi, który to spór można rozwiązywać polubownie bądź na podstawie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Na marginesie należy zauważyć, że zgodnie z art. 7 u.r.n.s.: *„Domniemywa się, że naruszenie prawa konkurencji wyrządza szkodę.”*. Domniemanie to jest wprawdzie obalane, ale ciężar dowodowy tego obalenia obciąża wykonawcę, któremu zarzucono naruszenie zasad konkurencji.

Zdaniem zamawiającego obowiązek naprawienia szkody nie może być spełniony w sytuacji, w której wykonawca biernie czeka na zgłoszenie w stosunku do niego roszczeń podmiotów pokrzywdzonych i liczy na to, że nikt z roszczeniem się nie zgłosi. Nawet jeżeli w danej sytuacji nie doszło do wyrządzenia szkody, to okoliczność ta winna być stwierdzona przez potencjalnego pokrzywdzonego, a nie przez wykonawcę, bądź w razie sporu przez właściwy sąd powszechny. Na kanwie niniejszej sprawy potencjalnymi pokrzywdzonymi są zamawiający wskazani w Decyzji i ewentualne wykazanie braku szkody winno pochodzić od tych podmiotów, a nie oświadczenia wykonawcy.

Instytucja samooczyszczenia wymusza na wykonawcy przyznanie wobec pokrzywdzonych naruszenia zasad konkurencyjności i zadośćuczynienia im w formie ustalonej przez obie strony. Kara pieniężna nałożona na wykonawcę w Decyzji nie ma takiego waloru, a jej beneficjentem jest zawsze Skarb Państwa, bez względu na to czy Skarb Państwa jest poszkodowanym w związku z naruszeniem zakazu konkurencji przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2) Pzp wykonawca musi wykazać, iż wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym. W niniejszej sprawie wykonawca stwierdza, że: *„w toku postępowania antymonopolowego współpracował z Prezesem UOKiK, udzielał w terminach wszelkich wyjaśnień, przedkładał wszelkie dokumenty, przyczyniając się tym samym do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania.”*. Twierdzenia te nie są jednak poparte żadnymi dowodami, wobec

powyższego Zamawiający nie jest w stanie potwierdzić spełnienia przez wykonawcę przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 2) Pzp.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 3) lit. a) Pzp wykonawca musi wykazać, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. Wykonawca oświadczył, że zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie, tj. wymienił zarząd spółki (Ł.P. członek zarządu od 17.08.2001 r. do 15.01.2024 r., M.M. członek zarządu od 11.10.2012 r. do 8.02.2018 r., L.F. członek zarządu od 5.10.2009 r. do 28.10.2022 r.), który był „odpowiedzialny za składanie ofert w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych na opracowanie map tematycznych i zawarte umowy konsorcjum” i „treść składanych ofert oraz zawieranie umów i ich treść”. Ponadto wykonawca stwierdził, że żadna z tych osób nie jest już zatrudniona u wykonawcy. Fakt wymiany zarządu spółki potwierdza analiza pełnego odpisu KRS. Brak jednak dowodów na rozwiązanie stosunku pracy (zatrudnienia) ww. osób. Z faktu zaprzestania pełnienia funkcji członka zarządu nie wynika automatycznie brak zatrudnienia u wykonawcy. Ponadto pan Ł.P. pozostaje udziałowcem w spółce, będącej wykonawcą od 17.08.2001 r.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 3) lit. b) Pzp wykonawca musi wykazać, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności, że zreorganizował personel. Wykonawca podniósł, że w związku z powyższym likwidację Pracowni Kartograficznej, w ramach której wykonywane były umowy, których przedmiotem było opracowywanie map tematycznych, objęte Decyzją. Zreorganizowano Pracownię Geodezyjną (obecnie Zakład Geodezji), gdzie wprowadzono zmiany w kadrze zarządzającej. Zreorganizowany został również personel odpowiedzialny za przygotowywanie ofert w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Utworzono nowe stanowisko pracy – Specjalisty ds. Przetargów i Ofertowania. Wykonawca oświadczył także, że w latach 2012-2016 w strukturze organizacyjnej wykonawcy brak było stanowiska pracy o tożsamym zakresie obowiązków. Żadne z powyższych okoliczności nie zostały poparte przez wykonawcę jakimikolwiek dowodami.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 3) lit. c) Pzp wykonawca musi wykazać, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności, że wdrożył system sprawozdawczości i kontroli.

