

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Katarzyna Prowadzisz
Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 roku przez odwołującego

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Lesznowola z siedzibą w Lesznowoli

przy udziale wykonawcy Jarper Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kolonii Warszawskiej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 1409/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Usług

Komunalnych Piaseczno Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

KIO 1409/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Lesznowola prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Lesznowola”, zwane dalej „postępowaniem” numer postępowanie: 2019/1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr UE z dnia 26 kwietnia 2019 r. Nr 2019/S 082-195177.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia równej lub większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 22 lipca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dopuszczenie się następujących naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art.24 ust.1 pkt. 12 ustawy, a w konsekwencji - odrzucenia jego oferty na podstawie art.24 ust.4

w związku z art.89 ust.1 pkt. 5 ustawy, z uwagi na fakt, iż wybrany wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w Rozdz. IV „Warunki udziału w postępowaniu” pkt. 1.3.2. SIWZ, w zakresie wymaganego Europejskiego Standardu Emisji Spalin, oświadczając w swojej ofercie, iż jeden ze wskazanych samochodów nie wypełnia powyższej normy;

2. zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie art.24 ust.1 pkt. 12 ustawy, a w konsekwencji - odrzucenia jego oferty na podstawie art.24 ust.4 w związku z art.89 ust.1 pkt. 5 ustawy, z uwagi na fakt, iż wybrany wykonawca, polegając na zasobach podmiotu trzeciego, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (SIWZ IV. 1.3.2.), w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) dotyczący podmiotu udostępniającego swoje zasoby techniczne (art. 25a ust.3 pkt. 1 ustawy) - „PARTNER D. A.” - sporządzony po terminie składania ofert;

3. zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art.89 ust.1 pkt. 7b ustawy, z uwagi na fakt, że wykonawca celem potwierdzenia zabezpieczenia oferty wymaganym wadium, załączył kopię GWARANCJI UBEZPIECZENIOWEJ ZAPŁATY WADIUM Nr 998056137754 z dnia 31.05.2019 r. wydaną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, wbrew jednoznaczному żądaniu Zamawiającego ujętemu w Rozdz.4 pkt. VII ppkt. 4 SIWZ. O tym, iż złożony dokument stanowi kopię wymaganego dokumentu stanowi fakt opatrzenia tego dokumentu podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do reprezentowania wybranego wykonawcy;

4. naruszenie art.91 ust.1 ustawy poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona;

5. z ostrożności procesowej Odwołujący postawił również zarzut zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art.24 ust.1 pkt. 20 ustawy.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Odwołujący wniósł, o uwzględnienia odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12 lipca 2019 r.;
2. wykluczenie wykonawcy JARPER Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kosowskiej, na podstawie przepisu art.24 ust.1 pkt. 12 ustawy;
3. odrzucenia oferty wykonawcy JARPER Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kosowskiej, na podstawie art.24 ust.4 w związku z art.89 ust.1 pkt. 5 oraz na podstawie art.89 ust.1 pkt. 7b ustawy;
4. dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej;
5. w przypadku uznania przez Izbę zasadności zarzutu ujętego w pkt. 5 - również wykluczenia wykonawcy JARPER na podstawie przepisu art. 24 ust.1 pkt. 20 ustawy.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, bowiem w następstwie naruszeń obowiązujących przepisów ustawy przez Zamawiającego przy ocenie, a w konsekwencji także przy wyborze oferty wskazanego wykonawcy, Odwołujący poniesie szkodę z uwagi na nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego, po wykluczeniu wybranego wykonawcy i odrzuceniu jego oferty, stanowić będzie - w świetle przyjętych kryteriów wyboru - ofertę najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podniósł, że wskazane naruszenia prawa przez Zamawiającego, polegające na zaniechaniu czynności, do których był on zobowiązany, skutkowały podjęciem wadliwej decyzji Zamawiającego o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty firmy JARPER.

Odnosząc się szczegółowo do postawionych zarzutów Odwołujący podnosi co następuje:

Ad. pkt. 1

Brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wymaganego poziomu Europejskiego Standardu Emisji Spalin.

Wbrew stanowczemu wymaganiu Zamawiającego, ujętemu w Rozdz. IV „Warunki udziału w postępowaniu” pkt. 1.3.2. SIWZ „Wykonawca musi wykazać, iż dysponuje do wykonania zamówienia następującym potencjałem technicznym tj. samochodami spełniającymi Europejski Standard Emisji Spalin minimum EURO 5”

Wybrany wykonawca w złożonej ofercie w pkt. 2 ppkt. 6 „samochód przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz do transportu kontenerów i prasokontenerów o pojemności powyżej 10 m3 do 40 m3” oświadczył, iż wykonywać będzie zamówienie samochodem marki SCANIA o nr. rej. WPI 7CJ7 osiągającym Europejski Standard Emisji Spalin na poziomie EURO 4.

