

Sygn. akt: KIO 280/16
KIO 281/16
KIO 295/16

WYROK

z dnia 16 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Brzeska
Magdalena Rams**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2016 r. przez:

- A. wykonawcę **W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „TRAW-SAD” W.R. z siedzibą w Białymstoku, ul. Liliowa 13, 15-696 Białystok (sygn. akt KIO 280/16)**
- B. wykonawcę **M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BEDNAREX M.B.” z siedzibą w Chełmie, ul. Baczyńskiego 9, 22-100 Chełm (sygn. akt KIO 281/16)**
- C. wykonawcę **MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok (sygn. akt KIO 295/16)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok** przy udziale:

- 1. wykonawcy **M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BEDNAREX M.B.” z siedzibą w Chełmie, ul. Baczyńskiego 9, 22-100 Chełm** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 280/16 i KIO 295/16 po stronie zamawiającego
- 2. wykonawcy **K.R. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą GARDEN-COM K.R. z siedzibą w Białymstoku, ul. Warszawska 55/31, 15-062 Białystok** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 280/16 i KIO 281/16 po stronie zamawiającego

1

-
- 3. wykonawcy **MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 280/16 po stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 281/16 po stronie zamawiającego

- 4. wykonawcy **W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „TRAW-SAD” W.R. Przedsiębiorstwo Usługowo-**

Handlowe

z siedzibą w Białymstoku, ul. Liliowa 13, 15-696 Białystok zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 281/16 po stronie zamawiającego

- 5. wykonawcy **J.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU J.Z. z siedzibą Białymstoku, ul. Porzeczkowa 19/54, 15-815 Białystok** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 281/16 i KIO 295/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołania

- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: **W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe**

**„TRAW-SAD” W.R. z siedzibą w Białymstoku, ul. Liliowa 13,
15-696 Białystok (sygn. akt KIO 280/16), M.B. prowadzącego działalność gospodarczą
pod firmą z siedzibą w „BEDNAREX M.B.” Chełmie,
ul. Baczyńskiego 9, 22-100 Chełm (sygn. akt KIO 281/16) oraz MPO Sp. z o.o. z siedzibą
w Białymstoku, ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok (sygn. akt KIO 295/16) i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr**
(słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez
wykonawców: **W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą
Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe
„TRAW-SAD” W.R. z siedzibą w Białymstoku,
ul. Liliowa 13, 15-696 Białystok (sygn. akt KIO 280/16), M.B.
prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BEDNAREX M.B.” z
siedzibą w Chełmie, ul. Baczyńskiego 9, 22-100 Chełm (sygn. akt KIO
281/16) oraz MPO Sp. z o.o. z siedzibą
w Białymstoku, ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok (sygn. akt
KIO 295/16) tytułem wpisów od odwołań**

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Białymstoku.**

Przewodniczący:

.....
.....

3

**Sygn. akt: KIO 280/16
KIO 281/16
KIO 295/16**

Uzasadnienie

Miasto Białystok, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi związane z letnim oczyszczaniem ulic, chodników, dróg rowerowych, przystanków komunikacji miejskiej, zieleńców oraz opróżnianiem śmietniczek na terenie miasta Białegostoku”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 grudnia 2015 r., nr 2015/S 250-458328.

Zamówienie podzielono na 6 części.

Sygn. akt KIO 280/16

W dniu 19 lutego 2016 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „TRAW – SAD” W.R. z siedzibą w Białymstoku, zwanego dalej „odwołującym „TRAW-SAD”, o wyborze dla części IV zamówienia oferty wykonawcy K.R. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Garden-Com K.R. z siedzibą w Białymstoku, zwaną dalej „wykonawcą Garden-Com”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 29 lutego 2016 r. (pismem z dnia 26 lutego 2016 r.) odwołujący „TRAW-SAD” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 26 lutego 2016 r.) od zaniechania zamawiającego w zakresie czynności, której powinien był w toku postępowania dokonać, polegającej na obowiązku odrzucenia oferty wykonawców działających w ramach niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję - to jest wykonawców działających w granicach zмовы przetargowej w zakresie części IV zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Garden-Com, jako oferty złożonej przez wykonawcę pozostającego w zmwowie przetargowej;

Jednocześnie odwołujący „TRAW-SAD” wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Garden-Com jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części IV zamówienia,

4

2. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Garden-Com w części IV zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący „TRAW-SAD” wskazał m.in., że oferty złożone przez wykonawców: Garden-Com K.R., TOP 2001 sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwanego dalej „wykonawcą „TOP 2001”, J.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU J.Z. z siedzibą Białymstoku, zwanego dalej „wykonawcą PHU J.Z.”, a także M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BEDNAREX M.B.” z siedzibą w Chełmie, zwanego dalej „wykonawcą BEDNAREX”, zostały złożone w warunkach zmwowy przetargowej. W zmwowie przetargowej poza wymienionymi wyżej wykonawcami występował również wykonawca BEDNAREX, jednakże udział tego oferenta, miał za zadanie dokonanie tak zwanego zabezpieczenia na wypadek gdyby pomiędzy ofertami tego wykonawcy, oraz pozostałych uczestników zmwowy cenowej pojawił się podmiot z ceną korzystniejszą od pozostałych członków zmwowy lecz wyższą niż wykonawca BEDNAREX.

Odwołujący „TRAW-SAD” w pierwszej kolejności wskazał na powiązania podmiotów Garden-Com, TOP 2001 oraz PHU J.Z. wskazujące na stosowanie przez nie niedozwolonego porozumienia polegającego na podziale rynku - uzgodnionym przez podmioty niekonkurowaniu ze sobą w poszczególnych sektorach zamówienia. Zamawiający bowiem w pkt. II SIWZ wskazał, iż wykonawcy mogą ubiegać się maksymalnie o dwie części zamówienia. W związku z powyższym zapisem SIWZ podmioty pozostające ze sobą w warunkach zmwowy przetargowej postanowiły dokonać podziału zamówienia w taki sposób aby wzajemnie ze sobą nie konkurować i złożyły oferty: wykonawca Garden-Com na sektory II i IV, wykonawca TOP 2001 na sektory V i VI oraz wykonawca PHU J.Z. na sektory I i III. Postępowanie to – zdaniem odwołującego - mogłoby wydawać się całkowicie przypadkowe, gdyby nienastępujące okoliczności wskazujące na uprzednie działanie powyższych podmiotów w ramach zmwowy przetargowej stwierdzone decyzją Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury w Bydgoszczy z dnia 31.12.2014r nr RBG - 47/2014, z uzasadnienia której wynika, iż podmioty Garden-Com, PHU J.Z. oraz TOP 2001 w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie działały w ramach niedozwolonego porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny.

Nadto dodał, iż istnieją przesłanki, że w niniejszym postępowaniu również doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia między tymi wykonawcami. Dodatkowo, jako podmiot pozostający w zmwowie z tymi podmiotami wystąpił wykonawca BEDNAREX, którego oferta podlegała odrzuceniu. Świadczą o tym okoliczności charakterystyczne dla tego postępowania w powiązaniu z faktami uznanymi przez Prezesa UOKiK za relewantne dla stwierdzenia zmwowy przetargowej w sprawie zakończonej decyzją Prezesa UOKiK, która została przywołana w odwołaniu.

5

Porozumienie noszące znamiona zmwowy przetargowej między tymi podmiotami polegało na tym, że każdy z wymienionych podmiotów, tj. TOP 2001, Garden-Com oraz PHU J.Z. złożył oferty w różnych sektorach (każdy w dwóch sektorach, innych niż pozostali uczestnicy zmwowy). Stąd należy wnosić, że doszło do „podziału” zamówienia, uzgodnienia który z poszczególnych podmiotów złoży ofertę w konkretnym sektorze aby nie konkurować z pozostałymi uczestnikami zmwowy. Zarówno TOP 2001, PHU J.Z. oraz Garden-Com są podmiotami pozostającymi w silnych relacjach gospodarczych i organizacyjnych. Posiadają od wielu lat wspólną „bazę infrastrukturalną”: - rozumianą jako miejsce faktycznego prowadzenia działalności, gdzie umiejscowiony jest sprzęt, którym posługują się, prowadząc działalność gospodarczą (w tym pojazdy). Mieści się ona w Białymstoku przy ul. Octowej 4c. W tym samym miejscu zlokalizowane jest centrum dyspozycyjne uczestników zmwowy. W

decyzji Prezesa UOKiK akcentuje się ten aspekt zagadnienia. Wskazać należy, że jest to jednocześnie siedziba jednego z tych podmiotów - TOP 2001, który udostępnia pozostałym podmiotom pomieszczenia i teren, na którym utrzymywany jest sprzęt, w szczególności samochody, zamiatarki, kosiarki pozostających w zmwowie podmiotów.