Wykonawca oświadczył między innymi, że:

- dokonał przeglądu wewnętrznych procedur dotyczących udziału w rynku zamówień publicznych (przygotowania i składania ofert),
- zorganizował spotkanie z pracownikami odpowiedzialnymi za przygotowanie i składanie ofert podczas którego poinformował ich o treści wydanej decyzji i stwierdzonych przez Prezesa UOKiK uchybieniach,
- przeprowadził, dla pracowników odpowiedzialnych za przygotowanie i składanie ofert oraz kadry zarządczej, szkolenie z zakresu prawa antymonopolowego i prawa zamówień publicznych. Pracownicy przeszkoleni zostali m.in. z zakresu niedozwolonych porozumień i przesłanek legalności konsorcjum,
- przygotował i wprowadził w życie, od grudnia 2024 r. wewnątrzzakładowy regulamin szczegółowo określający procedury, zasady i tryb przygotowania i składania ofert w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych,
- zlecił przygotowanie materiałów szkoleniowych dotyczących m.in. niedozwolonych porozumień i przesłanek legalności konsorcjum, celem ich wykorzystania przez osoby uczestniczące w przygotowaniu i składaniu ofert,
- przygotował i wprowadził w życie, od grudnia 2024 r. wewnątrzzakładowy regulamin szczegółowo określający procedury, zasady i tryb przygotowania i składania ofert w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych,
- procedura przewiduje ponadto system sprawozdawczości i kontroli nad prawidłowością i zgodnością z przepisami prawa działań związanych z przygotowaniem i składaniem ofert. Wyznaczona została osoba odpowiedzialna (Specjalista ds. Przetargów i Ofertowania) za okresowe składanie Zarządowi Spółki sprawozdań w tym zakresie. Sprawozdania te podlegają kontroli i mają na celu wykrycie wszelkich nieprawidłowości.

Żadne z powyższych okoliczności nie zostały poparte przez wykonawcę jakimikolwiek dowodami.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 3) lit. d) Pzp wykonawca musi wykazać, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności że utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Wykonawca oświadczył między innymi, że:

- wdrożył procedurę zgłoszeń wewnętrznych oraz podejmowania działań następczych. Procedura ta opracowana została na podstawie przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 2024 r. o ochronie sygnalistów (Dz. U. 2024.928) i określa tryb postępowania w sprawie dokonanych zgłoszeń dotyczących przypadków naruszenia prawa, w tym przepisów dotyczących naruszenia prawa zamówień publicznych. Procedura szczegółowo reguluje tryb dokonywania zgłoszeń (wewnętrznych oraz zewnętrznych), postępowania dotyczącego rozpatrywania zgłoszeń oraz działaniach następczych, które ukierunkowane są na eliminowanie wszelkich nieprawidłowości,
- wdrożył procedurę przeprowadzania audytu wewnętrznego do monitorowania zgodności z przepisami prawa czynności związanych z udziałem Wykonawcy w rynku zamówień publicznych. Procedura przewiduje badanie zgodności podejmowanych czynności m.in. z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych, ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również z wewnętrznymi procedurami,
- jest w trakcie poszukiwania podmiotu, któremu zleci przeprowadzenie audytu,
- zlecił opracowanie Kodeksu Etyki dla pracowników Spółki, który szczegółowo będzie określał zabronione i nieakceptowane działania, w tym związane z udziałem Wykonawcy w rynku zamówień publicznych.

Żadne z powyższych okoliczności nie zostały poparte przez wykonawcę jakimikolwiek dowodami. Strona 10 z 10

Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 3) lit. e) Pzp wykonawca musi wykazać, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności, że wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Wykonawca oświadczył, iż w wyniku przeprowadzonego przeglądu procedur przygotował i wprowadził w życie, od grudnia 2024 r., wewnętrzny regulamin szczegółowo określający procedury, zasady i tryb przygotowania i składania ofert w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Wdrożona procedura określa zasady odpowiedzialności za naruszenie jej postanowień (dyscyplinarną, porządkową oraz odszkodowawczą).