W piśmie z dnia 6 czerwca 2019 r. (RZP.271.5.04.06.2019) Zamawiający informując wybranego wykonawcę o dokonanych, w trybie art. 87 ust.2 ustawy, poprawkach treści jego oferty, nie wskazał przy tym jednak, iż w tym zakresie poprawił (zmienił) w jakikolwiek sposób treść oferty.

Ad. pkt. 2.

Niezłożenie przez wykonawcę, w terminie składania ofert, Jednolitego Dokumentu Zamówienia sporządzonego przez podmiot udostępniający swoje zasoby i uzupełnienie tego powyższego braku w sposób nieuprawniony.

Wykonawca JARPER, zgodnie z treścią złożonej oferty i złożonym wraz nią jednolitym Dokumentem Zamówienia, oświadczył, iż potwierdzenie spełnienia warunku udziału dotyczącego dysponowania pojazdami, dokonuje w trybie art. 22a ustawy, tzn. polegając na zasobach udostępnianych mu przez wskazany podmiot trzeci - firmę PARTNER D. A.

W takich okolicznościach, zgodnie z przepisem art. 25a ust.3 ustawy, wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty, aktualne na dzień składania ofert oświadczenie podmiotu udostępniającego wykonawcy swoje zasoby, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w formie jednolitego dokumentu zamówienia (art. 25a ust.2 ustawy). Ponieważ wybrany wykonawca nie załączył wymaganego dokumentu, Zamawiający - działając w trybie art. 26 ust.3 ustawy - pismem z dnia 14 czerwca 2019 r. wezwał wykonawcę do złożenia, w terminie do 19 czerwca 2019 r. - brakującego dokumentu.

W wyznaczonym terminie wykonawca JARPER złożył, wraz z innymi żądanymi przez Zamawiającego dokumentami, oświadczenie przedsiębiorcy PARTNER D. A.,

w formie Jednolity Europejski Dokument Zamówienia z dnia 18 czerwca 2019 r. Świadczy o tym bezspornie treść podpisu elektronicznego firmy PARTNER D. A., z której jednoznacznie wynika, iż powyższe oświadczenie zostało złożone w dniu 18 czerwca 2019 r. o godz. 13:57:55.

Mając na uwadze obowiązek dokonywania prounijnej wykładni prawa warto wskazać na:

1) wskazówki interpretacyjne ujęte w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 w którym w Załączniku I „Instrukcje” wskazano, między innymi:

„Ofertom w procedurze otwartej (...) musi towarzyszyć jednolity europejski dokument zamówienia, wypełniony przez wykonawców w celu dostarczenia wymaganych informacji. (...)

Wykonawcy mogą zostać wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia lub podlegać odpowiedzialności karnej na mocy prawa krajowego w przypadkach poważnego wprowadzenia w błąd przy wypełnianiu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.”

2) przepis art.59 („Jednolity europejski dokument zamówienia”) dyrektywy 2014/24/UE, w ust.1 stanowi, iż „W chwili składania (...) ofert instytucje zamawiające przyjmują jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny (...)”, a przepis ust. 4 akapit drugi ostatnie zdanie cytowanego art. 59 wskazuje, iż: „Instytucja zamawiająca może zwrócić się do wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń otrzymanych zgodnie z art. 60 i 62.”

Tak więc, w świetle przepisów prawa unijnego brak jest uprawnienia - podstaw prawnych - do możliwości złożenia Jednolitego Dokumentu Zamówienia, jaki winien był złożyć wykonawcy podmiot udostępniający swoje zasoby przed terminem złożenia oferty przez wykonawcę - już po terminie składania ofert. A tym bardziej - do sporządzania takiego dokumentu dopiero po upływie terminu do składania ofert.

Dodatkowym argumentem, za zasadnością i poprawnością poglądu i oceny wyrażanej przez Odwołującego, jest powszechnie już znany wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 (Manova), w którego konkluzji Trybunał, rozstrzygając o możliwości uzupełniania brakujących, wymaganych dokumentów, stwierdził, iż jest to dopuszczalne, ale tylko w odniesieniu do takich dokumentów „co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem [zakreślonego] terminu.”

Należy również mieć na uwadze sens i znaczenie oświadczenia składanego w formie

Jednolitego Dokumentu Zamówienia Publicznego, które stanowi, na co zgodnie wskazują zarówno ustawodawca unijny jak i krajowy - „dowód wstępny” (art. 59 ust.1 dyrektywy 2014/24/UE); „wstępne potwierdzenie” (art. 25a ust.1 ustawy). A to oznacza, że przedmiotowe oświadczenie musi zostać złożone ex ante - przed upływem terminu do składania ofert, a nie jako oświadczenie, które może zostać złożone ex post - po terminie składania ofert. Przy czym oczywiście Odwołujący wyraźnie rozróżnia termin złożenia oświadczenia - musi nastąpić przed terminem składania ofert, od terminu złożenia dokumentu obejmującego treść oświadczenia - może zdarzyć się, iż zostanie przekazany Zamawiającemu po terminie składania ofert (np. w trybie art. 26 ust.3 ustawy).

