

WYROK

Warszawa, 25 września 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: W.Z.

po rozpoznaniu na rozprawie 21 września 2026 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 sierpnia 2026 r. przez wykonawcę WAN-BUS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim przy ul. T. Bairda 56/4 (05-825 Grodzisk Mazowiecki) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Elbląg z siedzibą w Elblągu przy ul. Browarnej 85 (82-300 Elbląg)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Express-Bus Przewozy Osobowo-Towarowe z siedzibą w Wołuszewie pod numerem 3 (87-720 Ciechocinek)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę WAN-BUS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 505 zł 50 gr (trzy tysiące pięćset pięć złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty odwołującego poniesione z tytułu 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 4225/26

Uzasadnienie

Gmina Elbląg zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym bez negocjacji, pn. *Dowóz uczniów niepełnosprawnych do ośrodków szkolno-wychowawczych na terenie Miasta Elbląga wraz z zapewnieniem opieki*, o numerze ZP.271.12.2026, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 lipca 2026 r., pod numerem 2026/BZP 00320041.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

25 sierpnia 2026 r. wykonawca WAN-BUS Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez zamawiającego w postępowaniu, polegającej na dokonaniu odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, a w konsekwencji dokonaniu wyboru oferty Expres-Bus Przewozy Osobowo-Towarowe W.S..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp polegające na odrzuceniu oferty odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, przez uznanie i zastosowanie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. uznanie, że jest to wykonawca, który podlega wykluczeniu w związku z zaistnieniem wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, podczas gdy wykonawca nie podlega wykluczeniu i odrzuceniu z postępowania, z uwagi na brak jakiegokolwiek wyroku czy decyzji wydanej przez uprawniony organ, potwierdzający istnienie zмовы przetargowej;
- 2) art. 111 pkt 4 Pzp, w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp polegające na niewłaściwej wykładni przepisu, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp – na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia i za to zdarzenie uznał odrzucenie oferty przez zamawiającego, podczas gdy zdarzeniem będącym podstawą wykluczenia był dzień złożenia ofert mających wpływ na ograniczenie

konkurencji, tj. dzień 7 czerwca 2023 r., a także przez błędne przyjęcie, że samo dokonanie przez Gminę Kolbudy 18 lipca 2023 r. czynności wykluczenia odwołującego stanowiło zdarzenie skutkujące możliwością wykluczenia odwołującego przez kolejne trzy lata, podczas gdy trzyletni okres ten już upłynął, nawet jeśli uznać, że zmowa przetargowa wystąpiła;

3) ewentualnie, art. 111 pkt 4 Pzp, w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp polegające na niewłaściwej wykładni przepisu, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp – na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia i za to zdarzenie uznał odrzucenie oferty przez zamawiającego, podczas gdy zdarzeniem będącym podstawą wykluczenia mógłby być jedynie prawomocny wyrok KIO lub wyrok UOKiK, bądź sądu powszechnego, w przedmiotowej sprawie, do czego w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło, wręcz przeciwnie jest prowadzone aktualnie postępowanie przed UOKiK, w którym odwołujący dokonuje czynności oczyszczenia się z postawionych zarzutów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Express-Bus Przewozy Osobowo-Towarowe W.S.;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą w rozumieniu Pzp i ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Jego zdaniem w wyniku naruszenia dokonanego przez zamawiającego odrzucenie jego oferty i wybór oferty Express-Bus Przewozy Osobowo-Towarowe W.S., uniemożliwiły mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, zatem czynności zamawiającego dokonane z naruszeniem Pzp pozbawiają go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co ma bezpośredni wpływ na wynik tego postępowania.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Express-Bus Przewozy Osobowo-Towarowe z siedzibą w Wołuszewie. Wykonawca ten w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

9 września 2026 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, w której przedstawił stanowisko dla wniosku o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezzasadnego.

17 września 2026 r. odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił stanowisko popierające zarzuty podniesione w odwołaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Express-Bus Przewozy Osobowo-Towarowe z siedzibą w Wołuszewie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 9 września 2026 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną w postępowaniu przez odwołującego;
- pismo z 16 lipca 2026 r. skierowane przez przystępującego do zamawiającego, stanowiące informacje o okolicznościach mogących stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy oraz wniosek o ich uwzględnienie przy badaniu i ocenie ofert;
- korespondencję prowadzoną za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniach 22-23 lipca 2026 r. pomiędzy zamawiającym a pracownikiem Gminy Kolbudy;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 21 sierpnia 2026 r., która zawierała również informację oraz uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;

2) załączone do odwołania zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 18 lipca 2023 r., dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr sprawy PR.271.10.2023 na *Świadczenie usług w zakresie transportu dzieci i młodzieży niepełnosprawnej z miejsca zamieszkania do szkół i placówek kształcenia specjalistycznego w roku szkolnym 2023/2024 i 2024/2025* – 1 część zamówienia, prowadzonego przez Gminę Kolbudy;

3) dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 18 lipca 2023 r., dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr sprawy PR.271.10.2023 na *Świadczenie usług w zakresie transportu dzieci i młodzieży niepełnosprawnej z miejsca zamieszkania do szkół i placówek kształcenia specjalistycznego w roku szkolnym 2023/2024 i 2024/2025* – 1 część zamówienia, prowadzonego przez Gminę Kolbudy;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 18 lipca 2023 r., dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr sprawy PR.271.10.2023 na *Świadczenie usług w zakresie transportu dzieci i młodzieży niepełnosprawnej z miejsca zamieszkania do szkół i placówek kształcenia specjalistycznego w roku szkolnym 2023/2024 i 2024/2025* – 2 część zamówienia, prowadzonego przez Gminę Kolbudy;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 18 lipca 2023 r., dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr sprawy PR.271.10.2023 na *Świadczenie usług w zakresie transportu dzieci i młodzieży niepełnosprawnej z miejsca zamieszkania do szkół i placówek kształcenia specjalistycznego w roku szkolnym 2023/2024 i 2024/2025* – 3 część zamówienia, prowadzonego przez Gminę Kolbudy;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 18 lipca 2023 r., dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr sprawy PR.271.10.2023 na *Świadczenie usług w zakresie transportu dzieci i młodzieży niepełnosprawnej z miejsca zamieszkania do szkół i placówek kształcenia specjalistycznego w roku szkolnym 2023/2024 i 2024/2025* – 4 część zamówienia, prowadzonego przez Gminę Kolbudy;
- informację o wyborze oferty najkorzystniejszej nr ZEAS.612.2.2026 z 31 lipca 2026 r.