W uzasadnieniu decyzji Prezesa UOKiK jako istotny fakt podawano również i to, że przy realizacji zamówienia na zimowe oczyszczanie ulic w Białymstoku w 2012 r. uczestnicy zmwowy dysponowali wspólnym dla zamawiających numerem kontaktowym.

Wszyscy trzech wykonawcy realizowali w sezonie 2014/15 zamówienie na zimowe oczyszczanie ulic na rzecz Miasta Białystok w różnych sektorach na podstawie udzielonych im osobno zamówień. Obecnie (2015/16) realizuje je Garden-Com i PHU J.Z. Charakterystyczne jest jednak, że telefoniczny numer kontaktowy, służący kontaktowi z podmiotami obsługującymi poszczególne sektory, również w sezonie 2014/15 był dla wszystkich wykonawców taki sam (choć inny niż wspólny dla wykonawców numer wskazany w uzasadnieniu decyzji prezesa UOKiK na s. 41). Po wydaniu tej decyzji (grudzień 2014), zimowe oczyszczanie ulic realizują Garden-Com oraz PHU J.Z., a komórkowy numer kontaktowy się zmienił (jest w bieżącym sezonie różny dla tych wykonawców), ale stacjonarny numer kontaktowy jest tożsamy - 85 662 3790. Dyspozytornia przy realizacji zamówień na zimowe oczyszczanie ulic w bieżącym sezonie jest ta sama dla dwójki, rzekomo rywalizujących ze sobą na rynku wykonawców.

W tym postępowaniu ofertę w imieniu Garden-Com złożył K.R. mąż K.R., który w postępowaniach, których dotyczy decyzja Prezesa UOKiK, reprezentował wykonawcę Top 2001. K.R. jest to jednocześnie osoba, która, zgodnie z ustaleniami zawartymi w uzasadnieniu decyzji UOKiK (s. 40), pełniła funkcję Dyrektora Generalnego w strukturze wykonawcy Top 2001. Składająca w imieniu wykonawcy Top 2001 w niniejszym postępowaniu ofertę pani B.G. zgodnie z ustaleniami UOKiK (s. 42) była przedstawicielem PHU J.Z. w relacjach z Miastem Białystok.

6

Powiązania gospodarcze i organizacyjne w dotychczasowych relacjach między wykonawcami TOP 2001, Garden-Com oraz PHU J.Z. są szczegółowo wskazane w decyzji Prezesa UOKiK na s. 40-43 decyzji. Jeśli chodzi o powiązania między poszczególnymi podmiotami, które mogą pozostawać w zmwowie, to w treści decyzji UOKiK wskazuje się, że prezes zarządu TOP 2001 K.P. jest szwagrem K.R.. Osoba ta jest wciąż (w okresie, w którym prowadzone jest niniejsze postępowanie) prezesem zarządu TOP 2001.

Wadą wszystkich trzech podmiotów to gwarancje ubezpieczeniowe wystawione przez to samo towarzystwo ubezpieczeniowe InterRisk, a złożone zostały tego samego dnia - 5 lutego w bliskich odstępach czasowych - o godz. 12:50 (PHU J.Z.), 13:20 (Garden-Com) oraz 14:20 (TOP 2001). Skoro bowiem, zgodnie z ustaleniami UOKiK, złożenie oferty w tym samym czasie albo w bliskim odstępie czasowym świadczyć może o zmwowie przetargowej (jest to czynność koordynowana z góry przez tę samą osobę), to to samo można powiedzieć o czynności wniesienia wadium i zastosować analogiczną argumentację.

Odnosnie wykonawcy BEDNAREX odwołujący „TRAW-SAD” podniósł, że wykonawca ten złożył najniższe oferty dla części III i IV zamówienia. Jednak z uwagi na to, że nie uzupełnił w sposób zgodny z prawem dokumentów składając zaświadczenie z urzędu skarbowego z datą inną niż pozwalająca uznać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert został wykluczony z postępowania. Jest to typowy „błąd” popełniany w sytuacji, gdy oferent pozostający w zmwowie z kolejnym oferentem, którego oferta zawiera wyższą cenę i jest następny w kolejności, ustępując mu miejsca i, doprowadzając do wyboru oferty z wyższą ceną. Schemat ten stosowany był w praktyce działania wykonawców: TOP 2001, PHU J.Z. oraz Garden - Com, jednak obecnie z uwagi na jego rozpoznanie, aby go zastosować, potrzebny był inny podmiot, o którym nie można powiedzieć, że jest „spalony”.

W dniu 1 marca 2016 r. (pismem z tej samej dacie) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 4 marca 2016 r. (pismem z dnia 3 marca 2016 r.) wykonawca BEDNAREX, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 4 marca 2016 r. (pismem z dnia 3 marca 2016 r.) wykonawca Garden-Com zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego,

przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 4 marca 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwany dalej „wykonawcą MPO”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

7

Zamawiający złożył w dniu 11 marca 2016 r. (pismem z dnia 10 marca 2016 r.) odpowiedź na odwołanie, oświadczając o jego uwzględnieniu w części dotyczącej zarzutów umowy przetargowej wykonawców: Garden-Com, TOP 2001 oraz PHU J.Z. oraz o jego oddaleniu w części dotyczącej zarzutów umowy przetargowej wykonawców: Garden-Com, TOP 2001 oraz PHU J.Z. z wykonawcą BEDNAREX.

Sygn. akt KIO 281/16

W dniu 19 lutego 2016 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BEDNAREX M.B.” z siedzibą w Chełmie, zwanego dalej „odwołującym BEDNAREX”, o wykluczeniu go z postępowania dla części III i IV zamówienia, a tym samym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu podniósł, że „wykonawca po wezwaniu zamawiającego uzupełnił dokument – zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z datą 17 lutego 2016 roku, który nie potwierdza spełniania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania”.

W dniu 29 lutego 2016 roku (pismem z tej samej daty) odwołujący BEDNAREX wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 29 lutego 2016 r.) wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu i polegających na:

1. czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej dla części III i IV zamówienia,
 2. zaniechaniu wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień odnośnie treści dokumentu, tj. zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego w Białymstoku z dnia 17 lutego 2016 r.,
 3. wykluczeniu wykonawcy z postępowania oraz uznania za odrzucone złożonych przez wykonawcę ofert częściowych (dla części III i IV),
 4. zatrzymaniu wadium wniesionego przez odwołującego BEDNAREX,
- zarzucając zamawiającemu naruszenie:
1. art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przekazanie odwołującemu BEDNAREX informacji o wykluczeniu z postępowania zawierającej sprzeczne ze sobą uzasadnienie faktyczne i prawne, jako że wbrew stanowisku zamawiającego, odwołujący BEDNAREX wykazał, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (a zatem nie mógł zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), a złożenie zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego wystawionego w dacie przypadającej po składaniu ofert nie stanowi samoistnej

8

podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (o ile taka była podstawa wykluczenia odwołującego BEDNAREX),

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 44 ustawy Pzp i § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp a także art. 46 ust. 1 i 4a ustawy Pzp poprzez:
 - a) wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a nadto wykazał, iż nie zachodzą w jego przypadku przesłanki wykluczenia z postępowania opisane w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a zamawiający nie zweryfikował (poprzez

żądanie stosownych wyjaśnień) czy zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego z dnia 17 lutego 2016 r. potwierdzało stan braku zaległości podatkowych w dniu składania ofert,

- b) zaniechanie zwrotu wadium wniesionego przez wykonawcę pomimo, iż oferty częściowe wykonawcy nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze, a także bezprawne zatrzymanie wadium pomimo, iż w stosunku do wykonawcy nie wystąpiła żadna z przesłanek zatrzymania wadium określona w art. 46 ust. 2a ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący BEDNAREX wniósł o nakazanie zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

1. unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert dla części III i IV zamówienia,
 2. powtórzenia czynności oceny oferty dla części III i IV zamówienia z udziałem oferty wykonawcy,
 3. wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień co do treści zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego w Białymstoku z dnia 17 lutego 2016 r.,
 4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części III i IV zamówienia,
 5. zwrot zatrzymanego wadium, tj. zwrotu dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej
- Nadto odwołujący BEDNAREX wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:
1. z dokumentu, tj. zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego w Chełmie z dnia 10 grudnia 2015 r. na okoliczność potwierdzenia, iż w dacie składania ofert odwołujący BEDNAREX dysponował zaświadczeniem wystawionym przed dniem składania ofert, wystarczającym do wykazania braku przesłanki wykluczenia z postępowania opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
 2. z dokumentów, tj. deklaracji podatkowych VAT-7, PIT-4, za miesiące grudzień 2015 r. oraz styczeń 2016 r. wraz z potwierdzeniem dokonania przez Wykonawcę przelewów

9

obejmujących należności wynikające z tych deklaracji, na okoliczność terminowego uiszczenia przez odwołującego BEDNAREX zobowiązań podatkowych i braku zaległości podatkowych, które mogłyby powstać w okresie pomiędzy 10 grudnia 2015 r. a 17 lutego 2016 r.,

3. z dokumentu, tj. informacji z 19 lutego 2016 r. o zatrzymaniu wadium wniesionego przez wykonawcę BEDNAREX.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący BEDNAREX wskazał m.in., iż uzasadnienie czynności wykluczenia go z postępowania jest wewnętrznie sprzeczne i nie opisuje w sposób wyczerpujący motywów czynności podjętej przez zamawiającego. W szczególności zaś brak jest pewności czy zamawiający zarzuca odwołującemu BEDNAREX, że nie wykazał on braku podstawy wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp czy też nie udowodnił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał też w sposób jednoznaczny, na jakiej podstawie uznał, że odwołujący BEDNAREX nie wykazał braku przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jako że z treści uzasadnienia wynika, że negatywna ocena przedłożonego zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego wynikała jedynie z faktu wystawienia zaświadczenia w dacie przypadającej po terminie składania ofert. Z tych względów czynność wykluczenia odwołującego BEDNAREX jest wadliwa, jako że podjęta została z naruszeniem art. 24 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie drugiego z zarzutów odwołujący BEDNAREX podniósł, że lakoniczne uzasadnienie czynności wykluczenia wskazuje, iż zamawiający za wystarczający do podjęcia zaskarżonej czynności uznał sam fakt przedłożenia przez niego zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego wystawionego w dniu 17 lutego 2016 r., tj. po dniu składania ofert (wyznaczonym na 8 lutego 2016 r.). Powyższy pogląd jest błędny. Poza sporem pozostaje, iż odwołujący BEDNAREX do oferty nie dołączył wymaganego zaświadczenia naczelnika Urzędu Skarbowego. Na wezwanie zamawiającego z dnia 12 lutego 2016 r. przedłożył zaświadczenie z dnia 17 lutego 2016 r. potwierdzające brak zaległości podatkowych. Nie oznacza to jednak, iż sam fakt przedłożenia dokumentu wystawionego po dacie składania ofert stanowi wystarczającą przesłankę wykluczenia z postępowania (czy to na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a tym bardziej w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Przepisy ustawy Pzp nie wykluczają możliwości przedłożenia dokumentów wystawionych po

upływie terminu wyznaczonego na składanie ofert, o ile dokumenty te potwierdzają stan na dzień składania ofert.

Odwolujący BEDNAREX wraz z ofertą złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, jak również - w wyniku uzupełnienia dokumentów - przedstawił zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Chełmie wystawione nie wcześniej niż na 3 miesiące

10

przed dniem składania ofert. Nie ulega zatem wątpliwości, iż oceniając łącznie oba złożone dokumenty wykonawca w sposób jednoznaczny potwierdził brak przesłanki wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Stan braku zaległości podatkowych po jego stronie istniał w okresie poprzedzającym dzień składania ofert, co potwierdza zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego z dnia 10 grudnia 2015 r. Od wystawienia tego zaświadczenia do chwili obecnej po stronie wykonawcy nie powstały żadne zaległości podatkowe, co potwierdzają przedkładane deklaracje podatkowe oraz dowody wpłat. Bezsprzeczne jest, iż w okresie od 10 grudnia 2015 r. do 17 lutego 2016 r. stan braku zaległości miał charakter ciągły. Zaświadczenie z 17 lutego 2016 roku *de facto* potwierdza także stan z dnia składania ofert.

Reasumując podniósł, że zasadniczym dokumentem potwierdzającym brak zaległości podatkowych na dzień składania ofert jest oświadczenie, o którym mowa w art. 44 ustawy Pzp. Treść zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego powinna być odczytywana łącznie ze złożonym oświadczeniem. W przypadku wątpliwości zamawiający powinien zwrócić się do odwołującego BEDNAREX o udzielenie stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, której to czynności zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp odwołujący BEDNAREX podniósł, że przepis ten ma charakter sankcyjny i stanowi odstępstwo od ogólnej reguły zwrotu wadium. Z tych też przyczyn nie może być to unormowanie interpretowane w sposób rozszerzający. Ustawodawca w sposób wyraźny wskazał zaś, iż przesłanką zatrzymania wadium jest sytuacja, w której wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złoży dokumentów. Chodzi więc o przypadek fizycznego braku dokumentu. Brak dokumentu nie może być jednak utożsamiany ze złożeniem dokumentu ocenionego przez zamawiającego, jako wadliwy (nawet jeśli byłaby to w danym przypadku ocena uprawniona). A ponadto działanie to winno być zawinione. Zamawiający dokonując zatrzymania wadium w żaden sposób nie zweryfikował obligatoryjnej przesłanki zawinienia wykonawcy przy złożeniu wadliwych - zdaniem zamawiającego - dokumentów. Tymczasem zatrzymanie wadium przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp uzasadnia tylko zawinione działanie wykonawcy. Odwołujący BEDNAREX w sposób prawidłowy zareagował na wezwanie zamawiającego uzupełniając także inne wykłnięte braki. Złożenie zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego wystawionego po dacie składania ofert nie było wynikiem działania celowego czy umyślnego, lecz co najwyżej nieumyślnego błędu czy omyłki.

Nadto dodał, iż z żadnym z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie dokonywał żadnych ustaleń, co wysokości ceny składanej w postępowaniu. Nie zawierał on też żadnych porozumień, co do ewentualnego udziału w realizacji zamówienia, jako podwykonawca innego wykonawcy. Inaczej mówiąc - Wykonawca stanowczo zaprzecza,

11

iżby złożenie zakwestionowanego później zaświadczenia było wynikiem zмовы lub innego niedozwolonego porozumienia.

W dniu 1 marca 2016 r. (pismem z tej samej dacie) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 2 marca 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MPO zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 3 marca 2016 r. (pismem z dnia 2 marca 2016 r.) wykonawca W.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „TRAW – SAD” W.R. z siedzibą w Białymstoku, zwany dalej „wykonawcą „TRAW-SAD”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 4 marca 2016 r. (pismem z dnia 3 marca 2016 r.) wykonawca J.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU J.Z. z siedzibą w Białymstoku, zwany dalej „wykonawcą J.Z.”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 4 marca 2016 r. (pismem z dnia 3 marca 2016 r.) wykonawca Garden-Com zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający złożył w dniu 11 marca 2016 r. (pismem z 10 marca 2016 r.) odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Sygn. akt KIO 295/16

W dniu 19 lutego 2016 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwanego dalej „odwołującym MPO”, o wyborze dla części III zamówienia oferty wykonawcy PHU J.Z., jako najkorzystniejszej.

W dniu 29 lutego 2016 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący MPO wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 26 lutego 2016 r.) na wybór najkorzystniejszej oferty dla części III zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, – oferty wykonawcy PHU J.Z., którego oferta winna zostać odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp,

art. 3 ust.1 w związku z art.15 ust.1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o – zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust.1 pkt 3 i 7 ustawy dnia 16 lutego

12

2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez złożenie w części III oferty przez wykonawcę PHU J.Z.,

Podniesiony zarzut – jak wskazał dalej odwołujący MPO - wiąże się z faktem złożenia w przedmiotowym postępowaniu ofert, przez następujących wykonawców: PUH J. - oferty dla części I i III, wykonawcy Garden – Com - oferty dla części II i IV, wykonawcy TOP 2001 - oferty dla części V i VI, którzy, jak wynika z wielu zdarzeń i czynności działali w ramach niedozwolonego porozumienia.