Fakt, iż w treści dokumentu podmiot udostępniający swoje zasoby wskazał datę jego

sporządzenia „03-06-2019”, nie może zmieniać logicznej konstatacji, iż to oświadczenie (jak i każde inne oświadczenie) zostało złożone dopiero z chwilą podpisania tego dokumentu, a to stało się ponad 2 tygodnie później - 18 czerwca 2019 r., na co w sposób bezsporny wskazuje złożony podpis elektroniczny.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca JARPER, składając ofertę w dniu 3 czerwca 2019 r. nie dysponował, to jest nie posiadał wymaganego oświadczenia podmiotu trzeciego. O ile, przed wprowadzeniem elektronizacji postępowań, powyższy problem - kwestia terminu złożenia wymaganego oświadczenia była praktycznie niemożliwa do wykazania lub udowodnienia, o tyle w aktualnym stanie prawnym i obowiązku składania dokumentów i oświadczeń w formie elektronicznej podpis elektroniczny jest w tym względzie dowodem „bezlitosnym”, precyzyjnie i jednoznacznie ujawniając nie tylko datę ale nawet i godzinę złożenia określonego oświadczenia.

Ad. pkt. 3

Udokumentowanie wniesienia wadium kopią gwarancji wadialnej.

Zgodnie z postanowieniami ujętymi w Rozdz.4 pkt. VII ppkt. 4 SIWZ, Zamawiający zawarł następujące wymaganie:

Wadium wnoszone w formach określonych w pkt od 2.2) do 2.5) [pkt. 2.4. - gwarancja ubezpieczeniowa. Dopisek własny] należy załączyć do oferty w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu (gwaranta).

O tym, iż złożony Zamawiającemu dokument przez wykonawcę JARPER jest kopią wymaganego dokumentu stanowi fakt opatrzenia tego dokumentu podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do reprezentowania wybranego wykonawcy. Zgodnie z przepisami §5 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych podpisanie dokumentu przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu za zgodność.

Ad. pkt. 5

Prawdopodobieństwo zawarcia porozumienia przez wybranego wykonawcę, mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazana przesłanka wykluczenia ujęta przepisem art. 24 ust.1 pkt. 20 ustawy, będąca obligatoryjną przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania, stanowi implementację fakultatywnej przesłanki wykluczenia ujętej w prawie unijnym przepisem art. 57 ust.4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE, wskazującej, iż zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania jeżeli „może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”.

Mając na uwadze niezwykle ograniczone instrumentarium prawne i faktyczne, jakim dysponuje Odwołujący, (jak każdy wykonawca), stawiając zarzut w tym zakresie, Odwołujący wskazuje na poniższe okoliczności, będące wiarygodnymi przesłankami do uznania zasadności stawianego zarzutu:

1) w przedmiotowym przetargu swoje oferty złożyli, między innymi:

a) wykonawca JARPER sp. z o.o.;

b) wykonawca Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowa 1, reprezentowana, zgodnie z aktualnym wpisem do KRS przez Prezesa Zarządu - p. E. A.,

2) swoje zasoby techniczne, pozwalające na potwierdzenie spełniania warunków udziału wykonawcy JARPER, udostępnił podmiot „PARTNER D. A.”, mający swoją siedzibę w Warszawie, ul. Płytowa 1;

- 3) cena ofertowa zaoferowana przez wykonawcę JARPER stanowi 99,5% ceny zaoferowanej przez wykonawcę Partner Sp. z o.o.
- 4) siedziba obydwu firm - Partner Sp. z o.o. jak PARTNER D. A. - znajduje się pod tym samym adresem - Warszawa ul. Płytowa 1;
- 5) obydwaj przedsiębiorcy wskazują swoje adresy mailowe obsługiwane na tym samym serwerze: „Partner Sp. z o.o.” - „przetargi@partner-a...”, przedsiębiorca „Partner D. A.” - „biuro@partner-a...”,
- 6) można racjonalnie przyjąć, iż z uwagi na zbieżność nazwisk, pomiędzy p. E. A., a p. D. A. istnieje stosunek małżeństwa, pokrewieństwa lub powinowactwa;
- 7) trudno przyjąć, jako pomyłkę, iż w treści oferty złożonej przez Partner Sp. z o.o. w pkt. 15, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust.5 pkt. 1 ustawy, wskazano zarówno adres internetowy Krajowego Rejestru Sądowego (właściwy dla Spółki), jak i adres internetowy Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej (właściwy dla przedsiębiorcy D. A.);
- 8) o bliskiej współpracy tych firm, świadczy również fakt, że : Partner sp. z o.o., PARTNER D. A. i JARPER sp. z o.o., w ramach utworzonego konsorcjum, od 1 lipca (przez następne 3 lata) odbierają odpady komunalne w następujących dwóch dzielnicach m. st. Warszawy: Białołęka, Targówek.