Żadne z powyższych okoliczności nie zostały poparte przez wykonawcę jakimikolwiek dowodami.

W związku z powyższym, zamawiający uznał przedstawione wyjaśnienia za niewystarczające i tym samym wykluczył wykonawcę z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, co skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) Pzp.

Izba uwzględniła odwołanie uznając zasadność zarzutów związanych z oceną skuteczności samooczyszczenia.

W sprawie nie było sporne, że wykonawca w JEDZ oświadczył, że zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia objęta normą art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, co miało potwierdzenie w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 11 października 2024 r., znak: RKR.410.1.2020.MŻ.PP (Nr RKR-4/2024).

W dniu 20 grudnia 2020 r. postanowieniem nr RKR-70/2020 Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe i pismami z 29 grudnia 2020 r. zawiadomił o tym fakcie jego strony. Decyzja stwierdza praktykę ograniczającą uczciwą konkurencję podmiotów, w tym odwołującego, naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Na odwołującego (jak i pozostałe podmioty) nałożona została kara pieniężna w wysokości 328.357,26 zł. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że wniesione zostało odwołanie na decyzję do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Postępowaniem przed Prezesem Urzędu objęta została praktyka polegająca na tworzeniu przez przedsiębiorców konsorcjów w celu wspólnego ubiegania się o zamówienia na opracowanie cyfrowych arkuszy map tematycznych (hydrograficznych i sozologicznych), udzielane w postępowaniach przetargowych w latach 2012-2016. Zakwestionowane działania polegały na wspólnym składaniu oferty jako konsorcjum złożone ze znacznej liczby uczestników, w sytuacji, w której udział takiej liczby przedsiębiorców nie był niezbędny do ubiegania się o zamówienie i realizacji tego zamówienia, jak i na koordynowaniu zachowań w przetargach, w których strony składały odrębne oferty jako konsorcja występujące w mniejszych składach. Porozumienie takie kwalifikowane jest jako „zmowa przetargowa” (motyw 281).

Oceniając decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego skład orzekający miał na uwadze zarówno okoliczności związane z zakończonym postępowaniem antymonopolowym przed Prezesem UOKiK, jak i wyjaśnienia samego wykonawcy wskazane w formularzu JEDZ, mające potwierdzać jego rzetelność pomimo wystąpienia przesłanki do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Nie było przedmiotem zarzutu ustalenie, czy zachowania opisane w decyzji nadal mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego (z uwagi na upływ czasu od zdarzeń objętych postępowaniem antymonopolowym), lecz ocena zamawiającego dotycząca procedury samooczyszczenia dokonana w odniesieniu do przesłanek z art. 110 ust. 2 Ustawy.

Ramy oceny procedury selfcleaningu, jako procedury inicjowanej przez wykonawcę w postępowaniu przetargowym

zostały opisane, m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 13.12.2023 r., sygn. XXIII Zs 100/23. Sąd wskazał, że wykładnia funkcjonalna nakazywałaby, aby za wystarczające uznać działania w takim zakresie, w jakim są one niezbędne do wyeliminowania przyszłych naruszeń. Środki podejmowane w ramach samooczyszczenia powinny więc być następcze w stosunku do negatywnego zdarzenia oraz uprzednie w stosunku do kolejnego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oceniając podejmowane działania naprawcze Sąd oceniał ich adekwatność do sytuacji, uwzględniając okoliczności związane z prowadzeniem działalności gospodarczej i obowiązkiem realizacji zobowiązań umownych, co służyć miało ocenie, czy środki pozwolą zapobiec powtórzeniu się sytuacji, która stała się podstawą wykluczenia. Jednocześnie sąd wskazał, iż w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w zakresie przedstawionych wyjaśnień, zasadnym było zastosowanie procedury wyjaśnień i uzupełnień, o której mowa w art. 26 ust. 3 i 4 i odpowiednio art. 128 Ustawy (dokumenty te kwalifikowane są do oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak wykluczenia). Sąd odniósł się również do konieczności udowodnienia zamawiającemu faktu naprawienia szkody wyrządzonej działaniem. Ponieważ nie wynikało aby mogło dojść do poniesienia szkody w wyniku zmywy przetargowej (obie oferty zostały odrzucone i nie doszło do naliczenia kar) – zdaniem Sądu zasadnie wykonawca odstąpił od wykazania działań w zakresie dotyczącym naprawienia lub zobowiązania do naprawienia szkody, jako bezprzedmiotowych. Działania zapobiegawcze zawsze muszą być dostosowane do okoliczności konkretnego przypadku. Ocena czy zostały spełnione przesłanki samooczyszczenia wymaga dogłębnej analizy stanu faktycznego oraz wzięcia pod uwagę wszelkich okoliczności.