Jednocześnie odwołujący MPO wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 19 lutego 2019 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części III,
2. powtórzenia czynności badania ofert w zakresie części III i odrzucenia oferty wykonawcy PUH J.Z.,
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący MPO podniósł m.in., że wskazani wykonawcy, tj. PUH J.Z., Garden – Com oraz TOP 2001 od kilku lat dopuszczający się czynów nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, również w przedmiotowym postępowaniu działają w ramach niedozwolonego porozumienia.

W Decyzji nr RBG - 47/2014 podjętej w dniu 31 grudnia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Bydgoszczy (Znak RBG-4010-01/14/AS)78 stwierdzono bowiem dopuszczanie się wskazanych wykonawców do praktyk uznanych za ograniczających konkurencję i naruszających zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zawarcie porozumienia pomiędzy nimi, co skutkowało nałożeniem kar pieniężnych na każdego z nich.

Po terminie 31 grudnia 2014 r., tj. po wydaniu Decyzji przez Prezesa UOKiK - wykonawcy ci przyjęli inną „strategię” działania na wspólnym rynku, polegającą generalnie na podziale rynku tak, aby nie konkurować ze sobą.

Odwołujący MPO posiada informacje na temat tego, że wykonawcy ci nie zaniechali uprzednich praktyk, wykorzystując teraz kolejne firmy do manipulowania wynikami przetargu w zależności od rankingu ofert kształtującego się po ujawnieniu cen. W przedmiotowym postępowaniu - firmę BEDNAREX, która złożyła oferty na część III i IV bez aktualnego zaświadczenia naczelnika Urzędu Skarbowego, a w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca złożył zaświadczenie wydane po terminie składania ofert.

Nieuzupełnienie standardowo wymaganego dokumentu przez wykonawcę BEDNAREX pozwoliło na zajęcie pierwszego miejsca przez wskazywanych wykonawców: w części III - PHU J.Z., a w części IV - Garden -Com.

13

O ścisłej współpracy tych wykonawców świadczą następujące fakty:
Zgodnie z informacją Urzędu Miasta Białegostoku, zamieszczoną na oficjalnym – portalu UM w zakładce „Zimowe oczyszczanie miasta” (dotyczy aktualnie realizowanego świadczenia), wskazując numery telefonów firm odpowiedzialnych za przedmiotowe świadczenie, podany jest – zarówno dla firmy Garden-Com, jak i PHU J.Z. – posiadają ten sam numer telefonu stacjonarnego „85 662 37 90”;
W Informacji, o karach nałożonych za nienależyte wykonywanie zamówienia w – ramach „Zimowego oczyszczania miasta”, na firmy PHU J.Z. i Garden-Com, zamieszczonej na oficjalnym portalu UM wskazano, iż „inspektor pełniący dyżur zlecił w nocy z piątku na sobotę osobie odpowiedzialnej za firmy PHU J.Z. oraz Garden-Com konieczność rozpoczęcia odśnieżania ulic”. Powyższą informację powtórzyła też lokalna prasa – „Kurier Poranny” i „Współczesna”;
Podobnie było w latach poprzednich, tj.: –
w informacji dotyczącej zimowego oczyszczania miasta w okresie 11.2014 - 04.2015, podany jest ten sam numer telefonu kontaktowego (komórkowego) dla firmy PHU J.Z. i TOP 2001 („519 334 713”);
identycznie było w trakcie zimowego oczyszczania ulic w roku 2012 - wówczas zarówno telefon stacjonarny („85 662 37 90”) jak i komórkowy („519 334 701”) do firm PHU J.Z. oraz TOP 2001 były te same.
Wszyscy trzech wskazani wyżej wykonawcy korzystają z tej samej bazy sprzętowej; –
Sposób przygotowania ofert wykazuje również daleko idące, nieprzypadkowe – podobieństwa - oferty zawierają pewne zapisy, które nie występują w ofertach innych wykonawców. Np. w wykazie sprzętu, ci wykonawcy masę sprzętu podawali jako „do 2,5 tony”, gdy wszyscy pozostali wykonawcy podawali - zgodnie z wymaganiami SIWZ - rzeczywistą masę sprzętu. W wykazie zrealizowanych prac tylko firmy TOP 2001 i Garden-Com wpisały „kwota znacznie ponad 100 000 zł” - bez podania konkretnych kwot. Gwarancje wadialne zarówno dla Garden-Com i PHU J.Z. wydane zostały przez InterRisk w tym samym dniu (21.05.2015 r.);
Analogiczna sytuacja wystąpiła w trakcie postępowania na zimowe oczyszczanie - – oferty i uzupełnienia ofert PHU J.Z. i Garden-Com K.R. cechuje bardzo daleko idące podobieństwo - brak jest tych samych dokumentów, w zakresie wykazu sprzętu podmioty udostępniające ten sprzęt złożyły oświadczenia (niewymagane) o niepodleganiu wykluczenia i o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz grupie kapitałowej, ten sam ubezpieczyciel (InterRisk) w tym samym dniu udziela gwarancji wadialnych;
Fakt uzyskiwania gwarancji wadialnych od tego samego ubezpieczyciela (InterRisk), – w tym samym dniu, mając jednocześnie na uwadze, że w treści gwarancji

14

wskazywane są części zamówienia obejmowane gwarancją oraz fakt, że wysokości wadium w każdej Części były inne, dowodzi, że nie czyniono tajemnicy z faktu decyzji o tym, na które części będą składane oferty, co w warunkach porozumienia jest zupełnie zrozumiałe.

Nadal pomiędzy wykonawcami istnieją powiązania osobowe - rodzinne - Prezes – Spółki TOP 2001 p. K.P. (zgodnie z treścią aktualnego wpisu do KRS) jest szwagrem K.R. - siostra Pani K.R. jest jego żoną (informacja wskazana na str. 40 Decyzji Prezesa UOKiK).

- W postępowaniu prowadzonym przez Miasto Białystok w 2015 r. na „Zimowe oczyszczanie, w którym możliwe było składanie ofert na trzy części Spółka TOP 2001 udostępniła znaczącą ilość sprzętu firmie Garden-Com, sama nie składając oferty.

Reasumując odwołujący MPO podniósł, iż zaistniałe okoliczności i fakty wskazują na

to, że:

istnieją stałe kontakty między przedsiębiorcami, –

istnieją więzi osobowe (zarówno więzi rodzinne, jak i prawne), –
– występuje zbieżność adresowa - tzw. zbieżność adresowa drugiego stopnia - różne adresy siedzib przedsiębiorców, tożsame adresy baz, tożsame numery telefonów, istnieją związki gospodarcze, – ściśle
a to dostatecznie uzasadnia domniemanie faktyczne, wywodzone na podstawie wskazanych faktów, istnienia niedozwolonego porozumienia pomiędzy wskazanymi wykonawcami.

W dniu 1 marca 2016 r. (pismem z tej samej dacie) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 4 marca 2016 r. (pismem z dnia 3 marca 2016 r.) wykonawca BEDNAREX zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 4 marca 2016 r. (pismem z dnia 3 marca 2016 r.) wykonawca PHU J.Z. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający złożył w dniu 11 marca 2016 r. (pismem z dnia 10 marca 2016 r.) odpowiedź na odwołanie, oświadczając o jego uwzględnieniu w części dotyczącej zarzutów umowy przetargowej wykonawców: Garden-Com, TOP 2001 oraz PHU J.Z. oraz o jego oddaleniu w części dotyczącej zarzutów umowy przetargowej wykonawców: Garden-Com, TOP 2001 oraz PHU J.Z. z wykonawcą BEDNAREX.