Wszystkie powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego, stanowią wiarygodne przesłanki, pozwalające z wysokim stopniem prawdopodobieństwa przyjąć tezę, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do zabronionych ustaleń czy też porozumień, które miały na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami i doprowadzić w praktyce do rozstrzygnięcia postępowania pomiędzy wykonawcami JARPER Sp. z o.o. oraz Partner Sp. z o.o.

Mając na uwadze wskazane okoliczności Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu jak w petitum sprawy.

Dnia 24 lipca 2019 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu, w dniu 5 lipca 2019 roku Odwołujący złożył oświadczenie, iż wycofuje zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art.89 ust.1 pkt. 7b ustawy, z uwagi na fakt, że wykonawca celem potwierdzenia zabezpieczenia oferty wymaganym wadium, załączył kopię GWARANCJI UBEZPIECZENIOWEJ ZAPŁATY WADIUM Nr 998056137754 z dnia 31.05.2019 r. wydaną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, wbrew jednoznaczному żądaniu Zamawiającego ujętemu w Rozdz.4 pkt. VII ppkt. 4 SIWZ. O tym, iż złożony dokument stanowi kopię wymaganego dokumentu stanowi fakt opatrzenia tego dokumentu podpisem elektronicznym osoby uprawnionej, wskazany w petitum odwołania jako zarzut trzeci.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 lipca 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 12 lipca 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu - co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wzięły pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje:

W postępowaniu zostały złożone 4 oferty:

1. Oferta nr 1

„BYS” W. B. ul. Arkuszowa 43 01-934 Warszawa - cena brutto (łącznie z podatkiem VAT) w zł: 31.212.000,00 PLN.

Liczba samochodów, które będą użyte przez Wykonawcę do wykonania zamówienia spełniających normę emisji spalin EURO 6: 12 szt.

2. Oferta nr 2

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. ul. Techniczna 6 05-500 Piaseczno - cena brutto (łącznie z podatkiem VAT) w zł: 24.649.920,00 PLN.
Liczba samochodów, które będą użyte przez Wykonawcę do wykonania zamówienia spełniających normę emisji spalin EURO 6: 6 szt.

3. Oferta nr 3

„PARTNER” sp. z o.o. ul. Płykowa 1 03-046 Warszawa - cena brutto (łącznie z podatkiem VAT) w zł: 20.196.000,00 PLN.

Liczba samochodów, które będą użyte przez Wykonawcę do wykonania zamówienia spełniających normę emisji spalin EURO 6: 5 szt.

4. Oferta nr 4

„JARPER” sp. z o.o. Al. Krakowska 108a Kolonia Warszawska 05-552 Wólka Kosowska - cena brutto (łącznie z podatkiem VAT) w zł: 20.095.938,00 PLN.

Liczba samochodów, które będą użyte przez Wykonawcę do wykonania zamówienia spełniających normę emisji spalin EURO 6: 8 szt.

W treści SIWZ (dalej SIWZ) Rozdziale 2 pkt IV ppkt 3.9. Zamawiający wymagał:

W przypadku gdy Wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów, zobowiązany jest przedłożyć wraz z ofertą wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdy z tych podmiotów odrębny formularz JEDZ. Podmiot, na którego zdolnościach polega Wykonawca w celu wykazania braku istnienia wobec niego podstaw wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, wypełnia Część II sekcja A i B, Część III (podstawy wykluczenia) oraz Część IV sekcja a (nie należy wypełniać żadnej z pozostałych sekcji (A, B, C, D)).

Zamawiający ustanowił m.in. warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału technicznego wykonawcy (SIWZ Rozdział IV. Pkt 1.3.2)

IV. Warunki udziału w postępowaniu.

1.3.2. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym;

- 1) Wykonawca musi wykazać, iż dysponuje do wykonania zamówienia następującym potencjałem technicznym tj. samochodami spełniającymi Europejski Standard Emisji Spalin minimum EURO 5:
 - 2) co najmniej 6 samochodami specjalnymi (śmieciarkami) przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych z pojemników o pojemności od 120 l do 1100 l o pojemności skrzyni min. 21 m³ i funkcji kompaktującej,
 - 3) co najmniej 1 samochodem specjalnym (śmieciarką) przystosowanym do odbierania odpadów komunalnych z pojemników o pojemności od 120 l do 1100 l o pojemności skrzyni min. 7 m³ i funkcji kompaktującej,
- 4) co najmniej 3 samochodami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych,
- 5) co najmniej 1 samochodem przystosowanym do odbierania odpadów komunalnych bez funkcji kompaktującej,
- 6) co najmniej 1 samochodem przystosowanym do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz do transportu kontenerów i prasokontenerów o pojemności od 5 m³ do 10 m³,
- 7) co najmniej 1 samochodem przystosowanym do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz do transportu kontenerów i prasokontenerów o pojemności powyżej 10 m³ do 40 m³,
- 8) co najmniej 1 samochodem przystosowanym do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych wyposażonym w HDS umożliwiającym opróżnianie pojemników typu „dzwon” o pojemności 2000 l lub pojemników podziemnych np. typu „BOEM”,
- 9) co najmniej 1 samochodem specjalnym służącym jako mobilny punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych.