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zespół Ekonomiczno-Administracyjny Szkół w Sęszewie na *dowóz uczniów niepełnosprawnych z terenu gminy Sęszew do placówek szkolno-wychowawczych wraz z zapewnieniem wykwalifikowanej opieki w roku szkolnym 2026/2027*.

Izba ustaliła co następuje

Pismem z 16 lipca 2026 r. przystępujący przekazał zamawiającemu informacje o okolicznościach mogących stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy oraz wniosek o ich uwzględnienie przy badaniu i ocenie ofert. W treści tego pisma przystępujący wskazał:

W związku ze złożeniem w przedmiotowym postępowaniu oferty przez WAN-BUS sp. z o.o.

z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim niniejszym informuję Zamawiającego o okolicznościach mogących stanowić podstawę obligatoryjnego wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Wnoszę o:

- 1) uwzględnienie przedstawionych w niniejszym piśmie okoliczności przy badaniu i ocenie ofert oraz przy dokonywaniu kwalifikacji podmiotowej WAN-BUS sp. z o.o.;
- 2) zweryfikowanie, czy czynność wykluczenia WAN-BUS sp. z o.o. z postępowania prowadzonego w 2023 r. przez Gminę Kolbudy pod numerem PR.271.10.2023 została skutecznie zakwestionowana, uchylona albo w inny sposób wzruszona, a także ustalenie daty, w której wykluczenie to stało się skuteczne i niewzruszalne;
- 3) zweryfikowanie treści oświadczenia złożonego przez WAN-BUS sp. z o.o. na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności pod kątem ujawnienia przez wykonawcę wcześniejszego wykluczenia z powodu zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji;
- 4) podjęcie niezbędnych czynności wyjaśniających dotyczących treści złożonych przez WAN-BUS sp. z o.o. oświadczeń i dokumentów, w szczególności na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp;

5) zweryfikowanie, czy treść oświadczenia WAN-BUS sp. z o.o. o niepodleganiu wykluczeniu odpowiadała rzeczywistości stanowi rzeczy, również pod kątem ewentualnego zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Pzp, o ile podstawy te zostały przewidziane w ogłoszeniu

o zamówieniu lub dokumentach zamówienia;

W przypadku stwierdzenia, że wobec WAN-BUS sp. z o.o. nadal zachodzi podstawa wykluczenia, a wykonawca nie wykazał skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia – wnoszę o wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp oraz powstrzymanie się od dokonania wyboru oferty WAN-BUS sp. z o.o. do czasu pełnego wyjaśnienia przedstawionych okoliczności.

UZASADNIENIE

W toku przedmiotowego postępowania ofertę złożyła między innymi WAN-BUS sp. z o.o.

z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim. Wnioskodawca powziął informację, że WAN-BUS sp.

z o.o. został wcześniej wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Kolbudy pod numerem PR.271.10.2023, którego przedmiotem było świadczenie usług transportu dzieci i młodzieży niepełnosprawnej.

W zawiadomieniach z 18 lipca 2023 r., dotyczących wszystkich czterech części tamtego zamówienia, Gmina Kolbudy wskazała, że WAN-BUS sp. z o.o. oraz Mich-Bus Przewóz Osób Michał Wanowicz zostali wykluczeni na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na stwierdzenie, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Oferty tych wykonawców zostały następnie odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

Podstawę tej decyzji stanowił rozbudowany zespół wzajemnie uzupełniających się okoliczności, obejmujący między innymi złożenie przez obu wykonawców w zbliżonym czasie niemal identycznych zgłoszeń problemów technicznych związanych ze składaniem ofert, podpisanie formularzy ofertowych obu wykonawców w zbliżonym czasie, sekwencję składania i wycofywania ofert wskazującą na możliwość koordynowania zachowań wykonawców, wskazanie tych samych osób i pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia, liczne identyczne i nietypowe elementy graficzne, edytorskie oraz redakcyjne ofert, wcześniejsze udostępnianie przez WAN-BUS sp. z o.o. zasobów na rzecz Mich Bus, a także złożenie przez wykonawców niemal identycznych wyjaśnień, zawierających te same argumenty, sformułowania, układ akapitów oraz nietypowe elementy formatowania.

Gmina Kolbudy uznała, że liczba, charakter i wzajemna zgodność ujawnionych okoliczności nie pozwalały racjonalnie przyjąć, iż oferty zostały przygotowane niezależnie od siebie.

Stosownie do art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Jest to obligatoryjna podstawa wykluczenia.

Zgodnie natomiast z art. 111 pkt 4 Pzp wykluczenie wykonawcy w przypadku określonym

w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp następuje na okres trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

W wyroku z dnia 15 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 21/22, Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że dla rozpoczęcia trzyletniego okresu wykluczenia znaczenie ma skuteczne wykluczenie wykonawcy przez zamawiającego z powodu zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Sąd odróżnił taką sytuację od próby samodzielnego ustalania dopiero w późniejszym postępowaniu, że w innym, zakończonym już postępowaniu miała miejsce zмова.

W przypadku WAN-BUS sp. z o.o. zamawiający prowadzący postępowanie PR.271.10.2023 wprost stwierdził występowanie wiarygodnych przesłanek zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję i na tej podstawie wykluczył wykonawcę. O ile czynność ta nie została następnie skutecznie zakwestionowana lub wzruszona, stanowi ona zdarzenie wymagające uwzględnienia przy badaniu sytuacji podmiotowej WAN-BUS sp. z o.o.

w kolejnych postępowaniach.

Czynność wykluczenia została zakomunikowana wykonawcom 18 lipca 2023 r. Na dzień składania ofert w postępowaniu ZP.271.12.2026 nie upłynęły trzy lata nawet od daty samego zawiadomienia o wcześniejszym wykluczeniu. Postępowanie powinno zatem zostać rozstrzygnięte dopiero po ustaleniu, czy czynność ta została zakwestionowana, kiedy stała się skuteczna oraz czy WAN-BUS sp. z o.o. wykazał przeprowadzenie skutecznej procedury samooczyszczenia.

Konieczne jest także ustalenie, czy WAN-BUS sp. z o.o. poinformował Zamawiającego

o wcześniejszym wykluczeniu oraz czy przedstawił środki naprawcze, a jeżeli tak – czy zostały one rzeczywiście i wszechstronnie ocenione.

Niezależnie od powyższego konieczne jest zweryfikowanie treści oświadczenia złożonego przez WAN BUS sp. z o.o. na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp. Oświadczenie to stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia na dzień składania ofert.