15

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2016 r. odwołania o sygn. akt: KIO 280/16, KIO 281/16 i KIO 295/16 zostały skierowane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Izby.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła o skierowaniu na rozprawę odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 280/16 i KIO 295/15, uznając, iż odwołania te zostały przez zamawiającego uwzględnione w części. Okoliczność tę (jedynie częściowego uwzględnienia odwołania) podnosił także sam zamawiający. Istotnie w każdym z tych odwołań zarzut, gdyby rozumieć go w taki sposób na jaki wskazują obaj odwołujący, dotyczyłby jednego konkretnego wykonawcy (odwołanie o sygn. akt KIO 280/16 oferty wykonawcy Garden-Com (zarzut ze strony 2 odwołania), natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 295/16 oferty wykonawcy PHU J.Z. (zarzut ze strony 2 odwołania). Niemniej jednak zakres zarzutów wynika nie tylko z konkretnie wskazanego przepisu, ale także z okoliczności faktycznych, do których on się odnosi. Przepis, naruszenie którego odwołujący zarzucają zamawiającemu, został faktycznie podniesiony wyłącznie do dwóch wyżej wskazanych ofert. Jednak w obu odwołaniach wskazano także, iż zarzut ten wiąże się z faktem złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu również przez wykonawców: Garden-Com, PHU J.Z., TOP 2001 oraz wykonawcę BEDNAREX i wskazywane są okoliczności, które – w ocenie odwołujących – mają świadczyć o umowie przetargowej wszystkich wskazanych w całej treści odwołania wykonawców. „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę”. (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09). Tak więc z okoliczności faktycznych wskazanych w całym odwołaniu wynika, że zarzut dotyczy wszystkich wymienionych w jego treści wykonawców. Na rozpatrzenie nie ma bowiem

wplywu miejsce jego umieszczenia w treści odwołania, w którym ów zarzut został podniesiony.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 280/16 i 295/16

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Przedmiotowe zamówienie podzielono na 6 części, a każdy z wykonawców mógł złożyć oferty maksymalnie na dwie części. Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało podane do wiadomości publicznej, tym samym możliwość udziału w postępowaniu miał każdy z zainteresowanych podmiotów.

Dla części I oferty złożyło 3 wykonawców (Staubach Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PHU J.Z. z siedzibą w Białymstoku oraz MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku), dla części II oferty złożyło 4 wykonawców (KOMDrog Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Dobrzyniewo Duże, Kliwer-Bis H.K. z siedzibą w miejscowości Grabówka, Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne „ASTWA” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku oraz Garden-Com K.R. z siedzibą w Białymstoku), dla części III oferty złożyło 4 wykonawców (BEDNAREX M.B. z siedzibą w Chełmie, PHU J.Z. z siedzibą w Białymstoku, Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „TRAW-SAD” W.R. z siedzibą w Białymstoku oraz MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku), dla części IV oferty złożyło 3 wykonawców (BEDNAREX M.B. z siedzibą w Chełmie, Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „TRAW-SAD” W.R. z siedzibą w Białymstoku oraz Garden-Com K.R. z siedzibą w Białymstoku), dla części V oferty złożyło 3 wykonawców (Staubach Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Kliwer-Bis H.K. z siedzibą w miejscowości Grabówka oraz TOP 2001 Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku), a dla części VI oferty złożyło 2 wykonawców (KOMDrog Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Dobrzyniewo Duże oraz TOP 2001 Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku).

Zarzut z umowy przetargowej odwołujący: „TRAW-SAD” i MPO postavili następującym wykonawcom: Garden-Com, PHU J.Z., TOP 2001 oraz wykonawcy BEDNAREX. Decyzja wykonawców Garden-Com i PHU J.Z. - jak argumentowali ich pełnomocnicy – złożenia ofert na określone części podyktowana była tym, że obecnie na obszarze tych właśnie części wykonują oni zamówienie. Wobec czego znają ten teren i jego odbiór, w przypadku uzyskania zamówienia, nie nastroczyłby im żadnych trudności.

Zmową przetargową jest praktyka polegająca na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców i organizatora przetargu warunków składanych ofert, a jej celem jest wykonanie zamówienia przez konkretnego wykonawcę. Definicję z umowy przetargowej zawiera art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), zgodnie z treścią którego zmowa przetargową są zakazane porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Działanie takie jest przy tym sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Tak więc dla zakwalifikowania działania wykonawców: Garden-Com, PHU J.Z., TOP 2001 oraz wykonawcy BEDNAREX jako praktyki ograniczającej konkurencję, która w tym postępowaniu miała przybrać postać z umowy przetargowej podstawowe znaczenie ma rozstrzygnięcie czy podmioty te rzeczywiście zawarły porozumienie i ustaliły pomiędzy sobą podział rynku dla uzyskania tego konkretnego zamówienia.

Okoliczność, iż w stosunku do wykonawców: Garden-Com, PHU J.Z. oraz TOP 2001 uznano Decyzją Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Bydgoszczy Nr RBG – 47/2014 z dnia 31 grudnia 2014 r. zaistnienie (pomiędzy tymi właśnie wykonawcami) porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności ceny w postępowaniu przetargowym prowadzonym na rzecz GDDKiA, Oddział w Olsztynie nie oznacza niejako z automatu, iż w każdym następnym postępowaniu, w którym wykonawcy ci ubiegali się i ubiegają się (w tym także obecnie) o udzielenie zamówienia, pewnym jest, że pozostają oni w zmowie przetargowej. Przy takim założeniu decyzja UOKiK, w każdym takim przypadku, oznaczałaby całkowitą utratę przez podmiot, w stosunku do którego zмова przetargowa została stwierdzona, możliwości ubiegania się kiedykolwiek o jakiekolwiek zamówienie. Jego skutkiem byłaby utrata tego prawa na zawsze. Tak jednak nie jest. Decyzja taka stwierdza bowiem istnienie bądź nieistnienie praktyki ograniczającej konkurencję i naruszenie określonego zakazu, jak również zaniechanie, o ile taka sytuacja rzeczywiście ma miejsce, stosowania określonych praktyk. Powołana decyzja Prezesa UOKiK (jeszcze nieprawomocna) stwierdza istnienie zмowy przetargowej (uzgodnienie warunków składanych ofert), ale także zaniechanie jej stosowania (z określoną datą, tj. 26 czerwca 2013 r.).

Powołana wyżej decyzja Prezesa UOKiK, w tym konkretnym postępowaniu, jest podstawą zakwestionowania przez odwołującego TRAW-SAD, jak i odwołującego MPO

18

prawidłowości działania zamawiającego. Decyzja ta stała się także podstawą do uwzględniania zarzutów odwołania jednakże w ograniczonym zakresie – w zakresie dotyczącym trzech wykonawców (Garden-Com, PHU J.Z. oraz TOP 2001), gdyż decyzja ta (Decyzja Prezesa UOKiK Delegatura w Bydgoszczy Nr RBG – 47/2014 z dnia 31 grudnia 2014) – jak podniósł zamawiający - odnosi się w swej treści (uzasadnieniu) także do postępowań o udzielenie zamówienia organizowanych przez Miasto Białystok w latach 2011-2012 oraz 2014 roku.

Niemniej jednak obaj odwołujący, powołując się na wskazaną decyzję UOKiK, ograniczyli się, stawiając zarzut zмowy przetargowej, niemal wyłącznie do odwołania do treści tej decyzji, wskazując jako uzasadnienie stawianych zarzutów ustalenia tej decyzji. Nie podjęli przy tym jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej. Ustalenia i argumenty zawarte we wskazanej decyzji przenieśli wprost na grunt tego postępowania, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających zasadność stawianych zarzutów, w tym także dalsze stosowanie stwierdzonych poprzednio niedozwolonych praktyk. Istotnie istnienie zмowy przetargowej niełatwo jest udowodnić. Decyzja UOKiK wskazuje jednak, jakie okoliczności o zмowie przetargowej, w tamtych postępowaniach świadczyły. Wobec tego – dla potrzeb tego postępowania - należałoby chociażby, poza ogólnikami, i opierając się na tamtych argumentach, które nie zawsze przystają do danego stanu faktycznego, przedstawić dowody lub chociażby uprawdopodobnić, iż zakwestionowane wówczas zachowania w okresie poprzedzającym bezpośrednio do postępowania i w tym postępowaniu występują. Takich dowodów jest jednak brak.