W Rozdziale V SIWZ określił Tryb i zasady wyboru najkorzystniejszej oferty.

W celu wyboru najkorzystniejszej oferty dla przedmiotowego zamówienia publicznego, Zamawiający przyjął następujące kryteria oceny ofert przypisując im następującą wagę procentową:

(...)

- > Aspekt ekologiczny - samochody spełniające europejski standard emisji spalin EURO 6

(„E”) - 40%

3. Zasady oceny ofert według ustalonych kryteriów:

(...)

- > Aspekt ekologiczny - samochody spełniające europejski standard emisji spalin EURO 6

(„E”) - 40%

Ocena ofert w kryterium „Aspekt ekologiczny - samochody spełniające europejski standard emisji spalin EURO 6” dokonywana będzie na podstawie oświadczenia Wykonawcy dotyczącego pojazdów przeznaczonych do realizacji niniejszego zamówienia spełniających normę emisji spalin EURO 6, którymi dysponuje Wykonawca, zawartego w formularzu „OFERTA” w następujący sposób: za każdy pojazd spełniający europejski standard emisji spalin EURO 6 zostanie przyznanych 5 pkt.

Wykonawca w ramach przedmiotowego kryterium może otrzymać maksymalnie 40 pkt.

(8 pojazdów x 5 pkt za każdy pojazd = 40 pkt). Jeżeli Wykonawca zaproponuje więcej niż 8 pojazdów spełniających europejski standard emisji spalin EURO 6, wówczas otrzyma również maksymalną liczbę punktów tj. 40 pkt.

Liczbę samochodów, markę, numery rejestracyjne oraz europejski standard emisji spalin EURO odpowiadający poszczególnym pojazdom Wykonawca zobowiązany jest podać w formularzu „OFERTA”.

W przypadku, gdy Wykonawca w formularzu „OFERTA” nie wskaże w ogóle pojazdów spełniających europejski standard emisji spalin EURO 6, wówczas otrzyma w przedmiotowym kryterium 0 pkt.

Izba ustaliła, że Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez korzystanie zasobów innego podmiotu, jednak wraz z ofertą nie zostało złożone oświadczenie JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2019 roku wezwał Przystępującego do złożenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, Przystępujący złożył oświadczenie JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby, z datą sporządzenia 3 czerwca 2019 roku.

Izba ustaliła, że Przystępujący w pkt 2 formularza oferty, wskazał 8 pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6. Ponadto wskazał inne pojazdy, które nie spełniały normy emisji spalin EURO 6, w tym w pozycji 6 - samochód przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz do transportu kontenerów i prasokontenerów o pojemności od 5 m³ do 10 m³ spełniający normę emisji spalin EURO 4.

Pismem z dnia 19 czerwca 2019 roku Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 Pzp, m.in. do złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ, w terminie do dnia 2 lipca 2019 roku.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył wymagane oświadczenia i dokumenty. Na potwierdzenie warunku udziału dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym Przystępujący wykazał dysponowanie pojazdami, wymaganymi w treści SIWZ spełniającymi normę emisji spalin EURO 5 i EURO 6. W pozycji 6 został wskazany samochód przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz do transportu kontenerów i prasokontenerów o pojemności od 5 m³ do 10 m³ spełniający normę emisji spalin EURO 5.

W dniu 12 lipca 2019 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Partner Sp. z o.o. na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7b Pzp w związku z brakiem wniesienia wadium lub wniesieniem wadium w sposób nieprawidłowy.

Izba zważyła co następuje:

Odwwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia

czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust.1 pkt. 12 ustawy, a w konsekwencji - odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art.89 ust.1 pkt. 5 ustawy, z uwagi na fakt, iż wybrany wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu zarzut należy uznać za chybiony.

Odwolujący sformułował powyższy zarzut wyłącznie w oparciu o formularz ofertowy, pkt. 2, w którym należało wskazać - dla celów oceny ofert w kryterium aspekt ekologiczny - pojazdy spełniające normę emisji spalin na poziomie EURO 6. W ramach tego kryterium Zamawiający przyznawał punkty za realizację zamówienia z użyciem samochodów spełniających europejski standard emisji spalin EURO 6.