Jeżeli WAN-BUS sp. z o.o. oświadczył, że nie zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia określona w art. 108 ust. 1

pkt 5 Pzp, nie ujawniając jednocześnie wcześniejszego wykluczenia z postępowania prowadzonego przez Gminę Kolbudy ani okoliczności dotyczących ewentualnego samooczyszczenia, powstaje uzasadniona wątpliwość, czy złożone oświadczenie odpowiadało rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Kwestia ta wymaga weryfikacji również pod kątem podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Pzp – o ile podstawy te zostały przewidziane w ogłoszeniu

o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Przepisy te dotyczą odpowiednio wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub zatajenia informacji wskutek zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa oraz przedstawienia informacji wprowadzających w błąd wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa, jeżeli informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp Zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić postępowanie

w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty.

Dopuszczenie do dalszej oceny wykonawcy, który może podlegać obligatoryjnemu wykluczeniu, bez uprzedniego pełnego wyjaśnienia jego sytuacji podmiotowej mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania tego wykonawcy względem pozostałych uczestników postępowania.

Jeżeli w wyniku przeprowadzonego badania zostanie potwierdzone, że wobec WAN-BUS sp. z o.o. nadal zachodzi podstawa wykluczenia i że wykonawca nie wykazał skutecznego samooczyszczenia, Zamawiający będzie zobowiązany wykluczyć go z postępowania. Konsekwencją wykluczenia będzie obligatoryjne odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

Wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej prowadziłby do powstania istotnej wady postępowania i udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona. Na obecnym etapie możliwe jest jednak zapobieżenie tej sytuacji przez rzetelne zbadanie wskazanych okoliczności przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie niniejszego zawiadomienia w toku badania i oceny ofert oraz o poinformowanie Wnioskodawcy o stanowisku Zamawiającego i podjętych czynnościach przed rozstrzygnięciem postępowania.

Niniejsze pismo nie stanowi zrzeczenia się ani ograniczenia prawa Wnioskodawcy do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale IX Pzp w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnej z przepisami ustawy albo zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany.

22 lipca 2026 r. zamawiający zwrócił się do Gminy Kolbudy za pośrednictwem poczty elektronicznej w następującej kwestii:

W związku z tym, że właśnie jesteśmy w trakcie badania i oceny ofert na „Dowóz uczniów niepełnosprawnych do ośrodków szkolno-wychowawczych na terenie Miasta Elbląga wraz

z zapewnieniem opieki” i że jeden z Wykonawców biorących udział w naszym postępowaniu przywołał Państwa postępowanie Nr PR.271.10.2023 na świadczenie usług w zakresie transportu dzieci i młodzieży niepełnosprawnej..., w którym został wykluczony na podstawie art. 108 ust. 1 pkt. 5 Pzp Wykonawca Wan-Bus Sp. z o.o. z Grodziska Mazowieckiego (złożył najkorzystniejszą ofertę w naszym postępowaniu), bardzo uprzejmie proszę o informację:

• czy czynność wykluczenia WAN-BUS sp. z o.o. z postępowania prowadzonego w 2023 r. przez Gminę Kolbudy pod numerem PR.271.10.2023 została skutecznie zakwestionowana, uchylona albo w inny sposób wzruszona, a także ustalenie daty,

w której wykluczenie to stało się skuteczne i niewzruszalne,

w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp, który wymusza na kolejnych zamawiających obowiązek odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp

Wykonawca konkurencyjny wymusza na nas (i słuszne) podjęcie odpowiednich działań w ten sposób, że podnosi te kwestie następująco:

„Zgodnie natomiast z art. 111 pkt 4 Pzp wykluczenie wykonawcy w przypadku określonym

w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp następuje na okres trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W wyroku z dnia 15 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 21/22, Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że dla rozpoczęcia trzyletniego okresu wykluczenia znaczenie ma skuteczne wykluczenie wykonawcy przez zamawiającego z powodu zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Sąd odróżnił taką sytuację od próby samodzielnego ustalania dopiero w późniejszym postępowaniu, że w innym, zakończonym już postępowaniu miała miejsce zmowa. W przypadku WAN-BUS sp. z o.o. zamawiający prowadzący postępowanie PR.271.10.2023 wprost stwierdził występowanie wiarygodnych przesłanek zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję i na tej podstawie wykluczył wykonawcę. O ile czynność ta nie została następnie skutecznie zakwestionowana lub wzruszona, stanowi ona zdarzenie wymagające uwzględnienia przy badaniu sytuacji podmiotowej WAN-BUS sp. z o.o. w kolejnych postępowaniach. Czynność wykluczenia została zakomunikowana wykonawcom 18 lipca 2023 r. Na dzień składania ofert w postępowaniu ZP.271.12.2026 nie upłynęły trzy lata nawet od daty samego zawiadomienia o wcześniejszym

wykluczeniu. Postępowanie powinno zatem zostać rozstrzygnięte dopiero po ustaleniu, czy czynność ta została zakwestionowana, kiedy stała się skuteczna oraz czy WAN-BUS sp. z o.o. wykazał przeprowadzenie skutecznej procedury samooczyszczenia”.

23 lipca 2026 r. pracownik Gminy Kolbudy (inspektor ds. zamówień publicznych), za pośrednictwem poczty elektronicznej, przekazał następującemu następującą odpowiedź:

W nawiązaniu do Pani maila, w załączeniu przekazuje zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z informacją o odrzuceniu Wykonawcy: Wan-Bus Sp. z o.o.

W postępowaniu nie zostało wniesione żadne odwołanie. Ponadto sprawa została zgłoszona do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ale jakie są ustalenia tej instytucji, nie mamy wiedzy.

21 sierpnia 2026 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) w związku z art. 108 ust. 1 pkt. 5 Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał:

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt.2 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego wynika, że Wykonawca Wan-Bus Sp. z o.o. został wykluczony dnia 18.07.2023 r. z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego PR.271.10.2023 na świadczenie usług w zakresie transportu dzieci i młodzieży niepełnosprawnej z miejsca zamieszkania do szkół i placówek kształcenia specjalistycznego w roku szkolnym 2023/2024 i 2024/2025 w podziale na części prowadzonego przez Gminę Kolbudy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, tj. w związku z zaistnieniem wiarygodnych przesłanek, że Wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Do niniejszego rozstrzygnięcia Gminy Kolbudy nie wniesiono odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Prawomocna decyzja zamawiającego

w tym zakresie oznacza, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez okres 3 lat i w tej sytuacji znajduje zastosowanie art. 111 pkt 4 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, że w chwili składania oferty i oświadczenia z art. 125 ust. 1 Pzp.

o niepodleganiu wykluczeniu (termin składania i otwarcia ofert wyznaczono na dzień 15.07.2026 r.), Wykonawca podlegał obligatoryjnej przesłance wykluczenia na mocy art. 111 pkt. 4 Pzp.