Rzeczywiście trzech wykonawców, tj.: Garden-Com, PHU J.Z. i TOP 2001 w stosunku, do których podnoszony jest zarzut zмowy przetargowej, złożyło swoje oferty w tym postępowaniu, przy czym na odrębne jego części. Przedmiotowe zamówienie podzielone jest na 6 części, a zamawiający dopuścił składanie ofert maksymalnie na dwie części. Każdy z tych wykonawców, co jest niewątpliwe, to odrębny podmiot gospodarczy. W stosunku do tych wykonawców, decyzją Prezesa UOKiK, stwierdzono na gruncie badanych przez Prezesa UOKiK postępowań istnienie powiązań osobowych, adresowych i gospodarczych, a w konsekwencji zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. Niemniej jednak sam fakt istnienia określonych powiązań nie świadczy jeszcze o istnieniu pomiędzy danymi wykonawcami „zмowy przetargowej”, której celem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku. Okoliczność tę należy wykazać. To na odwołującym - zgodnie z art. 6 k.c. - spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi skutki prawne. Tymczasem żaden z odwołujących nie przedstawił żadnych dowodów na istnienie pomiędzy wykonawcami, polegającego na podziale rynku celem porozumienia wyeliminowania konkurencji, ograniczając się wyłącznie do cytowania Decyzji Prezesa UOKiK Oddział w Bydgoszczy zapadłej w innych sprawach.

Odnosząc się do argumentów zawartych w obu odwołaniach stwierdzić należy, co następuje:

Odnosnie argumentu dotyczącego posiadania przez tych wykonawców wspólnego numeru kontaktowego (obydwaj odwołujący) odwołali się do treści decyzji UOKiK. Niemniej jednak – jak wykazał pełnomocnik PHU J.Z., składając plik umów zawartych w 2015 r. z obecnym zamawiającym „usługi związane z zimowym oczyszczaniem ulic, chodników, przystanków komunikacji miejskiej, zieleńców i opróżnieniem śmietniczek w pasach drogowych na terenie miasta Białegostoku” - sektor I, III i VI – to J.Z. był w nich osobą wskazaną do kontaktów zamawiającego z przedstawicielem wykonawcy, ale tylko jako przedstawiciel PHU J.Z. Także pełnomocnik Garden-Com podniósł, że w treści zawartych przez niego umów wskazano osoby do kontaktów z zamawiającym i numer telefonu, który jest inny niż wskazany w decyzji UOKiK. Jest to numer wykonawcy Garden-Com. Natomiast stacjonarny numer telefonu to rzeczywiście numer telefonu udostępniony przez TOP 2001 (wykonawca ten nie realizował tamtego zamówienia), jednak numer ten został wskazany, jako numer, który znany jest już mieszkańcom i służy wyłącznie do zgłaszania uwag związanych z realizacją zamówienia (numer do kontaktu z mieszkańcami). Inne zaś numery telefonów zostały wskazane jako numery służące do kontaktów z wykonawcami. Zamawiający przyznał, iż rzeczywiście numery wskazane w umowach są inne niż wynikające z decyzji UOKiK. Jednak ani obaj odwołujący, ani też zamawiający, choć i on podnosił, iż numer podany przez tych wykonawców podczas realizacji umów uległ zmianie i jest to już numer tożsamy z numerem firmy TOP 2001 nie przedstawili żadnego dowodu potwierdzającego tę okoliczność, np. aneksu do umowy zawartego z danym wykonawcą czy też jakiegś informacji, z której okoliczność ta (zmiana numeru do kontaktu z wykonawcą) by wynikała. Przeciwnie wskazują na postępowania realizowane przez tych wykonawców na rzecz tego zamawiającego w latach wcześniejszych i informacje prasowe dotyczące realizacji tamtych umów oraz tożsamość wówczas podanych numerów telefonu. Nie składają jednak żadnych dokumentów mających okoliczność tę udowodnić lub chociaż uprawdopodobnić.

Okoliczność korzystania z tej samej bazy sprzętowej przez wykonawców: Garden-Com, PHU J.Z. oraz TOP 2001 poza jej stwierdzeniem nie została niczym wykazana.

Sposób przygotowania ofert, wbrew twierdzeniom odwołującego MPO, nie wskazuje na istnienie porozumienia pomiędzy tymi wykonawcami. Wskazywane przez dowołującego dokumenty, tj. wykaz narzędzi i wykaz realizowanych lub zrealizowanych zamówień, są sporządzone w sposób odmienny, aczkolwiek prawidłowy (było to już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1476/15) i zawierają odmienną aczkolwiek wymaganą przez zamawiającego treść. I tak:

- oferta wykonawcy PHU J.Z. - załącznik „wykaz narzędzi” został wypełniony – komputerowo dużymi literami; w kolumnie 3 „Masa sprzętu” wpisano „DO 2,5t WŁĄCZNIE” natomiast w kolumnie 5 „Informacja o podstawie do dysponowania wskazanym sprzętem” wpisano „MIENIE WŁASNE”;
- oferta wykonawcy PHU J.Z. - załącznik „wykaz realizowanych lub zrealizowanych zamówień” został wypełniony komputerowo dużymi literami; w kolumnie 5 „Wartość zamówienia” wpisano konkretną wartość, konkretną kwotę, tj. „1.389.295,08”;
- oferta wykonawcy Garden-Com - załącznik „wykaz narzędzi” został wypełniony – komputerowo, kursywą; w kolumnie 3 „Masa sprzętu” wpisano „Do 2,5t” natomiast w kolumnie 5 „Informacja o podstawie do dysponowania wskazanym sprzętem” wpisano „Własność”;
- oferta wykonawcy Garden-Com - załącznik „wykaz realizowanych lub zrealizowanych zamówień” został wypełniony komputerowo dużymi literami; w kolumnie 5 „Wartość zamówienia” wpisano „ZNACZNIE PRZEKRACZA WARTOŚĆ 100.000,00 zł”;
- oferta wykonawcy TOP 2001 - załącznik „wykaz narzędzi” został wypełniony odręcznie dużymi literami; w kolumnie 3 „Masa sprzętu” wpisano „do 2,5t” natomiast w kolumnie 5 „Informacja o podstawie do dysponowania wskazanym sprzętem” wpisano „WŁASNY”;
- oferta wykonawcy TOP 2001 - załącznik „wykaz realizowanych lub zrealizowanych

zamówień” został wypełniony odręcznie dużymi literami; w kolumnie 5 „Wartość zamówienia” wpisano „POWYŻEJ 100.000,00 zł brutto”.

Tak więc zarówno sposób wypełnienia tych załączników, w tym jej forma jest inna w każdej ze złożonych ofert.

Gwarancja ubezpieczeniowa (ten dokument też miał świadczyć o podobieństwie ofert) dla wykonawcy Garden-Com została wystawiona w dniu 2 lutego 2016 r., a dla wykonawcy PHU J.Z. w dniu 5 lutego 2016 r. Tak więc gwarancje te nie zostały wystawione w tym samym dniu. Tym samym powoływanie się na datę „21.05.2015 roku”, jako udowadniającą zmwę przetargową i odwoływanie się do innego postępowania dla stwierdzenia podobieństwa złożonych w tym postępowaniu ofert i uzupełnionych dokumentów jest chybione. Nie ma więc mowy o „daleko idącym podobieństwie” ofert złożonych przez wykonawców Garden-Com i PHU J.Z..

Odnosząc się do kwestii dotyczących złożonych gwarancji ubezpieczeniowych stwierdzić należy, iż rzeczywiście gwarancje ubezpieczeniowe wszystkich wykonawców, tj.: Garden-Com, PHU J.Z. oraz TOP 2001 zostały wystawione przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie. Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium Nr 02GG25/0275/16/0001 dla wykonawcy Garden-Com została wystawiona w dniu 2 lutego 2016 r. i podpisana przez J.B. – Specjalistę ds. ubezpieczeń

21

finansowych, ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium Nr 02GG25/0251/16/0001 dla wykonawcy PHU J.Z. została wystawiona w dniu 5 lutego 2016 r. i podpisana przez Milenę Wiszniewską – Głównego Specjalistę ds. ubezpieczeń finansowych, a ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium Nr 02GG25/0198/16/0001 dla wykonawcy TOP 2001 została wystawiona w dniu 3 lutego 2016 r. i podpisana przez J.B. – Specjalistę ds. ubezpieczeń finansowych. Gwarancje te zostały złożone w siedzibie zamawiającego odpowiednio: w dniu 5 lutego 2016 r. o godz. 13:20 (Garden-Com), w dniu 5 lutego 2016 r. o godz. 12:50 (PHU J.Z.) oraz w dniu 5 lutego 2016 r. o godz. 14:20 (TOP 2001). Gwarancje zostały wystawione w różnych dniach i przez dwie różne osoby oraz noszą różne, zresztą odległe numery.