W formularzu oferty należało więc wskazać pojazdy na potrzeby oceny ofert w ramach powyższego kryterium odnoszącego się do normy EURO 6 a nie na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do normy EURO 5, co wyraźnie zostało zawarte w SIWZ w Rozdziale 5 pkt V ppkt. 3, przy opisie sposobu przyznawania punktów w ramach kryterium aspekt ekologiczny. Wykonawca mógł nie wypełniać formularza oferty zakresie pkt. 2, co skutkowało by nie przyznaniem mu punktów a nie wykluczeniem z postępowania czy odrzuceniem oferty. Zatem, co należy wyraźnie podkreślić, informacje zawarte w pkt 2 formularza oferty służyły jedynie ocenie, czy wykonawca będzie realizował zamówienie z użyciem pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6, a co za tym idzie przyznaniu odpowiedniej ilości punktów w ramach kryterium oceny ofert - aspekt ekologiczny. Wszelkie inne informacje, które zostały podane przez wykonawców w tym punkcie nie były istotne dla oceny oferty, dlatego nie było podstawy do ich poprawiania, jak wnioskuje Odwołujący. Nie mogły stanowić również podstawy oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać należy, że postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej”, zgodnie z którą, potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu następuje w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje wyboru oferty, która na podstawie kryteriów określonych w SIWZ zostaje najwyżej oceniona, uzyskuje najwyższą ilość punktów, a następnie w stosunku do tego wykonawcy kieruje wezwaniem w trybie art. 26 ust. 1 Pzp lub 26 ust. 2 Pzp (w zależności od wartości postępowania) do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego składa oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia oraz potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, i dopiero w oparciu o tak złożone oświadczenia lub dokumenty Zamawiający dokonuje m.in. oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym, w zakresie wymaganej zdolności technicznej, zgodnie z którą wykazał, że do wykonania zamówienia użyje samochodów spełniających Europejski Standard Emisji Spalin minimum EURO 5, podając opis pojazdów, markę wraz z numerami rejestracyjnymi oraz osiąganą przez pojazd normę emisji spalin. Nie było zatem podstaw do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp, bowiem wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, iż Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się w odwołaniu do powyższego oświadczenia z dnia 1.07.2019 r., składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które jednoznacznie potwierdzało spełnienie stawianych warunków, lecz sformułował zarzut odnosząc się do oświadczenia składanego w innym celu, tj. w celu oceny oferty w kryterium aspekt ekologiczny.

W ocenie Izby, Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ i wezwaniem Zamawiającego.

Zarzut odwołania nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym i należało go uznać

za chybiony.

W zakresie zarzutu drugiego, zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie art. 24 ust.1 pkt. 12 ustawy, a w konsekwencji - odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust.1 pkt. 5 ustawy, z uwagi na fakt, iż wybrany wykonawca, polegając na zasobach podmiotu trzeciego, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (SIWZ IV. 1.3.2.), w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) dotyczący podmiotu udostępniającego swoje zasoby techniczne - „PARTNER D. A.” - sporządzony po terminie składania ofert, zarzut również należy uznać za chybiony.

Z treści oferty Przystępującego wynika, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy realizacji zamówienia będzie on korzystał z potencjału innego podmiotu. Do oferty zostało załączone zobowiązanie podmiotu trzeciego „Partner D. A.” datowane na dzień 31 maja 2019 r., potwierdzające oddanie do dyspozycji Przystępującego niezbędne zasoby techniczne na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z zapisami SIWZ (Rozdział 2 pkt 3 ppkt 3.9) jeżeli wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu wraz z ofertą winien złożyć oświadczenie JEDZ dla tego podmiotu, w sposób opisany w SIWZ. Do oferty Przystępującego nie zostało załączone oświadczenie JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby, zatem Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać Przystępującego do złożenia brakującego oświadczenia. Zgodnie z treścią z art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Uzupełnione oświadczenie wykonawca składa w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego - czyli po terminie składania ofert, jednakże jego istotą jest to, aby w swej treści odnosiło się ono do stanu na dzień składania ofert i potwierdzało okoliczności aktualne na ten dzień. Oświadczenie JEDZ stanowi bowiem wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Powyższe, w ocenie Izby wskazuje na aktualność danych zawartych w oświadczeniu JEDZ podmiotu „Partner D. A.” na dzień składania ofert tj. 3 czerwca 2019 roku.