Stan faktyczny:

Zamawiający dnia 02.07.2026 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dowóz uczniów niepełnosprawnych do ośrodków szkolno-wychowawczych na terenie Miasta Elbląga wraz z zapewnieniem opieki” w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 222 ust. 4 Pzp przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia podstawowego zamierza przeznaczyć w budżecie kwotę brutto: 502 911,74 zł, tj. w 2026 r. 147194 zł brutto, natomiast w 2027 r. zostanie zaplanowana kwota 355 717,74 zł brutto. Uwzględniając możliwość udzielenia ewentualnych zamówień polegających na powtórzeniu podobnych usług w wysokości nie przekraczającej 20% wartości zamówienia podstawowego - Zamawiający zamierza przeznaczyć w budżecie łącznie kwotę brutto: 603 494,09 zł.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 15.07.2026r. do godz. 9:00 wpłynęły dwie oferty.

Dodatkowo jedna oferta została błędnie skierowana do niewłaściwego Zamawiającego

i dotyczyła innego postępowania. Niniejsza oferta dotyczyła postępowania pn. "Zakup biletów miesięcznych dla uczniów dojeżdżających do jednostek oświatowych na terenie Gminy Stegna w roku szkolnym 2026/2026" wszczętego przez Gminę Stegna. Wobec powyższego nie jest brana pod uwagę w danym postępowaniu. Zamawiający nie ocenia i nie weryfikuje oferty, która nie została do niego skierowana.

W wyznaczonym terminie swoją ofertę złożyła między innymi spółka Wan-Bus Sp. z o.o.

z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim. Wraz z ofertą Wykonawca reprezentowany przez S.W. - Prezesa Zarządu złożył w imieniu spółki oświadczenie, że spółka nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Dnia 15.07.2026 Zamawiający dokonał badania oraz wstępnej oceny ofert i wezwał spółkę Wan-Bus Sp. z o.o. do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia.

Następnego dnia, tj. 16.07.2026 r. inny Wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Express-Bus Przewozy Osobowo-Towarowe W.S. złożył informację o okolicznościach mogących stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy oraz wniosek o ich uwzględnienie przy badaniu i ocenie ofert. Według przedstawionych informacji, spółka Wan Bus Sp. z o.o. w dniu 18.07.2023 r. została wykluczona z postępowania na świadczenie usług w zakresie transportu dzieci i młodzieży niepełnosprawnej z miejsca zamieszkania do szkół i placówek kształcenia specjalistycznego w roku szkolnym 2023/2024 i 2024/2025 w podziale na części prowadzonego

przez Gminę Kolbudy, w związku z istnieniem wiarygodnych przesłanek świadczących o zawarciu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji i nie upłynął okres trzech lat wykluczenia od tego zdarzenia.

Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się do spółki Wan-Bus Sp. z o.o. pismem z dnia 23.07.2026 r. o złożenie wyjaśnień w zakresie oświadczenia z art. 125 ust. 1 Pzp. o braku podstaw wykluczenia z postępowania w nawiązaniu do powyższych informacji o trzyletnim okresie wykluczenia Wykonawcy zgodnie z art. 111 pkt. 4 ustawy Pzp. W dniu 07.08.2026 r. spółka Wan-Bus Sp. z o.o. przesłała wyjaśnienia dotyczące wykluczenia z postępowania prowadzonego przez Gminę Kolbudy. W swoich wyjaśnieniach potwierdziła, że została wykluczona z postępowania, jednocześnie kwestionując zasadność wykluczenia. Wykonawca zaprzeczył zawarciu porozumienia z innym Wykonawcą w celu zakłócenia konkurencji, informując że okoliczności wskazane w uzasadnieniu wykluczenia miały charakter poszlakowy i zostały przez ówczesnego Zamawiającego ocenione w sposób, z którym Wykonawca się nie zgadza. Ponadto Wykonawca twierdzi, że nawet jeśliby przyjąć stanowisko Gminy Kolbudy, okoliczności będące podstawą wcześniejszego wykluczenia nie mogą obecnie skutkować wykluczeniem spółki z uwagi na upływ trzyletniego okresu określonego w art. 111 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp w przypadku wykluczenia Wykonawcy z postępowania w wyniku zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, wykluczenie następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Spółka przyjęła stanowisko, że okres trzyletni należy liczyć od terminu złożenia ofert tj. od dnia 7 czerwca 2023 r., ponieważ już wtedy miało miejsce zaistnienie zdarzeń, na które powoływała się Gmina Kolbudy w uzasadnieniu wykluczenia. Dalej spółka Wan-Bus wskazuje, że najpóźniej 19 czerwca 2023 r., kiedy to Gmina Kolbudy skierowała do wykonawców wezwania do wykazania, że oferty zostały przygotowane niezależnie, ówczesny Zamawiający posiadał już wiedzę o okolicznościach będących podstawą wykluczenia. Wan-Bus Sp. z o.o. powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. KIO 296/22 oraz KIO 344/22, w którym Izba wskazała, że z art. 111 pkt 4 PZP wynika, iż termin związany z wykluczeniem wykonawcy, który miał dopuścić się zмовы przetargowej, biegnie od zdarzenia, a nie od prawomocnej decyzji uprawnionego organu stwierdzającego zaistnienie zмовы. Spółka Wan-Bus powołuje się również na wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2025 r., sygn. KIO 4921/24, w którym wskazano, że zdarzeniem stanowiącym podstawę wykluczenia może być moment zaistnienia wiarygodnych przesłanek zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję. Według przesłanych przez Wykonawcę informacji Izba wskazała, że momentem takim może być moment złożenia ofert, jeżeli okoliczności związane z ich złożeniem stanowią dla Zamawiającego wiarygodne przesłanki wskazujące na brak samodzielnego ubiegania się o zamówienie. Spółka WAN-BUS wskazuje, że to okoliczności związane ze złożeniem ofert w dniu 7 czerwca 2023 r. zostały uznane za podstawę wykluczenia, zatem okres trzyletni upłynął w dniu 7 czerwca 2026 r., a niniejsze postępowanie prowadzone przez Gminę Elbląg zostało wszczęte w dniu 7 lipca 2026 r. (tu należy sprostować pomyłkę Wykonawcy, gdyż Gmina Elbląg wszczęła przedmiotowe postępowanie dnia 2 lipca 2026 r., a otwarcie ofert nastąpiło 15.07.2026 r.). Spółka wskazuje również, że powzięcie informacji przez Zamawiającego o wcześniejszym wykluczeniu w dniu 18 lipca 2023 r. opisanym we wniosku złożonym przez Pana W.S., nie jest datą zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, ponieważ informacja ta dotyczy zdarzenia historycznego i jest jedynie datą, w której obecny Zamawiający dowiedział się

o wcześniejszym wykluczeniu. Wykonawca spółka Wan-Bus Sp. z o.o. w swoim piśmie wskazał także, że w związku z przedmiotowymi okolicznościami prowadzone jest postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wszczęte na skutek zawiadomienia przez Gminę Kolbudy. Postępowanie jest w toku i nie została wydana decyzja stwierdzająca, że Wykonawca dopuścił się zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. Powołując się na wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. KIO 3849/23, Wykonawca twierdzi, że brak decyzji UOKiK powoduje, iż nie można w tej sytuacji liczyć trzyletniego okresu wykluczenia. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach przyjmuje trzy stanowiska w tej sprawie:

- 1) nie uznaje zasadności wcześniejszego wykluczenia i zaprzecza, że zawarł jakiegokolwiek porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji,
- 2) uznaje, że trzyletni okres wykluczenia przewidziany w art. 111 pkt 1 PZP już upłynął z dniem 7 czerwca 2026r.,
- 3) jeżeli przyjąć koncepcję, że miarodajnym zdarzeniem miałyby być dopiero decyzja właściwego organu ochrony konkurencji to zdarzenie takie do chwili obecnej nie nastąpiło, ponieważ postępowanie przed Prezesem UOKiK nadal pozostaje w toku.

Wykonawca wniósł o uznanie złożonych wyjaśnień za wystarczające oraz o przyjęcie, że okoliczności wskazane w skierowanym wezwaniu nie stanowią podstawy wykluczenia z postępowania.

W dniu 23 lipca 2026 r. Zamawiający otrzymał informację drogą e-mailową z Urzędu Gminy Kolbudy potwierdzającą odrzucenie oferty Wykonawcy Wan-Bus Sp. z o.o, ze wskazaniem, że uzasadnienie faktyczne i prawne znajduje się w załącznikach do wiadomości e-mail informacja o wyniku: PR-271-10-2023-1, PR-271-10-2023-2, PR-271-10-2023-3, PR-271-10 2023-4. Urząd Gminy Kolbudy poinformował również, iż w ramach prowadzonego postępowania nie zostały

wniesione środki ochrony prawnej, wobec czego decyza

o wykluczeniu jest ostateczna z uwagi na upływ terminu na wniesienie odwołania oraz że sprawa została zgłoszona do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Z przesłanych dokumentów wynika, że spółka WAN-BUS w dniu 18 lipca 2023 r. została wykluczona

z postępowania nr sprawy PR.271.10.2023 na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP

z uwagi na to, że Zamawiający stwierdził na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Należy nadmienić, że zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2025 r. KIO 3461/25 „dla wystąpienia przesłanki z art. 108 ust. 5 ustawy Pzp wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie, a nie udowodnienie, że doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję. W orzecznictwie KIO czy sądów powszechnych wskazuje się na okoliczności, które mogą uprawdopodobniać zawarcie takiego porozumienia. W takiej sytuacji orzecznictwo dopuszcza możliwość posługiwania się m.in. dowodami pośrednimi oraz domniemaniami faktycznymi. Z natury rzeczy strony zawierające niedozwolone porozumienie starają się ten fakt ukryć, co powoduje, że brak jest w tym zakresie dowodów bezpośrednich. Dowody bezpośrednie to dowody z pierwszej ręki, pochodzące od uczestników spotkań i bezpośrednio wskazujące na jego uczestników, mogą one występować zarówno w formie pisemnej, jak i ustnej relacji przedstawionej później. Dowody pośrednie, zwane też poszlakami, dotyczą faktu dowodowego, ubocznego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006 r. {Illi SK 6/06, LEX nr 354144} uznał za dopuszczalne w sprawach z zakresu ochrony konkurencji stosowanie domniemań faktycznych, z których można wyprowadzić wniosek o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję”.

Powyższy stan faktyczny uzasadnia przyjęcie, że w stosunku do Wykonawcy Wan-Bus Sp.

z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim przy ulicy T. Bairda 56/4, 05-825 Grodzisk Mazowiecki zachodzą obligatoryjne przesłanki do wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazuje, że na dzień złożenia oferty przez Wykonawcę Wan - Bus Sp. z o.o. nie minął jeszcze 3 letni okres, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp.

Ustalenie momentu, od którego zaczyna swój bieg okres karencji, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp ma kluczowe znaczenie. Zamawiający wskazuje, że Wykonawca, wobec którego zaistniały podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Istotne znaczenie ma ustalenia zdarzenia inicjującego bieg trzyletniego okresu. Zgodnie z treścią wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

z dnia 24 października 2018 r., w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen GmbH:

"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 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 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 38 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

wart. 57 ust. 4 lit. d, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia oblicza się od daty wydania decyzji tego organu."

Podążając za ww. wyrokiem TSUE Izba stwierdziła, że zdarzeniem, od którego należy liczyć maksymalny okres wykluczenia wykonawcy jest moment wydania decyzji przez właściwy organ. Właściwym organem na gruncie polskich regulacji będzie niewątpliwie zamawiający prowadzący dane postępowanie. Organem uprawnionym będzie również Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznająca odwołania od decyzji zamawiającego, w której kompetencji leży ocena prawidłowości działań zamawiającego podjętych w danym postępowaniu. Zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji podlega postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Prezes UOKiK jest uprawniony do wydawania decyzji uznającej daną praktykę za ograniczenie konkurencji oraz do nałożenia kar, a decyzja taka podlega kontroli sądowej. Izba 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. W takiej sytuacji należy ustalić co należy rozumieć przez „właściwy organ”. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku KIO z 13.03.2026 r., KIO 271/26, LEX nr 4085305: „Biorąc zatem pod uwagę, że art. 111 pkt 4 Pzp nie wymaga wydania wyroku decyzji, ani prawomocności / ostateczności wyroku / decyzji stwierdzającego zaistnienie zmywy, uznać należy, że 3-letni okres karencji rozpoczyna swój bieg w momencie, w którym fakt ten (zmywa przetargowa) zostanie stwierdzony przez uprawniony do tego podmiot, w tym wypadku przez KIO lub na podstawie obiektywnych przesłanek, przez samego Zamawiającego (jeżeli np. odwołanie w tej sprawie nie zostanie złożone). Za przyjęciem takiego rozumienia przemawia szereg argumentów." Podobne stanowisko zajęło KIO w wyroku z 23.06.2022 r., KIO 1457/22, LEX nr 3365194, gdzie stwierdziło, 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” np. KIO bądź Zamawiającego w przypadku braku odwołania od decyzji. Dopiero prawomocna decyzja zamawiającego w tym zakresie oznacza, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez okres 3 lat i w tej sytuacji znajduje zastosowanie art. 111 pkt 4 ustawy Pzp”. Analogicznie orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 4 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 156/22.

Na podstawie bezspornego stanu faktycznego Zamawiający uznał, że termin ten należy liczyć od 18 lipca 2023 r. tj. od dnia wykluczenia Wykonawcy Wan-Bus Sp. z o.o. przez Zamawiającego Gminę Kolbudy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr sprawy PR.271.10.2023 na „Świadczenie usług w zakresie transportu dzieci i młodzieży niepełnosprawnej z miejsca zamieszkania do szkół i placówek kształcenia specjalistycznego w roku szkolnym 2023/2024 i 2024/2025”, w którym Wykonawca Wan - Bus Sp. z o.o. nie złożył odwołania od tej czynności Zamawiającego.

Wobec powyższego na dzień otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu w dniu 15 lipca 2026 r. zachodziła obligatoryjna przesłanka do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Należy nadmienić, że Wykonawca Wan-Bus Sp. z o.o. na etapie składania ofert, w tym składania oświadczenia o braku podstaw wykluczenia miał szanse na dalsze funkcjonowanie na rynku zamówień publicznych, bowiem zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 5, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Wówczas na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający oceniłby, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa wyżej, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Wykonawca Wan-Bus Sp. z o.o. zaniechał procedury samooczyszczenia (self-cleaningu).

Zatem skoro Wykonawca w niniejszym postępowaniu nie poinformował Zamawiającego

o stwierdzeniu wcześniejszej nielegalnej zmywy przetargowej i nie przedstawił działań naprawczych, to podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp w

związku z art. 108 ust. 5 oraz art. 111 pkt. 4 ustawy Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów w obu odwołaniach:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

(...)

2) *została złożona przez wykonawcę:*

(...)

a) *podlegającemu wykluczeniu z postępowania;*

- art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:*

(...)

5) *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;

- art. 111 pkt 4 Pzp – *Wykluczenie wykonawcy następuje:*

(...)

4) *w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający zdecydował się wskazać, że właściwie w pełnej rozciągłości przyjął argumentację zamawiającego i przystępującego, uznając je za zasadne.

W ramach pierwszego zarzutu odwołujący stanął na stanowisku, że nie podlegał wykluczeniu z postępowania, a tym samym jego oferta nie mogła zostać odrzucona, z uwagi na brak jakiegokolwiek wyroku czy decyzji wydanej przez uprawniony organ, potwierdzających istnienie zмовы przetargowej. W ocenie składu orzekającego przedmiotowy zarzut był oczywiście niezasadny. Jak słusznie argumentował zamawiający treść art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wprost wskazuje, że 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. Zdaniem Izby adekwatne i trafne było stanowisko wynikające z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 października 2024 r. sygn. akt. XXIII Zs 64/24 zgodnie, z którym

Już literalna treść ww. przepisu wskazuje zatem, że w sytuacji, w której zamawiający z dużą dozą prawdopodobieństwa może stwierdzić zawarcie pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, zobowiązany jest wykluczyć wykonawców

z postępowania. Konsekwencją takiej decyzji zamawiającego jest to, że wykluczony w danym postępowaniu wykonawca podlega także wykluczeniu z udziału w kolejnych postępowaniach przez okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 111 pkt 4 ustawy Pzp).

Co istotne, Pzp nie wskazuje na konieczność wydania wyroku lub decyzji wydanej przez uprawniony organ, które miałyby potwierdzić istnienie zмовы cenowej, żeby możliwe było skuteczne wykluczenie wykonawcy z postępowania. Tym samym rację miał zamawiający, który już w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego z 21 sierpnia 2026 r. argumentował, że wykluczenie odwołującego przez Gminę Kolbudy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o sygn. PR.271.10.2023 we wszystkich czterech częściach, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp było wystarczające do zastosowania wobec odwołującego dyspozycji wynikającej z art. 111 pkt 4 Pzp. Idąc dalej, bezspornym było, że odwołujący nie zakwestionował ustaleń Gminy Kolbudy, tj. nie skorzystał z prawa do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, z czego wywodzić można było, że co najmniej zaakceptował dokonaną przez Gminę Kolbudy czynność, skutkującą wykluczeniem go z postępowania i odrzuceniem jego oferty.

Reasumując niekwestionowana przez samego odwołującego, czynność Gminy Kolbudy

w powyżej opisanym zakresie stanowiła okoliczność bezsporną, która oznaczała, że odwołujący zgodnie z art. 111 pkt 4

Pzp podlegał wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez okres 3 lat. Ponadto Izba zwróciła uwagę na dowód załączony do odpowiedzi na odwołanie (oznaczony jako dowód nr 5), z którego wynikało, że 31 lipca 2026 r. oferta odwołującego została odrzucona w postępowaniu przeprowadzonym przez Zespół Ekonomiczno-Administracyjny Szkół w Stęszewie na dowozy uczniów niepełnosprawnych, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp., gdyż ww. wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. W tamtym postępowaniu odwołujący, podobnie jak w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kolbudy, nie zakwestionował podstaw wykluczenia, tj. nie wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od tej czynności.

Odwołujący w toku tego postępowania kwestionował istnienie zmowy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kolbudy. W okolicznościach przedmiotowej sprawy przyjęcie argumentacji odwołującego byłoby błędne. Po pierwsze, argumentacja odwołującego była niezgodna z przepisem art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp zgodnie, z którym 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. Po drugie w toku przedmiotowego postępowania zamawiający nie był zobligowany do badania zasadności zastosowania przesłanek wykluczenia odwołującego w postępowaniu z 2023 r. prowadzonym przez Gminę Kolbudy oraz nie miał prawa oceniać, bądź kwestionować czynności Gminy Kolbudy o wykluczeniu odwołującego

i odrzuceniu jego oferty. Powyższa okoliczność w obecnym postępowaniu miała charakter niezaprzeczalnego faktu, który przede wszystkim był wynikiem bierności odwołującego

w momencie wykluczenia go w postępowaniu przez Gminę Kolbudy w 2023 r. Po trzecie,

z opisanych powyżej względów czynność Gminy Kolbudy musiała rodzić negatywne konsekwencje dla odwołującego z uwagi na treść art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada zachowania uczciwej konkurencji, przewidziana w art. 16 pkt 1 Pzp. Sama Pzp zawiera

w związku z tym mechanizmy, których celem jest wyeliminowanie sytuacji mogących powodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

w tym między innymi przez zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Do tej właśnie kwestii odnosi się art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, który sankcjonuje takie zachowanie obligatoryjnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zgodnie ze stanowiskiem zawartym w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 lutego 2025 r. sygn. akt XXIII Zs 176/24 *Artykuł 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 września 2021 roku, sygn. akt KIO 2254/21, KIO 2255/2, KIO 2258/21 ustawodawca nie uzależnił bowiem ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie "zmowy przetargowej". Przeciwnie – ustawodawca przewidział niezależną przesłankę wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy to właśnie zamawiający (a nie inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia. Omawiana regulacja koresponduje z art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., zgodnie z treścią której instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia*

z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji (wyrok SO w Warszawie z dnia 30 marca 2023 roku, sygn. akt Zs 5/23).

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, nie można było zaakceptować argumentacji proponowanej przez odwołującego, zgodnie z którą wykonawca, który został wykluczony przez innego zamawiającego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i nie zakwestionował tej czynności w drodze przysługujących mu środków ochrony prawnej, mógłby następnie

w kolejnym postępowaniu kwestionować podstawy takiego wykluczenia tylko dlatego, że skutek niewniesienia odwołania nie zapadł wyrok Izby. W konsekwencji zamawiający w tym postępowaniu była uprawniony do uwzględnienia faktu wcześniejszego, skutecznego wykluczenia odwołującego z postępowania o sygn. PR.271.10.2023. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania.

Nie zasłużył również na uwzględnienie drugi zarzut wskazany w odwołaniu.

W kontekście tego zarzutu odwołujący stwierdził, że trzyletni okres wykluczenia powinien być liczony od 7 czerwca 2023 r., tj. od dnia złożenia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kolbudy, a nie od 18 lipca 2026 r., którym oferta odwołującego została odrzucona

w związku ze stwierdzonym wykluczeniem wykonawcy.

Izba doszła do przekonania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy znaczenie miała argumentacja wynikająca z wyroku z 28 lipca 2023 r. o sygn. akt KIO 1203/23, zgodnie z którą:

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej: „Trybunał” lub „TSUE”} w wyroku

z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH) {dalej: „wyrok C-124/17” lub „sprawa Vossloh Laeis”} – wbrew temu, co zasugerowano w uzasadnieniu odwołania – w ogóle nie odnosił się do prawomocności orzeczenia lub ostatecznego charakteru decyzji organu, a 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 Trybunał 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 w art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia należy liczyć od daty wydania decyzji tego organu.

Co istotne, wykładania dokonana przez Trybunał w tej kwestii jest odmienna, niż chciałby Odwołujący [poniżej podkreślono kluczowe fragmenty]:

(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 § 126 tej ustawy, mającego na celu transpozycję art. 57 ust. 7, może wspierać tezę, że zdarzeniem tym jest decyzja właściwego organu ds. ochrony konkurencji.

(36) Przede wszystkim zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie żadnych środków określonych w art. 57 ust. 6 tej dyrektywy w celu wykazania swojej rzetelności,

a okres ten nie może, jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku w przypadkach wykluczenia, o których mowa w art. 57 ust. 4 rzeczony dyrektywy, przekraczać trzech lat od daty odnośnego zdarzenia.

(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 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 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.

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, Trybunał opowiedział się na tle stanu faktycznego sprawy głównej za tym drugim rozumieniem.

(...)

Reasumując i uogólniając powyższe rozważania prawne, można powiedzieć, że zarówno

w art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy pzp, jak i w art. 57 ust. 4 lit. d w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej mowa jest o możliwości stwierdzenia przez zamawiającego na podstawie wiarygodnych przesłanek udziału wykonawcy w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji, co należy traktować jako zaistnienie odnośnego zdarzenia, od którego należy liczyć 3-letni okres wykluczenia. Początek okresu wykluczania wykonawcy został zatem 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 pzp, które w ślad za art. 57 ust. 1 w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej odwołują się do istnienia prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji jako momentu początkowego okresu wykluczenia, ale w odniesieniu do innych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Warto było dodać, że ww. orzeczenie zostało poddane kontroli instancyjnej w związku

z wniesieniem skargi do sądu okręgowego. Sąd Okręgowy wyrokiem z 17 kwietnia 2024 r.

o sygn. akt XXIII Zs 103/23 oddalił skargę oraz w całości podzielił argumentację prawną przedstawioną przez Izbę w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

W dalszej kolejności Izba zwróciła uwagę, że Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 30 marca 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 5/23 wprost wskazał, że do wykluczenia wykonawcy przy zaistnieniu wskazanych powyżej przesłanek nie jest konieczne wydanie wyroku czy też decyzji. Art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 6 września 2021 r., sygn. akt KIO 2254/21, KIO 2255/2, KIO 2258/21 ustawodawca nie uzależnił bowiem ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie „zmowy przetargowej”. Przeciwnie – ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział niezależną przesłankę wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy to właśnie zamawiający (a nie inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia. Omawiana regulacja koresponduje z art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE

z dnia 26 lutego 2014 r., zgodnie z treścią której instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.

Przy czym Sąd Okręgowy w ww. orzeczeniu podkreślił, 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.

Sąd zwrócił tym samym uwagę na bardzo istotną okoliczność związaną z kwestią ustalenia terminu, od którego powinien biec okres wykluczenia wynikający z art. 111 pkt 4 Pzp. Podkreślił, że pojęcie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia powinno być interpretowane z uwzględnieniem różnorodności stanów faktycznych. Izba miała oczywiście świadomość tego, że w obrocie funkcjonują orzeczenia, które przyjmują różną optykę rozumienia ww. pojęcia. Jako zdarzenie będące podstawą wykluczenia przyjmowany jest moment złożenia oferty w postępowaniu, a w innych przypadkach moment wykluczenia wykonawcy przez zamawiającego lub wydania orzeczenia. Rozróżnienie w tym zakresie wynika z okoliczności, na które zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w orzeczeniu o sygn. akt XXIII Zs 5/23, tj. z ogólności pojęcia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, która pozwala stosować jego odpowiednią interpretację w zależności od stanu faktycznego sprawy, co dodatkowo umożliwia zastosowanie tego pojęcia nawet w bardzo skomplikowanych sprawach.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, że zamawiający prawidłowo zastosował przepisy art. 111 pkt 4

Pzp i odrzucił ofertę odwołującego. Dzień 7 czerwca 2023 r. był dniem, w którym odwołujący złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kolbudy. Co więcej, Gmina Kolbudy skierowała do wykonawców (w tym odwołującego) wezwanie do wykazania okoliczności złożenia ofert niezależnie od siebie, następnie przeanalizowała uzyskane wyjaśnienia i dopiero po przeprowadzeniu tych czynności 18 lipca 2023 r. wykluczyła odwołującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Gmina Kolbudy dość sprawnie oceniła oferty wykonawców pod kątem zastosowania ww. przesłanki wykluczenia, nie można zatem było przesuwać początku trzyletniego okresu wykluczenia na datę poprzedzającą samo ustalenie, że przesłanka wykluczenia rzeczywiście zaszła. Za prawidłowe należało w konsekwencji uznać stanowisko zamawiającego, który w tej sytuacji jako relewantną przyjął datę 18 lipca 2023 r., a więc datę dokonania wobec odwołującego czynności wykluczenia z postępowania PR.271.10.2023.

Ostatecznie Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 111 pkt 4 Pzp, w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, podniesiony w pkt 2 *petitum* odwołania.

Izba oddaliła również zarzut ewentualny, podtrzymując w zasadzie argumentację podaną przy okazji wcześniejszych zarzutów. W konsekwencji skład orzekający zdecydował się przypomnieć, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Tym samym ww. przepis wyraźnie stanowi, że oceny, czy istnieją wiarygodne przesłanki wskazujące na zawarcie przez wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, dokonuje zamawiający. Pzp nie ustanawia wymogu wcześniejszego uzyskania przez zamawiającego decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej jako: „Prezes UOKiK”), wyroku sądu czy Izby.

Ponadto, jak słusznie zwrócił uwagę przystępujący, tym bardziej nie można było zaakceptować stanowiska odwołującego ogniskującego się wobec twierdzenia, że trwające w momencie postępowania przetargowego oraz rozpoznania sprawy, postępowanie przed Prezesem UOKiK powodowało, że wcześniejsza czynność Gminy Kolbudy nie mogła wywoływać jakichkolwiek skutków na gruncie Pzp. Postępowanie przed Prezesem UOKiK i postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego służą odmiennym celom i są prowadzone na podstawie odmiennych regulacji. Okoliczność niezakończenia postępowania antymonopolowego nie uchylała ani nie zawieszala kompetencji zamawiającego przewidzianej wprost w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. W przedmiotowej sprawie sytuacja była przy tym dalej idąca niż samo dokonanie przez zamawiającego oceny historycznych zachowań odwołującego. Gmina Kolbudy już w postępowaniu, w którym doszło do zakwestionowanych zachowań, stwierdziła występowanie wiarygodnych przesłanek zмовy i na tej podstawie wykluczyła odwołującego. Odwołujący miał możliwość poddania tej czynności kontroli Izby, lecz z przysługującego środka ochrony prawnej nie skorzystał. Brak wyroku Izby w tamtej sprawie nie wynikał więc

z tego, że czynność wykluczenia została zakwestionowana i nie potwierdziła się przed organem odwoławczym, lecz wyłącznie z faktu, że sam odwołujący nie doprowadził do jej kontroli, nie wnosząc odwołania. Odwołujący niezasadnie wywodził z własnego zaniechania, korzystnych dla siebie skutków, budowanych wokół twierdzenia, że skoro nie wniósł odwołania na etapie postępowania prowadzonego przez Gminę Kolbudy, to nie istniało wymagane przez niego „prawomocne orzeczenie”, a tym samym dokonane wobec niego wykluczenie należało traktować tak, jakby nigdy nie nastąpiło. Taka wykładnia pozostawała w sprzeczności zarówno z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i z funkcją art. 111 pkt 4 Pzp.

Nie zasługiwało na uwzględnienie również powołanie się przez odwołującego na zasadę proporcjonalności określoną w art. 16 pkt 3 Pzp. Jak trafnie zauważył zamawiający

w uzasadnieniu czynności wykluczenia, ustawodawca przewidział mechanizm pozwalający wykonawcy, wobec którego zachodzi podstawa wykluczenia, na wykazanie swojej rzetelności i dalsze uczestnictwo w rynku zamówień publicznych pomimo wcześniejszego zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia. Mechanizmem tym jest procedura samooczyszczenia przewidziana w art. 110 ust. 2 Pzp. Odwołujący miał zatem możliwość ujawnienia wcześniejszego wykluczenia oraz przedstawienia zamawiającemu dowodów podjęcia środków naprawczych, które pozwalałyby na ocenę, czy pomimo zaistnienia przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp może on zostać uznany za wykonawcę rzetelnego. Odwołujący

z możliwości tej jednak nie skorzystał. Przeciwnie, zamiast powołać się na procedurę samooczyszczenia, złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu. W takich okolicznościach powoływanie się przez odwołującego na etapie postępowania odwoławczego, na zasadę proporcjonalności jako argument przemawiający za pominięciem skutków wcześniejszego wykluczenia, było bezpodstawne. Zasada proporcjonalności nie może służyć zastąpieniu przewidzianej

przez ustawodawcę procedury samooczyszczenia, a art. 110 ust. 2 Pzp stanowi ustawowy mechanizm zapewniający proporcjonalność skutków wykluczenia i umożliwiającą indywidualną ocenę aktualnej rzetelności wykonawcy. Odwołujący nie mógł zatem zasadnie powoływać się na nadmierną dolegliwość wykluczenia, jeżeli zrezygnował z wykorzystania instrumentu, który ustawodawca przewidział właśnie po to, aby takiej dolegliwości przeciwdziałać.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Ponadto Izba nie zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego, wnioskowanych przez przystępującego kosztów dotyczących wynagrodzenia pełnomocnika. Przystępujący przed zamknięciem rozprawy przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej, na adres sekretariatu Izby, fakturę dotyczącą ww. kosztów. Zgodnie z treścią § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia, Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości lub części (§ 8 ust. 2 pkt 2 lub 3). Jak wynika

z powyższego Izba zasądza koszty na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego, czyli przystępującego wyłącznie w sytuacji wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania w całości lub w części, zatem siłą rzeczy przystępujący nie wniósł sprzeciwu od takiej czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nie miała podstaw do zaliczenia kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego na poczet kosztów postępowania odwoławczego, a tym samym do zasądzenia tych kosztów od odwołującego na jego rzecz.

Przewodniczący:.....