Przenosząc powyższe na stan sprawy skład orzekający uznał, że zamawiający zaniechał wszechstronnej analizy opisanych mechanizmów naprawczych, skupiając się zasadniczo na oświadczeniu wykonawcy o braku potrzeby wykazania naprawienia szkody, która nie została stwierdzona w decyzji Prezesa UOKiK, oraz braku przedstawienia dowodów na opisane w oświadczeniu wykonawcy działania. Zamawiający nie uwzględnił charakteru naruszeń, opisanych szczegółowo w decyzji, w tym wyjaśnień samego podmiotu składanych w ramach procedury antymonopolowej (opisane w decyzji), które pozwalały ocenić, czy działania naprawcze pozwolą zapobiec powtórzeniu się sytuacji, która stała się podstawą wykluczenia z postępowania. Zamawiający odniósł się szczegółowo wyłącznie do oświadczenia wykonawcy, w którym ten wskazał na brak potrzeby wykazania naprawienia szkody, która nie została wyrządzona działaniami opisanymi w decyzji Prezesa UOKiK. Odnosząc się do tego elementu skład orzekający uznał, że wykonawca nie miał podstaw do wykazywania naprawienia szkody, czy też zobowiązania się do jej naprawienia, w sytuacji, gdy nie są znane mu roszczenia ewentualnych poszkodowanych. Jak wskazał sam zamawiający decyzja Prezesa UOKiK nie ma na celu ustalenie szkody, jaka powstała na skutek opisanych mechanizmów, a tym samym bez wykazania, że do szkody doszło nie jest możliwe podjęcie działań w celu jej naprawienia w procedurze samooczyszczenia. W szczególności zamawiający błędnie wywodził, że wykonawca zobowiązany był wykazać w drodze oświadczeń zamawiających, w których postępowaniach miało dojść do zakłócenia konkurencji, iż nie mają oni roszczeń względem wykonawcy z tytułu powstałej szkody. Procedura selfcleaningu służy ocenie wykonawcy w celu wykazania jego wiarygodności podmiotowej w sytuacji, gdy zachodzić ma podstawa do jego wykluczenia. Działania wykonawcy, jako następcze względem zdarzeń wyczerpujących podstawy do wykluczenia, uwzględniają zindywidualizowane okoliczności, a tym samym również podjęte środki zaradcze muszą być adekwatne do skutków naruszeń. Jeżeli nie da się stwierdzić wystąpienia szkody, to oczekiwanie aby wykonawca naprawił szkodę lub zobowiązał się do naprawienia szkody, pozostaje irrelevantne dla oceny skuteczności samooczyszczenia. Ponadto, należy zauważyć, że taka szkoda miałaby wystąpić w postępowaniach, które prowadzone były w latach 2012-2016. Skoro dotąd żaden z potencjalnych poszkodowanych nie wystąpił do wykonawcy z roszczeniem o naprawienie szkody, to brak jest podstaw do podważenia skuteczności samooczyszczenia. Izba nie zgadza się, aby decyzja Prezesa UOKiK stwierdzała wyrządzenie szkody, pozwalającej na jej naprawienie w drodze samooczyszczenia. Jak wskazał sam zamawiający organ ten nie orzeka o obowiązku naprawienia szkody, do jakiej prowadzić miałoby naruszenie prawa konkurencji. To strony umowy mogą rozstrzygnąć, czy to na drodze sądowej, czy też polubownej o istnieniu lub nie obowiązku naprawienia szkody, co wymagałoby wykazania jej rozmiarów. Na moment podejmowania środków naprawczych wykonawca nie miał podstawy do przyjęcia istnienia obowiązku naprawienia szkody, co pozwalałoby ewentualnie określić zakres działań naprawczych w tym obszarze.

Zamawiający dokonał oceny samooczyszczenia bez uwzględnienia okoliczności identyfikujących zakres i zasięg czynów, jakie stanowiły przedmiot badania w ramach postępowania antykonkurencyjnego. W sprawie nie było spornym, że wykonawca przyznał w oświadczeniu JEDZ, iż występuje wobec niego podstawa do wykluczenia, co uzupełnił procedurą samooczyszczenia. Zamawiający kwestionując skuteczność procedury wskazał na braki w zakresie okoliczności, które nie zostały stwierdzone, a zatem nie wymagały konkretnych kroków naprawczych. Dotyczy to obowiązku naprawienia szkody, której rozmiar, jak i postać nie jest możliwa do zidentyfikowania. Tym samym oczekiwanie aby wykonawca naprawił szkodę nie mogło przesądzać o niedostatecznym wykazaniu rzetelności

wykonawcy w świetle art. 110 ust. 2 Ustawy. Działania w ramach samooczyszczenia stanowić powinny środki adekwatne do charakteru i zakresu czynów wykonawcy.

Należy podkreślić, że procedura samooczyszczenia z uwagi na możliwość jej odniesienia do każdej z podstaw wykluczenia wymaga uwzględnienia wagi i szczególnych okoliczności czynu. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazywał na specyficzne warunki związane z prowadzeniem działalności w ramach, której stwierdzone zostało naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający skupiając się wyłącznie na niedostatecznym, z uwagi na brak dowodów, wykazaniu środków naprawczych, faktycznie nie odniósł się do znaczenia opisanych zmian i mechanizmów na ewentualne przyszłe działanie wykonawcy. Taka ocena w zasadzie sprowadza się do podważenia wiarygodności wykonawcy wyłącznie w oparciu o suche stwierdzenie braku dowodów, bez merytorycznej oceny znaczenia opisanych w samooczyszczeniu działań naprawczych.

Zgodnie z art. 110 ust. 3 Ustawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania prowadzić ma negatywna ocena podjętych czynności, jako niewystarczających do wykazania rzetelności wykonawcy. Przepis ten zakłada zatem konieczność dokonania oceny merytorycznej uwzględniającej okoliczności czynu, czego zamawiający nie dokonał wykluczając wykonawcę z postępowania. W szczególności zamawiający nie odniósł się do stwierdzonych w decyzji działań i zakresu ich znaczenia dla obecnej sytuacji rynku usług, w tym usług objętych postępowaniem antymonopolowym, które według odwołującego obecnie nie mają udziału w rynku. Zamawiający pominął również okoliczność niesporną, a wynikającą z samodzielnego składania oferty przez odwołującego, czy też sam upływ czasu od zdarzeń, które stwierdzone zostały w decyzji Prezesa UOKiK. Odwołujący na rozprawie przedłożył przykładowe zawiadomienia z innych postępowań przetargowych, w których uczestniczył już po opisanym zdarzeniu, w których uznano samooczyszczenie za skuteczne. Jest to również okoliczność dla wykonawcy znacząca, gdyż pozwala ocenić działania jakie podejmował w celu wykazania swojej rzetelności.

Na zakończenie należy wskazać, że ocena zamawiającego nie odnosi się do działań wykonawcy, ale skupia się na wytknięciu braków, co mogłoby być uzupełnione przez wykonawcę, gdyby zamawiający skorzystał z możliwości jaką dają przepisy Ustawy (art. 128 Ustawy). Ponieważ zamawiający nie dokonał oceny odnoszącej się do okoliczności czynu i działań naprawczych, która pozwoliłaby ustalić dlaczego mechanizmy wdrożone przez wykonawcę są niewystarczające dla zapobieżenia naruszeniom w przyszłości, Izba uwzględniła zarzuty podniesione w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty pełnomocnika odwołującego wykazane rachunkiem złożonym do akt sprawy i obciążyła nimi zamawiającego.

Przewodnicząca:.....

.....

.....