Izba w pełni podziela argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz w przywołanych tam wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej. Izba podkreśla, że na Zamawiającym ciąży obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp dotyczący wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia czy poprawienia oświadczenia JEDZ, bez względu na to czy wykonawca nie złożył w ogóle, złożył z błędami czy złożył jedynie w części wymagane oświadczenie. Dyspozycja art. 26 ust. 3 Pzp zrównuje powyższe okoliczności, nakazując zamawiającemu w każdej z powyższych sytuacji do wezwania, uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia lub dokumentu. Twierdzenie Odwołującego, iż przepis odnosi się jedynie do sytuacji, kiedy zostało złożone błędne lub niekompletne oświadczenie, nie jest prawidłowe.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego, dotyczącego zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art.24 ust.1 pkt. 20 ustawy, Izba uznała zarzut za chybiony.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy Pzp:

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Definicja zmywy przetargowej wskazana została w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów dalej u.o.k.k. W świetle powyższego przepisu zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu

lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozróżnia trzy podstawowe rodzaje takich mechanizmów, tj.: oferty kurtuazyjne, ograniczanie ofert (mechanizm podziału rynku) oraz rozstawianie i wycofywanie ofert. Przykładem zmowy przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami jest celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów i tym samym wykluczenia tego wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą cenę (czyli celowe wpływianie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzje zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania), tak aby w konsekwencji doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy, proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmowie (wyr. KIO z 14 września 2010 r., sygn. KIO/UZP 1874/10). Innymi mechanizmami zmwó przetargowych, są tzw. oferty kurtuazyjne, tj. oferty

zawierające celowo zawyżone warunki, aby uwiarygodnić ofertę, która „powinna” wygrać albo pokazać „konkurencyjność” przetargu. Jeszcze inną postacią zmowy jest porozumienie o ograniczeniu składania ofert, kiedy to wykonawcy ustalają, że pomimo zainteresowania przetargiem nie wezmą w nim udziału, wówczas dana oferta będzie brana pod uwagę, nawet pomimo „zawyżonej” ceny (zob. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Broszura pt. „Zmowy przetargowe”, Warszawa 2003).

Zmowa przetargowa, to rodzaj horyzontalnego (zawartego pomiędzy konkurentami) porozumienia zaliczanego do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji. Porozumienia takie zazwyczaj wywołują niekorzystne skutki na rynku, ograniczając albo eliminując na nim konkurencję, przez co naruszają interes ogólnospołeczny. Uzgodnienie pomiędzy konkurentami treści składanych w trakcie przetargu ofert oraz zachowania w toku prowadzonego przetargu mogą wpływać negatywnie na poziom cen oraz zakres wyboru i jakość usług dostępnych dla Zamawiającego. Zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmwó przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu jako pola walki konkurencyjnej. Zmowy przetargowe są szczególnie szkodliwe jeżeli dotyczą zamówień publicznych, powodują bowiem niekorzystne rozporządzenie środkami publicznymi, przez co pośrednio narażają na straty ogół społeczeństwa. Zmowy przetargowe powodują zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów w warunkach konkurencji (por. Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr RWR 6/2017 z 11 października 2017 r.)

Zmowa przetargowa jest jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji zatem dowody na jej istnienie nie mogą pozostawiać wątpliwości co do istnienia zmowy. Dowodami takimi może być np. Decyzja Prezesa UOKiK o stwierdzeniu zmowy przetargowej czy wyrok sądu powszechnego. Tym bardziej dowody poszlakowe - muszą być na tyle silne aby dawały jednoznaczną podstawę do jej stwierdzenia (por. Wyrok KIO z 30 kwietnia 2018 roku w sprawach połączonych KIO 504/18 oraz KIO 517/18).

Izba podziela również argumentację zawartą w wyroku KIO 2213/17 z 10 listopada 2017 roku „Stwierdzenie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Nie jest dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców, co do których takie wątpliwości występują, a także nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego postępowania, wskazać należy że Odwołujący nie przedstawili żadnych racjonalnych dowodów wskazujących, iż doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Wskazanie na istnienie powiązań o charakterze prywatnym, wspólny adres, serwer czy wspólne ubieganie się w innych przetargach o zamówienie przez Przystępującego, Wykonawcę Partner Sp. z o.o. i podmiot użyczający zasobów technicznych Przystępującemu „Partner D. A.” nie stanowi wystarczającego dowodu na wykazanie czy uprawdopodobnienie zawarcia takiego porozumienia. Okoliczności te należy postrzegać raczej w kontekście przypadkowych zdarzeń. Przedstawiona przez Odwołujących argumentacja nie stanowi logicznego ciągu zdarzeń i okoliczności mających udowodnić czy uprawdopodobnić, że ww. wykonawcy współpracowali ze sobą przy sporządzaniu i składaniu ofert w przedmiotowym przetargu oraz że uzgadniali zachowania mające na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z przedsiębiorców, który

zaoferował wyższą cenę.

Stwierdzenie istnienia porozumienia pomiędzy stronami (które Odwołujący sformułował jako prawdopodobne) mogłoby w niniejszej sprawie polegać na zestawieniu wszelkich zachowań wykonawców, które pośrednio mogłyby wskazywać na zawarcie porozumienia, a następnie na analizie, czy dla zachowań tych nie istnieje inne racjonalne wyjaśnienie, niż hipoteza o zawarciu porozumienia.