Wadium, co jest niewątpliwe, powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert. Nie można natomiast żądać, aby było ono wniesione wcześniej. Termin składania ofert upływał w dniu 8 lutego 2016 r., godz. 8:45. Wadium w dopuszczonej przez zamawiającego formie należało złożyć w kasie Urzędu Miejskiego w Białymstoku a „potwierdzenie złożenia wraz z kopią złożonego dokumentu załączyć do oferty”. W taki też sposób (w terminie, formie i w miejscu wskazanym w SIWZ) wadium zostało wniesione przez ww. wykonawców. Wadium zostało wniesione w dniu poprzedzającym termin składania ofert. A ponadto w terminie wymaganym przez zamawiającego i umożliwiającym prawidłowe sporządzenie oferty (dowód wniesienia wadium miał być bowiem załączony do oferty). Z tego faktu (zachowania się w sposób zgodny z przepisami i wymagany przez zamawiającego), jak również wyżej wskazanych okoliczności (wystawienia gwarancji o odległych numerach, w różnych dniach, podpisania przez różne osoby) nie można wywodzić ujemnych skutków dla tych wykonawców i stawiać im zarzutu zmwę przetargowej.

Odnosząc się do kolejnego z podniesionych argumentów – strona 9 odwołania pkt XIV, tiret 8 („nadal (...) istnieją powiązania osobowe – rodzinne – Prezes TOP 2001 (...) jest szwagrem Pani (...) – siostra Pani (...) jest jego żoną” stwierdzić należy, że odwołujący MPO poza powołaniem się na wskazane powiązanie rodzinne i odwołanie wprost do treści Decyzji UOKiK Oddział w Bydgoszczy w żaden sposób nie wykazał, że istniejąca więź osobowa i rodzinna, mimo stwierdzenia w powołanej decyzji zaniechania stosowania określonych w decyzji praktyk, narusza określone zakazy, stanowiąc tym samym praktykę ograniczającą konkurencję. W żaden też sposób nie wykazał, że wskazani wykonawcy nie zaniechali praktyk piętnowanych w decyzji, na którą tak szeroko się powołuje.

Podnosząc kolejny argument odwołujący MPO odwołał się do innego postępowania prowadzonego przez tego zamawiającego. Jednak i w tym przypadku poza stwierdzeniem „(...) Spółka TOP 2001 udostępniła znaczącą ilość sprzętu firmie GARDEN-COM, sama nie składając oferty” nie podał, o jakich faktach miałoby to świadczyć i czego dowodzić. Wykonawca – zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - może bowiem polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia,

22

zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Odnosząc się do akcentowanych przez odwołującego TRAW-SAD powiązań osobowych pomiędzy tymi podmiotami stwierdzić należy, iż ofertę w imieniu wykonawcy Garden-Com przygotował i podpisał – jak oświadczył pełnomocnik tego wykonawcy na rozprawie - K.R., który nie jest już zatrudniony w konkurujących z Garden-Com firmach. Ofertę w imieniu wykonawcy PHU J.Z. przygotował i podpisał J.Z. a ofertę w imieniu TOP 2001 podpisała B.G. – Dyrektor ds. Sprzedaży, działająca na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 stycznia 2014 r. B.G. – jak również oświadczył K.R. – pełni nadzór nad wykonywaniem umów w jego firmie, jednakże nie bierze i nie brała udziału w przygotowaniu oferty jego firmy (Garden-Com). Nie przygotowywała również – jak stanowczo oświadczył pełnomocnik PHU J.Z. – oferty dla jego firmy. Wobec powyższego i w oparciu o te ustalenia nie można jednoznacznie stwierdzić, w tym konkretnym stanie faktycznym, istnienia powiązań na szczeblu decyzyjnym konkurujących firm. B.G. będąca Dyrektorem ds. Sprzedaży w TOP 2001 nie jest bowiem ani w firmie Garden-Com, ani też w firmie PHU J.Z. osobą podejmującą ważne decyzje strategiczne.

Odwołujący nie tylko, że nie wykazali udziału wykonawców: Garden-Com, PHU J.Z. oraz TOP 2001 w zмовie przetargowej, a więc tych wykonawców, których dotyczy powoływana w odwołaniach decyzja UOKiK, ale nie wykazali również, aby doszło do praktyk ograniczających konkurencję i aby w tych niedozwolonych praktykach uczestniczył wykonawca BEDNAREX. Istotnie wykonawca ten został wykluczony z postępowania (część III i IV zamówienia) na skutek nieuzupełnienia zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości wydanego przez właściwy Urząd Skarbowy, potwierdzającego brak zaległości podatkowych na dzień wystawienia tego dokumentu. Nie wykazano jednak żadnych związków pomiędzy tym wykonawcą a wykonawcami Garden-Com i PHU J.Z., które w konsekwencji miałyby doprowadzić do udzielenia zamówienia tym wykonawcom. Wykonawca BEDNAREX nie uczestniczył wcześniej – jak w wynika z pliku pism złożonych przez zamawiającego, a uzyskanych przez niego od innych zamawiających (GDDKiA Oddział w Białymstoku, Zarząd Dróg Miejskich w Chełmie, Starostwo Powiatowe we Włodowie, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie) - w postępowaniach o udzielenie zamówienia, bądź części zamówienia (GDDKiA Oddział w Białymstoku), w których o udzielenie zamówienia ubiegali się wykonawcy: Garden-Com, PHU J.Z. oraz TOP 2001. Nie wykazali również żadnych powiązań wykonawcy BEDNAREX z firmą SPECTARE, która – jak twierdzi odwołujący „TRAW-SAD” – ubiegała się o zamówienie w konsorcjum firm z wykonawcami PHU J.Z. oraz TOP 2001. Argument ten jest o tyle niezrozumiały, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i z tej racji nie mogą być różnicowani. Odwołujący „TRAW-SAD”

23

nie przedstawił również poza gołosłownymi twierdzeniami jakichkolwiek dowodów świadczących o tym, że wykonawca BEDNAREX realizuje zamówienie na rzecz GDDKiA Oddział w Białymstoku siłami TOP 2001. Jego twierdzenia pozostają w sprzeczności z oświadczeniem zamawiającego (GDDKiA Oddział w Białymstoku), w treści którego jednoznacznie wskazano, że „nie stwierdzono zatrudnienia przez firmę BEDNAREX pracowników obcych firm ani korzystania z zasobów innych podwykonawców. (...) pracownicy realizujący umowę są zatrudnieni w firmie BEDNAREX, a sprzęt wykorzystywany przy realizacji jest własnością firmy”. Dowodem na powyższe jest także złożone przez wykonawcę BEDNAREX oświadczenie oraz zestawienie pracowników realizujących to zadanie i wykaz wykorzystywanego sprzętu będącego własnością tego wykonawcy. Tym samym nie wykazano, aby wykonawca BEDNAREX uczestniczył w praktykach ograniczających konkurencję.

Sygn. akt KIO 281/16

Zarzut dotyczący przekazania odwołującemu BEDNAREX informacji o wykluczeniu z postępowania zawierającej sprzeczne ze sobą uzasadnienie faktyczne i prawne nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 19 lutego 2016 r. poinformował odwołującego BEDNAREX o wykluczeniu go z postępowania dla części III i IV a tym samym o odrzuceniu

jego oferty zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu, że „wykonawca po wezwaniu przez zamawiającego uzupełnił dokument – zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z datą 17 lutego 2016 r., który nie potwierdza spełnienia braku podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferty wykonawców wykluczonych uznaje się za odrzucone”.

Odwołujący BEDNAREX, kwestionując podane przez zamawiającego uzasadnienie wykluczenia go z postępowania, podniósł m. in., że jest ono wewnętrznie sprzeczne i nie opisuje w sposób wyczerpujący motywów czynności podjętej przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (...)”. Powyższy przepis nie określa, jak szczegółowe powinno być uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego, jednak nie

24

jest sporne w doktrynie i orzecznictwie, że uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy czy wykluczeniu go z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej, zatem treść zawiadomienia winna wskazywać przyczyny decyzji zamawiającego. To bowiem na zamawiającym ciąży obowiązek takiego przedstawienia uzasadnienia faktycznego podejmowanych w toku postępowania decyzji, aby wykonawcy mieli pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia ich z postępowania i odrzucenia oferty.

Przenosząc powyższe do przedmiotowego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż zamawiający podał w treści zawiadomienia, jak była przyczyna wykluczenia odwołującego BEDNAREX z postępowania, a tym samym odrzucenia jego oferty. W treści zawiadomienia jednoznacznie wskazał, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż „po wezwaniu zamawiającego uzupełnił dokument – zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z datą 17 lutego 2016 r., który nie potwierdza spełnienia braku podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania”. Zamawiający podał zarówno, o jaki dokument chodzi, jak również, iż dokument ten nie potwierdza spełnienia postawionego przez niego warunku. Stanowisko zamawiającego zostało wyrażone w sposób jasny i czytelny, umożliwiając odwołującemu BEDNAREX odniesienie się do wskazanych przez niego przyczyn, jako uzasadniających wykluczenia wykonawcy z tego postępowania. Odwołujący BEDNAREX mógł bowiem ustalić i niewątpliwie ustalił, na podstawie kwestionowanego obecnie uzasadnienia zawartego w przekazanej mu przez zamawiającego informacji, dlaczego określony dokument (zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z datą 17 lutego 2016 r.) nie zostało przez zamawiającego uznane jako potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z treści tej informacji (zawiadomienia) wynikało bowiem, jaka była przyczyna nieuznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Uzasadnienie to nie było również, wbrew twierdzeniom odwołującego BEDNAREX, wewnętrznie sprzeczne. Na jego podstawie odwołujący BEDNAREX uzyskał bowiem wystarczającą wiedzę o przyczynach wykluczenia go z postępowania, pozwalającą mu na podjęcie decyzji o obronie swych interesów w tym postępowaniu i wniesieniu odwołania. Prawdłowo więc odczytał zarówno podstawę prawną i faktyczną wykluczenia go z postępowania. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący braku podstaw do wykluczenia odwołującego BEDNAREX z postępowania, a tym samym odrzucenia jego oferty nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu”, pkt 2 wskazał, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy należy przedłożyć m.in. „aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego

25

potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie

wcześnie niż 3 miesiące przez upływem terminu składania ofert”.

Odwołujący BEDNAREX wraz z ofertą dla części III i IV nie złożył aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego.

Pismem z dnia 12 lutego 2016 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał tego wykonawcę, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący BEDNAREX, pismem z dnia 17 lutego 2016 r., złożył zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Chełmie z dnia 17 lutego 2016 r., w treści którego wskazano, że „nie ujawniono zaległości podatkowe Wnioskodawcy, (...)”, wg stanu na dzień 17.02.2016”.

Zamawiający w dniu 19 lutego 2016 r. poinformował odwołującego BEDNAREX o wykluczeniu go z postępowania dla części III i IV a tym samym o odrzuceniu jego oferty zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu, że „wykonawca po wezwaniu zamawiającego uzupełnił dokument – zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z datą 17 lutego 2016 r., który nie potwierdza spełniania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania.”.

Odwołujący BEDNAREX zakwestionował zasadność wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż odwołujący BEDNAREX nie złożył wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego brak zaległości podatkowych (dokumentu składanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu). Niewątpliwym jest także, iż wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia tego dokumentu, złożył dokument (zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydane przez Urząd Skarbowy w Chełmie z dnia 17 lutego 2016 r.), potwierdzający brak zaległości podatkowych na ten właśnie dzień, tj. 17 lutego 2016 r. Tymczasem dokumenty składane w postępowaniu mają potwierdzać stan z okresu 3 miesięcy przed składaniem ofert, aż do chwili ich składania. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem, że „złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”. Tymczasem z dokumentu (zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydane przez Urząd Skarbowy w Chełmie) złożonego przez odwołującego

BEDNAREX wynika jednoznacznie, że „nie ujawniono zaległości podatkowe Wnioskodawcy, (...) w/g stanu na dzień 17.02.2016” (zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydane przez Urząd Skarbowy w Chełmie z dnia 17.02.2016.). Tym samym nie potwierdza on stanu na dzień składania ofert, a więc na dzień 8 lutego 2016 roku, ale na dzień 17 lutego 2016 r.

Możliwym jest złożenie dokumentu wystawionego po terminie składania ofert, jednak wówczas z jego treści musi jednoznacznie wynikać, iż na dzień składania ofert, w tym przypadku na dzień 8 lutego 2016 r., nie ujawniono żadnych zaległości i wykonawca na ten konkretnie wskazany dzień ich nie posiada.

Podnoszona przez odwołującego BEDNAREX okoliczność jakoby złożenie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w zestawieniu z uzupełnionym dokumentem wskazuje na brak podstaw do wykluczenia go z postępowania nie znajduje uzasadnienia ani w obowiązujących przepisach prawa, ani też w utrwalonym już w tym zakresie orzecznictwie. Potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu służy przedłożenie ściśle określonych dokumentów, a w tym przypadku dokumentem takim miało być aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przez upływem terminu składania ofert. I to ten dokument, dokument o określonych cechach (wyżej już omówionych) miał być złożony. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący braku podstaw do wykluczenia odwołującego BEDNAREX z postępowania, a tym samym odrzucenia jego oferty nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale XII SIWZ „Wymagania dotyczące wadium”, pkt 11 wskazał, iż „zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, (...) lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę, jako najkorzystniejszej”.

Zamawiający w dniu 19 lutego 2016 r. poinformował odwołującego BEDNAREX o wykluczeniu go z postępowania dla części III i IV a tym samym o odrzuceniu jego oferty zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu, że „wykonawca po wezwaniu zamawiającego uzupełnił dokument – zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z datą 17 lutego 2016 r., który nie potwierdza spełniania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania.”.

27

Zamawiający zatrzymał wadium wniesione przez odwołującego BEDNAREX dla części III i IV zamówienia.

Odwołujący BEDNAREX zakwestionował czynność zatrzymania wadium dla części III i IV zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 46 ust. 4a ustawy Pzp stanowi, że „zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, (...) lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej”. Z powyższego więc wynika, że spełniona jest przesłanka zatrzymania wadium m.in. w przypadku, gdy wykonawca prawidłowo wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń wymaganych w postępowaniu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanego dokumentu nie złożył, przy czym zasada ta dotyczy tylko takiego wykonawcy, którego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą a brak uzupełnienia wskazanego w wezwaniu dokumentu wynikał z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Oznacza to, że w każdym przypadku przed podjęciem decyzji o zatrzymaniu wadium należy badać przyczyny, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia przez wykonawcę wymaganego dokumentu,

Przenosząc powyższe rozważania na ten konkretny stan faktyczny stwierdzić należy, iż odwołujący BEDNAREX złożył ofertę, która – gdyby wykonawca nie podlegał wykluczeniu – byłaby ofertą najkorzystniejszą dla części III i IV. Odwołujący BEDNAREX, co sam przyznał na rozprawie i co wynika z treści załączonego do odwołania dokumentu był w posiadaniu dokumentu aktualnego (zgodnego z rozporządzeniem w sprawie dokumentów) na dzień składania ofert (zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydane przez Urząd Skarbowy w Chelmie z dnia 10 grudnia 2015 potwierdzające brak zaległości podatkowych na dzień wystawienia tego dokumentu, tj. „10.12.2015”), jednak dokumentu tego nie przedłożył ani wraz z ofertą, ani też w wyniku jej uzupełnienia (zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Dokument taki przedłożył dopiero wraz z odwołaniem. Istotnie odwołujący BEDNAREX złożył, odpowiadając na wezwanie zamawiającego, brakujący dokument jednakże dokument ten nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Tymczasem „(...) przedłożenie na wezwanie dokumentu innego niż żądał zamawiający *de facto* oznacza brak prawidłowego dokumentu”. (wyrok SO w Gliwicach z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 268/09). Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten także się nie potwierdził.

28

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołujących w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

29

30