Izba przywołuje Decyzję nr DOK-1/2019 z 12 marca 2019r. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: Zgodnie jednak z utrwalonym orzecznictwem stwierdzenie faktu zawarcia porozumienia mogłoby zostać w niniejszej sprawie wykazane za pomocą domniemań faktycznych, o których mowa w art. 231 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (t.j.:Dz. U. z 2018 r. poz. 155). Jak wynika z orzecznictwa wykształconego w odniesieniu do tego przepisu (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 17 marca 2017r., sygn. V ACa 169/16), (domniemanie faktyczne polega na tym, że sąd na podstawie ustalenia jednych faktów wnioskuje o istnieniu innych. Sąd ma w takim wypadku zupełną swobodę wnioskowania na podstawie całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania dowodowego. Musi ono być jednak poprawne z punktu widzenia zasad logiki. Możliwe jest więc dokonanie ustalenia na podstawie domniemania faktycznego wówczas, gdy wniosek taki nasuwa się z pewnością lub ze szczególnie dużą dozą prawdopodobieństwa, natomiast wniosek przeciwny nie ma w danych okolicznościach żadnego uzasadnienia, bądź też jest wysoce mało prawdopodobny. W odniesieniu do udowadniania porozumień ograniczających konkurencję za pomocą tego typu domniemań w orzecznictwie przyjmuje się, że porozumienie ograniczające konkurencję można uznać za wykazane wtedy, kiedy zachowania stron postępowania nie da się racjonalnie wytłumaczyć inaczej, niż tylko zawarciem pomiędzy nimi porozumienia (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. XVII AmA 117/05).

Wskazać należy, że Odwołujący zarzucając Przystępującemu zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu między wykonawcami i wskazując okoliczności, które w Jego ocenie potwierdzają ten zarzut, w żaden sposób nie odniósł się i nie wykazał na czym to zakłócenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu miało polegać. Nie wskazał, nawet nie uprawdopodobnił, że zawarcie takiego porozumienia będzie prowadzić do utrudnienia dostępu do rynku.

Przywołane okoliczności, aby mogły potwierdzić stawiany zarzut, winny prowadzić do logicznego wniosku potwierdzającego cel zawarcia takiego porozumienia, którym jest zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

Stawiany zarzut wydaje się tym bardziej niezasadny w świetle okoliczności, że oferta Przystępującego była ofertą z najniższą ceną a oferta wykonawcy Partner Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b, w związku z brakiem wniesienia wadium. Nie można również stwierdzić że ww. wykonawcy złożyli oferty jako podmioty pozornie ze sobą konkurujące. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył i uzupełnił brakujące dokumenty, nie mając (w dacie uzupełniania i składania dokumentów) wiedzy, że oferta wykonawcy Partner Sp. z o.o. zostanie odrzucona z postępowania.

W konsekwencji, złożenie oferty przez Partner Sp. z o.o. nie miało żadnego wpływu na pozycję oferty Przystępującego, która była ofertą najtańszą. Zachowanie Przystępującego wyklucza możliwość zawarcia niedozwolonego porozumienia, w przeciwnym razie nie uzupełnił by na wezwanie Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, dążąc do wykluczenia go z postępowania, i wyboru oferty Partner Sp. z o.o.

Za niezasadny Izba uznała również argument że zawarcie konsorcjum pomiędzy podmiotami w celu realizacji innego postępowania stanowi dowód na zawarcie umowy przetargowej. Należy zauważyć, że wszystkie te podmioty zajmują się działalnością w zakresie odbioru odpadów komunalnych, dlatego zarzut, iż wykonawcy ci biorą udział w innych, większych postępowaniach sumując swoje potencjały, nie może być samoistną podstawą do uznania istnienia umowy przetargowej .

W Ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, nawet nie uprawdopodobnił, że nastąpiło zawarcie porozumienia, którego celem jest zakłócenie konkurencji między wykonawcami przedmiotowego postępowania, polegającego na dokonywaniu uzgodnień czy zachowań

wpływających na ostateczny wynik przetargu.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego Odwołującego - zestawienia dat i godzin podpisania kluczowych dokumentów, wskazując że dowodzi on podpisania ofert i oświadczeń przed końcem terminu do składania ofert. Składanie ofert na tzw. „ostatnią chwilę” jest częstą praktyką wykonawców składających oferty w postępowaniu i nie może dowodzić zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Powyższy zarzut nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym.

Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt. 7b ustawy, z uwagi na fakt, że wykonawca celem potwierdzenia zabezpieczenia oferty wymaganym wadium, załączył kopię GWARANCJI UBEZPIECZENIOWEJ ZAPŁATY WADIUM Nr 998056137754 z dnia 31.05.2019 r. wydaną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, wbrew jednoznaczному żądaniu Zamawiającego ujętemu w Rozdz.4 pkt. VII ppkt. 4 SIWZ, który został cofnięty przez Odwołującego na posiedzeniu.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowanie odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: