

Sygn. akt: KIO 692/18
KIO 693/18

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aleksandra Patyk**

Członkowie: **Anna Osiecka**

Irmina Pawlik

Protokolant: **Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 11 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy** (sygn. akt: KIO 692/18),

B. w dniu 11 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy** (sygn. akt: KIO 693/18),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Połczyn – Zdrój**,

przy udziale wykonawcy **z siedzibą w Połczynie – Zdroju** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 692/18 oraz o sygn. akt: KIO 693/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. A. Uwzględnia odwołanie wykonawcy **LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy** i nakazuje Zamawiającemu – **Gminie Połczyn - Zdrój** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wykluczenia wykonawcy **LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy** oraz odrzucenia jego oferty,

a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

B. Uwzględnia odwołanie wykonawcy **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy** i nakazuje Zamawiającemu – **Gminie Połczyn - Zdrój** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wykluczenia wykonawcy **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy** oraz odrzucenia jego oferty, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Gminę Połczyn – Zdrój** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących – wykonawcę **LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy** (sygn. akt: KIO 692/18) oraz wykonawcę **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy** (sygn. akt: KIO 693/18) tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Połczyn – Zdrój** kwotę 22 501 zł 94 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące pięćset jeden złotych dziewięćdziesiąt cztery grosze),

w tym:

A. kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego – wykonawcy **LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę 11 401 zł 94 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta jeden złotych dziewięćdziesiąt cztery grosze) na rzecz Odwołującego – wykonawcy **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 692/18

KIO 693/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Połczyn - Zdrój [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Połczyn-Zdrój do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Wardyniu Górnym oraz wyposażenie nieruchomości zamieszkałych w pojemniki i/lub worki do gromadzenia odpadów komunalnych* (znak postępowania: GG.271.1.4.2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lutego 2018 r. pod numerem 520564-N-2018.

Sprawa o sygn. akt: KIO 692/18

W dniu 11 kwietnia 2018 r. wykonawca LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy [dalej „Odwołujący 1” lub „LOTOF”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż Odwołujący zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
2. art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419) [dalej „uznk”] poprzez przyjęcie, iż Odwołujący dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub zamawiającego;
3. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798) [dalej „uokik”] poprzez przyjęcie, iż Odwołujący dopuścił się zawarcia zakazanego porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegającego na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie ceny;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek przyjęcia, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie uznania za taką oferty złożonej przez Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o.;
2. powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu ponownej oceny ofert.

Odwołujący 1 w uzasadnieniu odwołania zaprzeczył, aby między wykonawcą LOTOF oraz ATF doszło do jakiegokolwiek porozumienia w związku z przedmiotowym postępowaniem.

W pierwszej kolejności Odwołujący 1 odniósł się do okoliczności faktycznych podanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Odwołujący 1 wskazał, iż identyczny adres siedziby wynika z faktu oddania przez ATF nieruchomości wykonawcy LOTOF w podnajem. Osoby kierujące obiema Spółkami znają się prywatnie, zaś warunki umowy najmu są korzystne i Odwołujący 1 nie widzi potrzeby, ani konieczności poszukiwania innej siedziby. Odnośnie powiązań rodzinnych wskazał, iż Pan T. F. jest jednym z komandytariuszy Odwołującego 2 oraz członkiem zarządu komplementariusza Odwołującego 2. Żadna z powyższych funkcji nie gwarantuje mu jednak samodzielnej decyzyjności w zakresie prowadzenia spraw ATF Sp. z o.o. Sp. k. Pani A. F. jest żoną Pana T. F. i pełni funkcję prezesa zarządu LOTOF, przy czym z uwagi na dwuosobowy zarząd nie jest umocowana do samodzielnego podejmowania decyzji dotyczących Spółki. Żaden z ww. wykonawców nie jest podporządkowany drugiemu, zaś ich działalność jest w pełni konkurencyjna. Odnośnie zaś zatrudnienia Pani A. F. u Odwołującego 2 wskazał, iż stanowisko kierownika składowiska odpadów nie jest związane w żaden sposób z przedmiotem prowadzonego postępowania przetargowego. Zwrócił uwagę, że postępowanie dotyczy odbioru i transportu odpadów zaś stanowisko zajmowane przez A. F. wiąże się ściśle z zarządzaniem instalacją do unieszkodliwiania odpadów tj. składowiskiem odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne.

Odwołujący 1 argumentował, że fakt, iż w strukturach konkurencyjnych podmiotów biorących udział w przetargu występują małżonkowie nie powinien stanowić domniemania, iż podmioty te dopuszczają się zmywy. Sytuacje, gdy małżonkowie przystępują nawet jako

osoby fizyczne do przetargu, składając oferty odrębne, występują w obrocie gospodarczym. Odwołujący 1 dostrzegając w tego rodzaju sytuacjach racjonalność dokonania wzmożonej analizy ofert ze strony zamawiającego. Jednakże okoliczność ta nie powinna sama w sobie, czy też w połączeniu z okolicznością podobieństwa ofert stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy.

Dalej Odwołujący 1 wskazywał, iż obaj wykonawcy podejmowali w przeszłości współpracę w zakresie wykonywanej działalności gospodarczej, w tym również w ramach konsorcjum. Odwołujący wynajmuje także niektóre pojazdy i nieruchomości od wykonawcy ATF. Z uwagi na wykonywaną współpracę Odwołującemu 1 znana jest metodyka liczenia oraz składniki cen wykonawcy ATF, w szczególności w zakresie transportu. Wobec tego, iż przedmiotowe zamówienie dotyczyło wyłącznie transportu odpadów, stwierdzić można, iż Odwołującemu 1 znana była większość składników wpływających na cenę wykonawcy ATF, za wyjątkiem m.in. marży. Odwołujący dokonując wyliczenia ceny sugerował się sposobem dokonywania kalkulacji oraz parametrami stosowanymi przez ATF.

Argumentował, że wskazana przez wykonawcę LOTOF cena netto wynikała z faktu wykorzystania wiedzy o stosowanej przez konkurenta metodzie wyliczenia cen. W świetle tej okoliczności fakt uzyskania ceny na tyle zbliżonej jest prawdopodobny. Podkreślał, że w realiach niniejszej sprawy nie doszło do jakiegokolwiek dwustronnego porozumienia między Odwołującymi, zaś ustalenie ceny przez Odwołującego 1 nastąpiło w sposób niezależny, aczkolwiek naśladujący. W końcu wskazał, że finalna cena zaproponowana w ofercie złożonej przez LOTOF była wynikiem kalkulacji kosztów oraz oczekiwanego zysku, załączając do odwołania ramową kalkulację.

Następnie Odwołujący 1 poddał w wątpliwość cel rzekomego porozumienia zawartego między wykonawcami LOTOF oraz ATF argumentując, że zmowa cenowa przy różnicy w cenie, która wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu nie mogłaby zostać uznana za sensowną. Ponadto wskazał, że przyjmując nawet, iż ceny wykonawców zostały ustalone w wyniku zмовы, to jednak nie sposób wskazać, w jaki sposób zmowa ta miałyby generować zakłócenie konkurencji. Dalej wykonawca podniósł, że podjęcie przez Zamawiającego próby udowodnienia zмовы cenowej na podstawie innych ustalonych faktów, nie zwalnia go z obowiązku udowodnienia jej w sposób niebudzący wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wywodzi zarzut zawarcia zakazanego porozumienia bez oparcia na dowodach bezpośrednich, jako kluczowe określić należy kwestie braku racjonalności oraz celowości zawarcia takiego porozumienia, a nadto braku jego negatywnych skutków. Jednocześnie Odwołujący 1 uzasadniał, że przystępując do przetargu samodzielnie, bez porozumienia z którymkolwiek z wykonawców tworzył realną szansę na uzyskanie zamówienia. Przystąpienie do przetargu wyłącznie wykonawcy LOTOF gwarantowałoby wygranie zamówienia, ponieważ jego oferta mogła być potencjalnie najkorzystniejsza. Oferta

wykonawcy ATF byłaby zbędna. Po pierwsze powstrzymanie się od przystąpienia do postępowania przez wykonawcę ATF nie powodowałoby dodatkowych kosztów oraz zbędnego wysiłku. Po drugie wykonawcy nie narażaliby się na zarzut zawarcia umowy cenowej. Podkreślił, że przy założeniu iż wygrana wykonawcy LOTOF jest dla wykonawcy ATF równoznaczna z osobistą wygraną, to podwójny udział, w dodatku z niemalże identycznymi ofertami jest rażąco nieracjonalny.

Dalej Odwołujący 1 dokonał analizy prawnej treści art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik podkreślając, że zawarcie przez wykonawców zarzucanej umowy nie stanowiłoby racjonalnego działania zmierzającego do osiągnięcia celu, na który wskazała Zamawiająca. Odwołujący 1 na poparcie swoich twierdzeń przywołał wyrok KIO z dnia 14 września 2010 r. sygn. akt: KIO 1874/10, 27 października 2011 r. sygn. akt: KIO 2206/11, KIO 2217/11 oraz KIO 2218/11, a także wyrok z dnia 30 października 2012 r. o sygn. akt: KIO 2276/12.

Nadto Odwołujący 1 wskazał, iż Zamawiająca, tj. Gmina Połczyn - Zdrój nie wykazała w jaki sposób złożenie dwóch podobnych ofert mogło ograniczyć lub naruszyć konkurencję w prowadzonym postępowaniu, w szczególności że współpraca dwóch wskazanych podmiotów nie zamykała dostępu do rynku innym wykonawcom. Podniósł, że obiektywnie można stwierdzić, iż przedmiotowa konfiguracja cen obu wykonawców takiego zagrożenia nie stwarzała, co potwierdziła okoliczność złożenia oferty przez wykonawcę MPMO Sp. z o.o.

Dalej Odwołujący 1 przedstawił rozważania na temat przepisu art. 6 uokik.

Zamawiająca w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 kwietnia 2018 r. wniósł o jego oddalenie.

W zakresie ww. zarzutów Zamawiająca, poza argumentacją wskazaną w piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r., dodatkowo wskazała, iż o wzajemnych powiązaniach wykonawców świadczy m.in. fakt, że w pierwotnym przetargu na odbiór i transport odpadów, który został unieważniony, w imieniu ATF na otwarciu ofert w dniu 15.01.2018 r. był obecny Pan T. F., co w świetle wyjaśnień Odwołującego 2 o podjęciu czynności zmierzających do ograniczenia udziału Pana T. F. w przygotowaniu oferty odwołującego czyni je mało wiarygodnymi. Zamawiająca zwróciła również uwagę, że LOTOF wynajmuje od ATF bazę magazynowo – transportową.

Ponadto Zamawiająca wskazała, że o ścisłych powiązaniach LOTOF i ATF świadczą wcześniejszej działania ww. wykonawców, a mianowicie zawarcie aneksów do umów na odbiór odpadów komunalnych i produkcyjnych, na mocy których zmieniono dotychczasowy podmiot świadczący usługi odbioru ww. odpadów od zleciodawców (ATF) na LOTOF. Zawarcie ww. aneksów miało na celu przeciwdziałanie skutkom decyzji Burmistrza Mirosławca, w świetle których ATF wykonywała odbiór odpadów bez wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej w okresie od marca do września 2017 r.

Sprawa o sygn. akt: KIO 693/18

W dniu 11 kwietnia 2018 r. wykonawca ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy [dalej „Odwołujący 2” lub „ATF”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, że zachodzą przesłanki do oczyszczenia się z podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp, podczas gdy Odwołujący w toku postępowania przedstawił dowody potwierdzające, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności wyczerpująco opisał stan faktyczny, przedstawił dowody na okoliczność zapłaty wymierzonych kar, jak również udowodnił podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, a tym samym wykazał swoją rzetelność;
2. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy Odwołujący nie zawarł z innym wykonawcą, tj. LOTOF takiego porozumienia, a nadto Zamawiający nie wykazał tego faktu za pośrednictwem odpowiednich środków dowodowych;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uokik w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik poprzez przyjęcie, że złożenie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie ceny;
4. art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż radca prawny Zamawiającego W. J. jest również członkiem rady nadzorczej ww. wykonawcy, zaś zgodnie z zasadą obiegu dokumentów radcowie prawni co najmniej opiniują dokumenty takie jak np. SIWZ;
5. art. 7 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, polegające na wielokrotnych wezwaniach Odwołującego do złożenia wyjaśnień, wyznaczaniu krótkich, sprzecznych z Pzp terminów na udzielenie odpowiedzi, przesłaniu informacji o wykluczeniu w piątek o godz. 14:17, podczas gdy termin do wniesienia odwołania wynosi 5 dni, zaś informacja o ww. czynności została przesłana Odwołującemu po 24 dniach od złożenia przez Spółkę ostatnich wyjaśnień;

6. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, poprzez jego niezastosowanie a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia MPGO Sp. z o.o., w sytuacji gdy pomiędzy tym podmiotem a Zamawiającym doszło do zawarcia porozumienia, którego celem i skutkiem było wykluczenie pozostałych wykonawców z udziału w postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności ponownego badania ofert;
2. nakazanie wykluczenia wykonawcy Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na okoliczność, iż złożona przez tego wykonawcę oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów koniecznych do celowego dochodzenia praw.

W zakresie zarzutu określonego w punkcie 1 petitum odwołania Odwołujący 2 argumentował, że w toku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku ze wskazaniem przez ATF, iż zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, korzystając z instytucji tzw. self - cleaningu (samooczyszczenia), w pisemnych wyjaśnieniach z dnia 7 marca 2018 r., złożył: (i) szczegółowe, wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące stanu faktycznego w zakresie naruszeń, za które zostały wymierzone kary administracyjne, jak również w odniesieniu do każdej z decyzji przedłożył odpowiednie dowody potwierdzające (ii) zapłatę tych kar oraz (iii) podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, co niewątpliwie powinno skutkować „oczyszczeniem” się wykonawcy w rozumieniu art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, a co za tym idzie brakiem możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Podkreślał, że ATF złożył nie tylko wyjaśnienia, informacje i oświadczenia w zakresie self – cleaningu, ale przede wszystkim poprzez stosowne dowody (dokumenty) potwierdził wykonanie wszystkich deklarowanych działań.

Odnosząc się do okoliczności faktycznych podanych przez Zamawiającego mających uzasadniać wykluczenie wykonawcy ATF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp wskazał, że pozorność to wada oświadczenia woli polegająca na niezgodności między aktem woli a jej przejawem na zewnątrz, przy czym strony zgodne są co do tego, aby wspomniane oświadczenie nie wywoływało skutków

prawnych. Istota problemu sprowadza się do tego, że strony symulują podjęcie czynności prawnej, której treść ujawniają na zewnątrz, podczas gdy faktycznie istnieje pomiędzy nimi niedostępne dla innych porozumienie, albo nie zamierzają wywołać żadnych skutków prawnych lub chcą wywołać inne, sobie tylko znane skutki (A. Janas [w:] M. Frasz, M. Habdas, red. Kodeks cywilny. Komentarz, tom I, część ogólna). Dalej Odwołujący 2 wskazał, iż opisanym przez Zamawiającego czynnościami, tj. wewnętrznym zarządzeniem, audytem, karom porządkowym, trudno przypisać pozorną. Przedłożenie dokumentów, które nie były złożone w innym postępowaniu nie nosi w żadnym razie znamion pozorności, zwłaszcza że skutki opisane w zarządzeniach i audytach wewnętrznych rzeczywiście nastąpiły.

W zakresie kwestii pominięcia przez ATF w innych postępowaniach części dokumentów złożonych wraz z pismem z dnia 7 marca 2018 r. Odwołujący 2 wskazał, że nie mógł skutecznie powoływać się w toku wskazanych przez Zamawiającego postępowań prowadzonych przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO 2443/17, KIO 2445/17, KIO 2508/17) na te dokumenty, albowiem nie zostały one złożone w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, w których udział jako konsorcjant brała spółka ATF. W ww. postępowaniach Odwołujący 2 istotnie nie przedstawił części ze złożonych w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Połczyn - Zdrój dokumentów, jednak stało się tak nie z uwagi na fakt, że ich nie posiadał, ale ze względu na przyjętą interpretację dotyczącą zakresu procedury samooczyszczenia, a ściślej interpretacji tego jakiego rodzaju środki są wystarczające dla osiągnięcia tego celu. Wówczas Odwołujący błędnie założył, że dla samooczyszczenia się, wystarczające jest złożenie wyczerpujących wyjaśnień stanu faktycznego, wykazanie podjętej współpracy z organami oraz wykazanie skutku, że podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności Spółki. Odwołujący 2 przedstawił dowody na okoliczność jego rzetelności poprzez okazanie skutku zastosowanych działań, tj. wykazanie, że pomimo wymierzenia kar pieniężnych naruszenia, za które wymierzone zostały kary, już nie występowały.

Podsumowując Odwołujący 2 wskazał, że nie może stanowić przyczyny, dla której Zamawiający odmówił wiarygodności dowodów przedłożonych w ramach procedury self-cleaningu (dokumenty złożone wraz z pismem z dnia 07.03.2018 r.), brak ich złożenia w innych postępowaniach prowadzonych w przeszłości. Wniosek Zamawiającego w tym zakresie, w ocenie ATF, był zdecydowanie zbyt daleko idący i nie mógł stanowić wyłącznej podstawy podważenia jakości przedłożonych dokumentów. Było to jedynie domniemanie nieoparte jakimikolwiek dowodami, a ponadto pozostawało w sprzeczności z faktyczną działalnością Spółki, której obecnie nie można przypisać naruszeń w zakresie prawa ochrony środowiska, za które zostały wymierzone kary pieniężne. Dyskwalifikując przedłożone przez Odwołującego dokumenty Zamawiający przekroczył granice swobody oceny dowodów

wyznaczone logiką, doświadczeniem, jak również nie dokonał wszechstronnego rozważenia sprawy. Nie odniósł się bowiem do dokumentów, także tych którym niewątpliwie nie można przypisać cechy wytworzenia wyłącznie na użytek niniejszego postępowania. Dotyczy to w szczególności dowodów takich jak: certyfikaty szkoleń, zaświadczeń o szkoleniach, świadectwa kwalifikacji, umowy o pracę potwierdzające zatrudnienia dodatkowej osoby na stanowisko specjalisty ds. ewidencji odpadów i logistyki, nałożenia kar porządkowych, wyroku WSA z 18.01.2018 r., uchwały Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego z 06.06.2017 r., decyzji udzielających zezwolenia na zbieranie odpadów, aneksów do umów w zakresie świadczenia usług odbioru odpadów w Mirosławcu oraz referencji potwierdzających rzetelność Spółki. Dokumentów tych Zamawiający w żaden sposób nie ocenił opierając swoją decyzję wyłącznie na założeniu, że skoro część dokumentów nie była złożona w innym postępowaniu, to zostały one wytworzone na użytek niniejszego postępowania.

W końcu podkreślił, że każde postępowanie prowadzone w procedurze PZP jest postępowaniem odrębnym a zadaniem Zamawiającego jest poddanie rzetelnej ocenie okoliczności, wyjaśnień i dokumentów przedkładanych w toku danego postępowania zaś dokumenty składane (lub nie składane) w toku innych postępowań winny pozostać bez wpływu na ocenę Zamawiającego.

W zakresie zarzutów wskazanych w punkcie 2 i 3 petitum odwołania Odwołujący 2 podniósł, że Pani A. F. z uwagi na posiadane uprawnienia jest zatrudniona w spółce ATF, w niepełnym wymiarze czasu pracy, na stanowisku kierownika składowiska odpadów, w wyodrębnionym organizacyjnie od pozostałej części przedsiębiorstwa spółki ATF - Zakładzie Unieszkodliwiania Odpadów w Mirosławcu. W zakresie swoich obowiązków, z racji odrębności organizacyjnej i charakteru instalacji tj. składowiska odpadów, Pani A. F. nie zajmuje się sprawami Spółki w zakresie działalności polegającej na odbieraniu odpadów, której dotyczy niniejsze postępowanie. Ponadto wskazał, że kierownik składowiska odpadów nie posiada w swym zakresie żadnych kompetencji dotyczących postępowań przetargowych.

Dalej Odwołujący 2 argumentował, że na podstawie uchwały wspólników z dnia 9 marca 2015 r. Pan T. F. nie wszedł do zespołu powołanego do przygotowywania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, przez co nie posiadał wpływu na kształtowanie treści oferty w niniejszym postępowaniu. Czynności i decyzje zespołu objęte są klauzulą poufności. Podkreślił, że w spółce ATF funkcjonuje kilku wspólników, zaś Pan T. F. jest komandytariuszem. W toku prowadzonego postępowania poza ww. uchwałą Wspólników Spółka przedłożyła Zamawiającemu także oświadczenie z dnia 13 marca 2018 r., a Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do podjętych i udowodnionych środków, które istotnie wpływają i zabezpieczają zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego 2 istnienie powiązań rodzinnych nie może stanowić

podstawy do przyjęcia istnienia zmywy cenowej. Na potwierdzenie prezentowanej argumentacji ATF przywołał wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r. (sygn. akt: KIO 1181/14, KIO 1182/14, KIO 1183/14, KIO 1194/14 oraz KIO 1195/14) oraz wyrok SO w Poznaniu z dnia 16 lutego 2012 r. sygn. akt: X Ga 706/11.

Nadto ATF wskazał, iż ustawa Pzp nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak zabronione jest uzgadnianie składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu. Wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że fakt współpracy, w pewnym zakresie, wykonawców przy sporządzaniu oferty jest elementem nagannym, ale nie może być przesądzającym o uznaniu zmywy tych wykonawców lub naruszeniu dobrych obyczajów w stopniu uzasadniającym odrzucenie oferty (wyrok z dnia 2 lipca 2012 r. sygn. akt. KIO 1287/12). Odwołujący 2 argumentował, że pewnego rodzaju współpraca pomiędzy spółką ATF, a LOTOF występowała. Spółki realizują wspólne przedsięwzięcia i podejmują współpracę w wielu obszarach biznesowych jednakże ani w obecnym, ani w żadnym innym postępowaniu, podmioty te nie podejmowały działań noszących znamiona zmywy cenowej, a przede wszystkim nie uzgadniały wysokości ceny. Odwołujący 2 stwierdził że nie posiada wiedzy na temat przyczyn wysokości zaoferowanej przez LOTOF ceny, która okazała się bardzo zbliżona do ceny zawartej w ofercie złożonej przez ATF.

Jednocześnie Odwołujący 2 wskazał, że wbrew argumentom Zamawiającego nie obawiał się wykluczenia z postępowania. Od czasu wydania orzeczeń KIO, na które powołuje się Zamawiający i które zdaniem Zamawiającego stanowiły przyczynę obaw i zawarcia rzekomej zmywy przetargowej (KIO 2443/17, KIO 2445/17, KIO 2508/17) spółka ATF uczestniczyła w wielu innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w żadnym z nich nie miała miejsce sytuacja, w której podobną ofertę złożyłaby LOTOF. Tytułem przykładu podał postępowanie prowadzone przez Gminę Stara Dąbrowa, które zostało wszczęte po wydaniu wyroku przez KIO z dnia 13 grudnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 2508/17), w którym Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania, a w którym oferty nie złożył wykonawca LOTOF. Argumentował, że gdyby zatem przyjąć teorię Zamawiającego i założyć, że Odwołujący obawia się wykluczenia z postępowania, to w każdym innym postępowaniu również dochodziłoby do sytuacji, w której obok spółki ATF swoją zbliżoną cenowo ofertę składałaby spółka LOTOF.

Odwołujący 2 zakwestionował również cel rzekomego porozumienia zawartego pomiędzy Odwołującymi twierdząc, że gdyby miało dojść do zawarcia pomiędzy wykonawcami porozumienia, w oparciu o motywy wskazywane przez Zamawiającego właśnie z uwagi na potencjalną możliwość wykluczenia Odwołującego z postępowania, spółka ATF zawarłaby z LOTOF porozumienie, na mocy którego ATF nie złożyłaby oferty, co z kolei uczyniłaby tylko spółka LOTOF. Wówczas ww. wykonawcy istotnie zawarliby

porozumienie ograniczające konkurencję. Złożenie ofert przez ATF oraz LOTOF, nie tylko nie eliminuje i nie ogranicza konkurencji, ale nawet ją wzmacnia.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów (punkt 4, 5 i 6 petitum odwołania) Odwołujący 2 argumentował, że Zamawiający przesyłając ATF zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w piątek o godzinie 14:17, mając na uwadze 5 - dniowy termin do wniesienia odwołania po raz kolejny dał wyraz wyjątkowo nieprzychylnego nastawienia wobec Odwołującego. Podkreślił, że Zamawiający analizował złożone dokumenty, w tym dodatkowe wyjaśnienia od dnia 13 marca 2018 r. (24 dni), natomiast przesyłając odwołanie w piątek na kilkadziesiąt minut przed zakończeniem dnia pracy, w sposób oczywisty zmierzał do ograniczenia czasu do sporządzenia niniejszego odwołania. Oferta natomiast MPGO Sp. z o.o. nie budziła u Zamawiającego żadnych wątpliwości i nie był on wzywany do udzielenia wyjaśnień chociażby w zakresie powiązań osobowych pomiędzy Zamawiającym a tym wykonawcą pomimo, że członek rady nadzorczej MPGO Sp. z o.o. - Pan W. J. świadczy również pomoc prawną na rzecz Zamawiającego, przez co wysoce prawdopodobne jest, że brał udział w przygotowaniu lub prowadzeniu niniejszego postępowania, co stanowi przesłankę do wykluczenia takiego wykonawcy (art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp), jak również świadczy o możliwości pozyskania przez wykonawcę informacji poufnych, które mogły temu wykonawcy dać przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący 2 wskazywał, że związek Zamawiającego z MPGO Sp. z o.o., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą polega również na powiązaniu kapitałowym. Zamawiający jest udziałowcem MPGO Sp. z o.o. oraz posiada największą ilość udziałów w kapitale zakładowym ww. spółki. Dalej wskazał, że prowadząc postępowanie Zamawiający w sposób wyraźny dążył do ograniczenia praw Odwołującego poprzez chociażby wyznaczanie terminów do udzielenia wyjaśnień niezgodnych z przepisami (pismo nr GG.271.4.2018.4 z dnia 1 marca 2018 r. oraz pismo nr GG.271.4.2018.9 z dnia 2 marca 2018 r.).

Nadto wykonawca ATF zwrócił również uwagę na zachowanie Zamawiającego, który pierwotnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł postanowień dotyczących fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp, a uczynił to dopiero poprzez modyfikację specyfikacji. W ocenie Odwołującego stało się tak przede wszystkim z uwagi na wyrażane przez spółkę ATF zainteresowanie niniejszym postępowaniem. Można założyć, że istnienie silnych powiązań kapitałowych, osobowych i relacyjnych pomiędzy Zamawiającym a spółką MPGO Sp. z o.o. doprowadziło do wpływania przedstawicieli spółki MPGO na treść SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Podniósł, że pierwotne brzmienie specyfikacji uległo zmianie w dniu 10 stycznia 2018 r. tj. w dniu kiedy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (2443/17) wraz z uzasadnieniem został doręczony stronom postępowania. W ocenie Odwołującego 2 dokonanie zmiany treści SIWZ

miało na celu ograniczenie konkurencji poprzez potencjalne wyeliminowanie spółki ATF z udziału w postępowaniu. Treść zawiadomienia z dnia 6 kwietnia 2018 r. wprost zdaniem Odwołującego 2 potwierdzała, iż Zamawiający spodziewał się, że w związku z wyrażonym przez KIO stanowiskiem w zakresie procedury self-cleaning spółka ATF, z obawy przed możliwym wykluczeniem nie wystąpi w przedmiotowym postępowaniu, lub w przypadku wystąpienia będzie podmiotem, który z łatwością, w oparciu o fakultatywne przesłanki wykluczenia zostanie z tego postępowania wyeliminowany.

Ponadto Odwołujący 2 zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający jeszcze przed terminem otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu, podjął decyzję o podniesieniu stawek opłat za odbiór i zagospodarowanie odpadów dla mieszkańców miasta i gminy Połczyn-Zdrój. Takie działanie, w sposób wyraźny zdaniem Odwołującego 2 wskazywało, że Zamawiający jeszcze przed terminem składania ofert znał cenę oferty MPGO Sp. z o.o. i posiadał wiedzę, iż kwota ta będzie wyższa od ceny, za którą MPGO realizowała to zadanie w roku 2017. Zamawiający musiał także zakładać (a nawet mieć pewność), że oferta MPGO Sp. z o.o. zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. W innym wypadku decyzja o podwyższeniu stawek dla mieszkańców, przed rozstrzygnięciem przetargu, byłaby znacząco przedwczesna. Wskazywał, że gdyby Zamawiający istotnie oczekiwał na wyniki przetargu, liczył na konkurencyjne oferty i posiadał jakąkolwiek niepewność co do wysokości możliwych cen, z całą pewnością przesunąłby termin podjęcia uchwały numer XLVIII/460/2018, co najmniej do czasu rozstrzygnięcia postępowania przetargowego.

Dalej Odwołujący 2 wskazywał, że poza porozumieniem w zakresie ceny doszło do ustalenia i zaplanowania poszczególnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania takich jak: 1) przewlekłość prowadzonego postępowania objawiająca się blisko miesięcznym okresem jaki zaistniał pomiędzy złożeniem przez ATF żądanych wyjaśnień a dniem zawiadomienia o wykluczeniu Spółki z postępowania, 2) wykluczenie wszystkich pozostałych uczestników postępowania i eliminacja konkurencji, 3) brak wątpliwości co do oferty złożonej przez MPGO Sp. z o.o., 4) wybór oferty MPGO pomimo, iż oferta jest najmniej korzystna spośród wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Ponadto wykonawca ATF zwrócił uwagę na postawę Zamawiającego polegającą na nieprzewidywaniu możliwości przesunięcia terminu realizacji zadania w przypadku braku możliwości rozstrzygnięcia postępowania w zakładanych pierwotnie ramach czasowych.

Przywołane wyżej okoliczności, w ocenie Odwołującego 2, świadczyły o istnieniu „pionowej” zмовы przetargowej między Zamawiającym a wykonawcą MPGO Sp. z o.o. Poprzez wykluczenie obu wykonawców, tj. ATF i LOTOF Zamawiający całkowicie ograniczył konkurencję tworząc warunki, w których tylko jedna oferta spełniała wymogi Zamawiającego i warunki udziału w postępowaniu i nie podlegała wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 kwietnia 2018 r. wniósł o jego oddalenie.

W zakresie zarzutu określonego w punkcie 1 petitum odwołania Zamawiający, poza argumentacją wskazaną w piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r. dodał, że o pozorności podejmowanych przez Odwołującego 2 czynności w zakresie wprowadzenia procedur wewnętrznych mających na celu zapobieganie w przyszłości naruszeniom przepisów prawa ochrony środowiska świadczy okoliczność, iż Decyzja WIOŚ nr 80/D/2016 z dnia 28 czerwca 2016 r., Decyzja WIOŚ nr 12/D/2017 z dnia 31 stycznia 2017 r., Decyzja WIOŚ nr 162/2016 z dnia 7 października 2016 r., Decyzja WIOŚ nr 14/2017 z dnia 26 stycznia 2017 r., Decyzje Burmistrza Mirosławca z dnia 8 sierpnia 2017 r., 4 października 2017 r. oraz z dnia 11 grudnia 2017 r., były wydawane na przestrzeni kilku lat. Gdyby zaś opisywane przez Odwołującego 2 procedury i audyty wewnętrzne rzeczywiście istniały nie dochodziłoby do kolejnych, określonych ww. decyzjami naruszeń.

Ponadto wskazał, że w jego ocenie ATF dostosował swoje działania organizacyjne, techniczne i kadrowe stosownie do uzasadnienia wyroku KIO z dnia 8 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2443/17 oraz KIO 2445/17, w którym Izba wskazała ATF jakie konkretnie środki można zaliczyć do skutecznego self – cleaningu.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 2 i 3 petitum odwołania Zamawiający przedstawił argumentację analogiczną jak w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 692/18, a zatem niezasadne jest jej powielanie.

W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający podał, że naruszenie art. 7 ustawy Pzp nie może stanowić samodzielnego zarzutu. Wskazał, iż w orzecznictwie podnosi się, że samodzielny zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp ma zbyt ogólny charakter (wyrok KIO z dnia 21 września 2012 r. sygn. akt: 1918/12 oraz wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2012 r. sygn. akt: KIO 1133/12) i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazał, że twierdzenia Odwołującego 2, iż Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców poprzez m.in. przesłanie informacji o wykluczeniu w piątek o godzinie 14:17, podczas gdy termin na wniesienie odwołania wynosi 5 dni, są bezpodstawne. Zamawiający wskazał, że działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp i stosownie do terminów określonych przez ustawodawcę bez możliwości jakiegokolwiek wpływu na nie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp podał, że w celu przygotowania i przeprowadzenia postępowania Zamawiający powołał zarządzeniem nr 166/W/2018 Burmistrza Połczyna – Zdroju z dnia 27 lutego 2018 r. w skład komisji przetargowej następujące osoby: K. H. (Przewodnicząca), I. O. (Sekretarz), J. Z. (Członek komisji), M. T. – S. (Adwokat, Członek komisji), J. J. (Członek komisji) oraz F/ P. (Członek komisji). Nadto wskazał, iż w celu zapewnienia obsługi prawnej związanej z przedmiotowym

postępowaniem zawarł umowę zlecenie z dnia 16 lutego 2018 r. z adw. M. T. – S. Ww. osoba, jako członek komisji udzielała porad i opinii prawnych w niniejszym postępowaniu oraz miała wyłączny dostęp do dokumentacji postępowania, jako osoba akceptująca dokumenty prawne. Zamawiający wskazał, iż Gmina Połczyn – Zdrój właśnie z uwagi na fakt, iż Pan W. J. świadczy usługi obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego oraz jest członkiem rady nadzorczej MPGO Sp. z o.o. zdecydowała się na zlecenie obsługi prawnej postępowania niezależnemu prawnikowi z innej miejscowości. Jednocześnie Zamawiający podał, że Pan W. J. nie miał jakiegokolwiek możliwości zapoznania się z dokumentacją postępowania ani informacjami poufnymi, ponieważ nie był członkiem komisji przetargowej. Zamawiający nie miał również potrzeby konsultowania z Panem J. jakichkolwiek zagadnień przetargowych, ponieważ miał dostęp do dwóch niezależnych od siebie, zewnętrznych kancelarii prawnych.

Następnie Zamawiający odniósł się do kwestii zmy pionowej pomiędzy Gminą Połczyn – Zdrój a wykonawcą MPGO Sp. z o.o. wskazując, iż fakt, że Zamawiający posiada udziały w kapitale zakładowym MPGO Sp. z o.o. nie ma jakiegokolwiek przełożenia na zasady prowadzenia postępowania względem tego wykonawcy. Ponadto MPGO Sp. z o.o. jako osobny podmiot prawa (spółka prawa handlowego) jest uprawniony do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o ile nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dalej Zamawiający wskazał, iż wprowadzenie fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp miało miejsce w pierwszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonym w dniu 4 stycznia 2018 r., które zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający argumentował, że wyłącznie z powodu braku posiadania środków na sfinansowanie zamówienia, co okazało się w związku z unieważnieniem postępowania, w celu zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia zmuszony był do podjęcia decyzji o podniesieniu stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów dla mieszkańców miasta i gminy Połczyn – Zdrój. Tym samym twierdzenia Odwołującego 2, że podjęcie decyzji o zwiększeniu stawek miało związek ze znajomością ceny oferty MPGO Sp. z o.o., w świetle doświadczenia i wiedzy płynącej z rozstrzygnięcia unieważnionego postępowania, w ocenie Zamawiającego, było niedorzeczne. Zamawiający musiał bowiem zapewnić finansowanie zamówienia przed zaciągnięciem zobowiązania wynikającego z zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 i 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 13 kwietnia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionych odwołaniach.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 692/18 oraz KIO 693/18 w dniu 16 kwietnia 2018 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Nadto Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2443/17, KIO 2445/17 oraz KIO 2508/17, których przedmiotem rozpoznania były działania oraz zaniechania spółki ATF Sp. z o.o. Sp. k., uzasadniające w ocenie Zamawiającego, wykluczenie ww. wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp.

Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Uczestnika postępowania odwoławczego w toku rozprawy. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 kwietnia 2018 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W sekcji III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, tj. LOTO SYSTEM Sp. z o.o. z ceną 486 352,40 zł (188,88 zł/tonę odpadów), ATF Sp. z o.o. Sp. k. z ceną 486 326,65 zł (188,87 zł/tonę odpadów) oraz Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z ceną 506 127,85 zł (196,56 zł/tonę odpadów).

Odwołujący 2 pismem z dnia 7 marca 2018 r. oświadczył, że naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska, przytoczył okoliczności stwierdzonych naruszeń przez właściwe organy oraz załączył dowody na to, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

W dniu 9 marca 2018 r. Zamawiający wezwał obu Odwołujących do złożenia wyjaśnień w zakresie braku przynależności do grupy kapitałowej w kontekście istniejących między Prezesem Zarządu LOTO – Panią A. F. oraz komandytariuszem ATF Sp. z o.o. Sp. k. oraz członkiem zarządu ATF Sp. z o.o. – Panem T. F. powiązań rodzinnych (związek małżeński) oraz w zakresie roli Pani A. F. w spółce ATF Sp. z o.o. Sp. k.

Pismem z dnia 13 marca 2018 r. Odwołujący złożyli Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia stwierdzając m.in. brak przynależności spółek LOTO oraz ATF do grupy kapitałowej oraz załączając na poparcie prezentowanej argumentacji dowody.

W dniu 6 kwietnia 2018 r. Zamawiający wykluczył z postępowania obu Odwołujących na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym powyższej decyzji wskazał, że o istnieniu porozumienia tzw. zmowy przetargowej między wykonawcami ATF oraz LOTO świadczy analiza rzeczywistych działań przedsiębiorców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, iż obaj Odwołujący złożyli Zamawiającemu oferty z niemal identyczną ceną netto za 1 tonę odpadów, a faktyczna różnica między cenami ofert wykonawcy ATF oraz LOTO wynosiła 1 grosz, co przy uwzględnieniu pozostałych okoliczności sprawy należy uznać za czyn, który wypełnia dyspozycję normy prawnej wskazanej w art. 3 ust. 1 uokik. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 uokik, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Takim czynem jest opisany w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik czyn tzw. zmowy przetargowej, tj. porozumienie, którego 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, warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zamawiający wskazał, iż ustawa Pzp w art. 24 ust. 1 pkt 20 nie ogranicza środków dowodowych, na podstawie których wykazuje się zajście okoliczności wypełniających przesłanki wykluczenia wykonawców. Jednakże dodatkową okolicznością wzmagającą przekonanie o istnieniu porozumienia między wykonawcami jest identyczny adres siedziby

wykonawców, tj. Chojnica 2, 78 – 650 Mirosławiec oraz fakt występowania powiązań rodzinnych i osobowych pomiędzy wspólnikami oraz członkami zarządów obu wykonawców. Zamawiający wskazał na istotne powiązania rodzinne pomiędzy osobami reprezentującymi wykonawcę LOTOF oraz ATF, a w szczególności małżeństwo komandytariusza wykonawcy ATF Sp. z o.o. Sp. k. z Panią A. F. pełniącą funkcję Prezesa Zarządu LOTOF System Sp. z o.o. oraz fakt, iż Pani A. F. jest zatrudniona na umowę o pracę w Spółce ATF.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w świetle pisma z dnia 9 marca 2018 r., tj. wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień skierowanego do obu Odwoływających, złożonych przez wykonawców wyjaśnień dotyczących powiązań rodzinnych i osobowych, nie sposób uznać, iż małżonkowie F. nie są wspólnie zainteresowani sprawami Odwoływającego 1 i Odwoływającego 2.

Na poparcie prezentowanej argumentacji Zamawiający zacytował fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyroku z dnia 11 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 648/16, 7 kwietnia 2016 r. sygn. akt: KIO 423/16, 27 kwietnia 2015 r. sygn. akt: KIO 721/15. Zamawiający przywołał również fragment wyroku ETS z dnia 3 marca 2005 r. w połączonych sprawach C-21/03 i C-34/03 Fabricom przeciwko Belgii oraz wyroku SA w Poznaniu z dnia 27 maja 2014 r. sygn. akt: I ACa 222/14.

Podsumowując Zamawiający wskazał, że analiza rzeczywistych działań obu Odwoływających, tj. zaoferowanie Zamawiającemu przez wykonawców ceny za wywóz 1 tony odpadów z różnicą 1 grosza pomiędzy przedsiębiorcami jest niewytłumaczalna w racjonalny sposób i wprost sugeruje wcześniejszą koordynację działań, biorąc pod uwagę występowanie między przedsiębiorcami ścisłych więzi rodzinnych oraz swobodę przepływu informacji, w tym informacji gospodarczych, mających wpływ na prawo konkurencji. Zdaniem Zamawiającego ww. porozumienie było wywołane najprawdopodobniej obawą wykonawcy ATF, że zostanie wykluczony z postępowania, dlatego wspólnie z LOTOF zawarł porozumienia, które w przypadku wykluczenia wykonawcy ATF stworzy wykonawcy LOTOF realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Nadto Zamawiający wskazał, iż obaj Odwoływający byli wezwani do złożenia stosownych wyjaśnień, jednak wyjaśnienia te poza ogólnymi stwierdzeniami, w żaden sposób nie mogą być potraktowane jako przekonujące, że nie doszło pomiędzy wykonawcami do żadnego porozumienia, a złożenie przez nich oferty w przedmiotowym postępowaniu było efektem normalnej działalności obu podmiotów. Wykonawcy ATF oraz LOTOF byli wzywani do wyjaśnienia m.in. wzajemnych powiązań, w tym rodzinnych stąd należy uznać, że mieli możliwość szczegółowego wyjaśnienia zaistniałych okoliczności (mieli zatem możliwość skorzystania z procedury self-cleaningu).

Jednocześnie Zamawiający odrzucił oferty obu Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, ponieważ złożenie ofert przez wykonawców LOTOF oraz ATF stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w postaci porozumienia, którego 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 warunków składanych ofert, w szczególności ceny.

Zamawiający wskazał, iż działanie wykonawców LOTOF oraz ATF w przedmiotowym postępowaniu nakierowane było na eliminację pozostałych rywalizujących o uzyskanie zamówienia wykonawców, będących przedsiębiorcami i stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego ww. wykonawcy zawarli porozumienie polegające na ustaleniu m.in. cen. Zamawiający wskazał, iż trudno uznać jako przypadkową cenę różniącą się 1 groszem pomiędzy ww. wykonawcami. Zamawiający dodał, że o powiązaniach obu wykonawców wypowiedział się przy przesłance wykluczenia ATF oraz LOTOF na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Nadto Zamawiający wskazał, iż szczegółowe uzasadnienie dotyczące zмовы przetargowej znalazło się przy przesłance wykluczenia ww. wykonawców z postępowania, stąd nie było konieczności jej powielania.

Ponadto Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę ATF na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał, iż Odwołujący 2 w procedurze self-cleaningu, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, posłużył się dokumentami sporządzonymi wyłącznie na potrzeby postępowania, co nie daje gwarancji, iż ww. wykonawca rzeczywiście podjął odpowiednie środki dla zapobiegnięcia w przyszłości naruszeniu prawa ochrony środowiska. Dokonane przez niego czynności noszą znamiona czynności pozornych, a przedłożone przez Odwołującego 2 dokumenty zostały tak naprawdę wykreowane przez wykonawcę na potrzeby tego postępowania, albowiem zarówno w roku 2016 jak i 2017 Odwołujący 2 takich dokumentów nie posiadał. Zamawiający wskazał, iż w postępowaniach odwoławczych prowadzonych pod sygnaturą akt: KIO 2443/17, KIO 2445/17 oraz KIO 2508/17 wykonawca ATF nie dysponował dokumentami, które w niniejszym postępowaniu zostały przedłożone Zamawiającemu w procedurze self – cleaningu, co oznacza, iż dokumenty przedłożone Zamawiającemu w dniu 7 marca 2018 r., tj. zarządzenia i sprawozdania z audytów datowane do grudnia 2017 r. zostały przygotowane specjalnie i stosownie do wytycznych KIO wskazanych w uzasadnieniach wyroków wydanych pod ww. sygnaturami.

Zamawiający dokonał także oceny prawnej instytucji samooczyszczenia przywołując wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2508/17, z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 706/17 oraz z dnia 8 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1034/17.

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż biorąc pod uwagę okoliczność „wytworzenia” wprowadzonych przez ATF wewnętrznych procedur i sprawozdań z audytów Zamawiający uznał je za wątpliwe. W ocenie Zamawiającego środki zaradcze o charakterze technicznym i organizacyjnym, nie dawały podstawy sądzić, że popełnione czyny z dużym prawdopodobieństwem nie wystąpią w przyszłości. Skoro bowiem Odwołujący 2 nie wskazywał w postępowaniach przed KIO (KIO 2443/17, KIO 2445/17 oraz KIO 2508/17) dokumentów, które przywołuje w przedmiotowym postępowaniu (dokumenty pochodzące z roku 2016 i 2017 tj. zarządzenie wewnętrzne nr 1/04/01/2016, sprawozdanie z prac Zespołu Roboczego, zarządzenie nr 1/11/01/2016 wraz z dokumentami audytu wewnętrznego, zarządzenie wewnętrzne nr 2/11/01/2016, zarządzenie wewnętrzne nr 1/21/01/2016 wraz z dokumentami audytu wewnętrznego, zarządzenie wewnętrzne nr 2/21/01/2016, sprawozdania z audytu wewnętrznego, zarządzenie wewnętrzne nr 1/16/06/2016, zarządzenie wewnętrzne nr 1/20/06/2016, zarządzenie wewnętrzne nr 1/15/07/2016, zarządzenie wewnętrzne nr 2/15/07/2016, zarządzenie wewnętrzne nr 1/17/11/2017, zarządzenie wewnętrzne nr 2/17/11/2017, zarządzenie nr 2/31/10/2017, zarządzenie nr 1/15/12/2017), to jest wysoce prawdopodobne, że dokumentów tych nie miał w tamtych postępowaniach (daty z jakich pochodzą wskazują na to, że powinien je mieć) i stworzył je na potrzeby przedmiotowego postępowania. Tym samym ilość i skala naruszeń jakich dopuścił się w dotychczasowej swojej działalności, oraz to, że wykonawca wykreował te dokumenty na potrzeby przedmiotowego postępowania, nie dają Zamawiającemu żadnej gwarancji, że zamówienie będzie wykonywane w sposób należyty.

Za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje:

Sprawa o sygn. akt: KIO 692/18 oraz KIO 693/18

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp polegający na wykluczeniu wykonawców ATF oraz LOTO z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwagi na przyjęcie, że ww. wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

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.

Jako że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „porozumienie”, w ocenie Izby, zasadnym jest odwołanie się w tym zakresie do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdzie w art. 4 pkt 5 ustawodawca wskazał wyczerpujący katalog form, w jakich może zostać zawarte takie porozumienie, tj. poprzez: a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki oraz c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Z kolei stosownie do treści art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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. Z ww. przepisu wynika, iż nielegalne są nie tylko horyzontalne (poziome) zmony przetargowe zawierane między uczestnikami postępowania przetargowego, ale również zmony pionowe, tj. zawierane między organizatorem przetargu (zamawiającym) a przedsiębiorcą (wykonawcą). Zawiązanie zmony przetargowej jest jednym z najczęściej spotykanych czynów nieuczciwej w rozumieniu klauzuli generalnej określonej w art. 3 ust. 1 uznk stanowiącym, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba wskazuje, że zastosowanie ww. przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania nastąpi niezależnie od formy w jakiej zostanie zawarte porozumienie między wykonawcami, jeżeli jego celem będzie zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Jednocześnie wykluczenie wykonawcy z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp będzie wymagało każdorazowo oceny całokształtu okoliczności danej sprawy, analizy działań i zaniechań wykonawców w toku postępowania, po to aby ustalić, iż były one istotnie wynikiem zawartego przez wykonawców porozumienia, a nie efektem innych zdarzeń, zachowań, czynników, które nie mają związku z działaniami wykonawców w ramach prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia. Inaczej rzecz ujmując skorzystanie z przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp będzie wymagało od Zamawiającego 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.

Uwzględniając powyższe rozważania wskazać należy, iż istota sporu zawisłego przed Izbą sprowadzała się do oceny, czy okoliczności faktyczne podane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r. zawierającym motywy decyzji o wykluczeniu z postępowania wykonawców ATF oraz LOTOF na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp oraz odrzuceniu ofert ww. wykonawców stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uokik oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik potwierdzały zawarcie przez ww. wykonawców niedozwolonego prawem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w niniejszym postępowaniu, w tym by ww. wykonawcy uzgadniali warunki składanych ofert, w szczególności w zakresie ceny.

Zdaniem składu orzekającego Izby okoliczności niniejszej sprawy nie pozwalały na wyprowadzenie takiego wniosku. W szczególności w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał w piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r. faktu zawarcia przez wykonawców LOTOF oraz ATF takiego porozumienia, opierając swoją argumentację na domniemaniach i niewystarczających poszlakach.

W pierwszej kolejności ocenie należy poddać działanie wykonawców LOTOF oraz ATF polegające na zaoferowaniu ceny za wywóz jednej tony odpadów z różnicą 1 grosza. Izba uznała za spójne i logiczne wyjaśnienia Odwołującego 1 złożone w toku postępowania odwoławczego, który w sposób szczegółowy wytłumaczył z czego wynika różnica w cenie za wywóz jednej tony odpadów w ofertach wykonawców LOTOF i ATF. Wykonawca LOTOF wskazał, że zaoferowana przez niego cena za odbiór jednej tony odpadów różniąca się 1 groszem od ceny zaoferowanej przez wykonawcę ATF, wynikała z faktu wykorzystania wiedzy o stosowanej przez ATF metodzie wyliczenia cen. Odwołujący 1 argumentował, że obaj wykonawcy w przeszłości podejmowali współpracę w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym również wspólnie ubiegali się o zamówienia publiczne, czy też że wykonawca LOTOF wynajmuje niektóre pojazdy i nieruchomości od Odwołującego 2. Powyższe czynniki powodowały, iż wykonawcy LOTOF znana była metodyka liczenia oraz składniki cen wykonawcy ATF, w szczególności w zakresie transportu. Nie można również nie zauważyć, że przedmiotem zamówienia publicznego był odbiór i transport odpadów od właścicieli nieruchomości, dlatego też Odwołującemu 1 znana była większość składników wpływających na cenę zaoferowaną przez wykonawcę ATF, za wyjątkiem m.in. marży. Odwołujący 1 przyznał, iż dokonując wyliczenia ceny sugerował się sposobem dokonywania kalkulacji oraz parametrami stosowanymi przez ATF, wykorzystując posiadaną w tym zakresie wiedzę.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, nie można wykluczyć, że powyższe działanie wykonawców LOTOF oraz ATF było efektem niezależnych działań wykonawców, a podobieństwo ofert ww. wykonawców co do ceny za odbiór jednej tony odpadów jest logicznie wytłumaczalne. W świetle powyższych okoliczności nie sposób bowiem przesądzić,

by fakt uzyskania przez wykonawcę LOTOF ceny zbliżonej do zaoferowanej przez wykonawcę ATF był nieprawdopodobny do tego stopnia, że musiał stanowić wynik nielegalnego porozumienia ww. wykonawców.

Pozostałe okoliczności, jako towarzyszące czynności zaoferowania przez obu Odwołujących zbliżonych cen za wywóz jednej tony odpadów, podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawców LOTOF oraz ATF na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy, tj. wspólny adres siedziby ww. wykonawców, powiązania rodzinne i osobowe między wspólnikami oraz członkami zarządów obu wykonawców, w tym związek małżeński pomiędzy komandytariuszem ATF Sp. z o.o. Sp. k. oraz członkiem zarządu ATF Sp. z o.o.- Panem T. F. a Prezesem Zarządu LOTOF – Panią A. F. oraz fakt zatrudnienia Pani A. F. na podstawie umowy o pracę w spółce ATF, w ocenie Izby, *a priori* nie przesądzały o zawarciu przez ww. wykonawców niedozwolonego prawem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Zauważyć należy, że na gruncie przepisów ustawy Pzp brak jest zakazu ubiegania się o to samo zamówienie publiczne przez wykonawców powiązanych więzami rodzinnymi, czy też przez wykonawców posiadających siedziby pod tym samym adresem. Co więcej, również okoliczność wspólnej siedziby obu wykonawców została uzasadniona przez Odwołującego 1, który wskazał, że wynikała ona z faktu oddania przez wykonawcę ATF nieruchomości wykonawcy LOTOF w podnajem.

Izba wskazuje, że przywołane wyżej okoliczności, jakkolwiek winny skutkować po stronie Zamawiającego wzmożoną czujnością podczas badania i oceny ofert, to jednak same w sposobie nie mogą skutkować automatycznym wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takich sytuacjach zdaniem składu orzekającego Izby szczególnej analizie należy poddać całokształt czynności oraz zaniechań wykonawców podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, po to aby móc stwierdzić, iż określony układ zdarzeń nie zaistniałby, gdyby nie zawarcie przez wykonawców określonego porozumienia.

W kontekście powyższego zwrócić należy uwagę na okoliczność, że wykonawcy LOTOF oraz ATF w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 marca 2018 r. wyjaśnili istniejące między Prezesem Zarządu LOTOF – Panią A. F. a komandytariuszem ATF Sp. z o.o. Sp. k. oraz członkiem zarządu ATF Sp. z o.o. – Panem T. F. więzy rodzinne oraz powiązania osobowe. Ponadto wykonawca ATF wyjaśnił Zamawiającemu rolę Pani A. F. w spółce ATF wskazując, że jest ona zatrudniona na podstawie umowy o pracę w niepełnym wymiarze czasu pracy na stanowisku kierownika składowiska odpadów w Mirosławcu, co w ocenie Odwołującego 1 pozostawało bez związku z przedmiotem niniejszego zamówienia polegającego wyłącznie na odbiorze i transporcie odpadów komunalnych. W tym miejscu Izba wskazuje, że nie sposób odnieść się do stanowiska

Zamawiającego, jakoby w świetle ww. pisma oraz odpowiedzi udzielonej przez obu Odwołujących na przedmiotowe wezwanie, nie można było uznać, iż małżonkowie F. nie byli wspólnie zainteresowani sprawami Odwołującego 1 i Odwołującego 2. Twierdzenie Zamawiającego w tymże zakresie nie zostało w ogóle uzasadnione.

O zawarciu nielegalnego porozumienia między wykonawcami w ocenie Izby nie świadczy również podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż w pierwotnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości Gminy Połczyn - Zdrój, które został unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w imieniu ATF Sp. z o.o. Sp. k. na otwarciu ofert w dniu 15.01.2018 r. był obecny Pan T. F.. Trudno bowiem odmówić komandytariuszowi spółki ATF Sp. z o.o. Sp. k. możliwości interesowania się losami ww. podmiotu, w tym obecności podczas jawnego otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei sam fakt uczestniczenia ww. osoby w czynności otwarcia ofert, w ocenie Izby, nie podważa stanowiska Odwołującego 2 o podjęciu, na mocy uchwały z dnia 9 marca 2015 r., działań mających na celu odsunięcie Pana T. F. od przygotowania ofert składanych przez ATF w postępowaniach przetargowych, jak również nie potwierdza, by ww. osoba brała udział w przygotowaniu oferty złożonej w niniejszym postępowaniu. Zauważyć również należy, iż ww. uchwała zobowiązywała, osoby wchodzące w skład zespołu do przygotowywania ofert w postępowaniach przetargowych, do zachowania poufności.

Izba nie podzieliła także argumentacji Zamawiającego, jakoby wykonawcy ATF oraz LOTOF w wyniku wezwania Zamawiającego wystosowanego pismem z dnia 9 marca 2018 r. mieli możliwość szczegółowego wyjaśnienia zaistniałych w niniejszej sprawie okoliczności dotyczących wzajemnych powiązań, w tym więzi rodzinnych, a zatem by mieli możliwość skorzystania z procedury self – cleaningu. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż ww. pismem Zamawiający wezwał obu Odwołujących do złożenia wyjaśnień w zakresie braku przynależności do grupy kapitałowej z uwagi na istniejące między Prezes Zarządu LOTOF – Panią A. F. a komandytariuszem spółki ATF Sp. z o.o. Sp. k. i jednocześnie członkiem zarządu ATF Sp. z o.o. – Panem T. F. powiązania rodzinne, a także w celu wyjaśnienia roli Pani A. F. w spółce ATF. Następnie wskazać należy, iż warunkiem *sine qua non* procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, jest uznanie przez wykonawcę faktu, iż popełnił delikt. Skoro zatem obaj Odwołujący stali na stanowisku, iż nie doszło między nimi do zawarcia niedozwolonego przepisami porozumienia, to nie mogliby skorzystać z ww. instytucji w zakresie podnoszonym przez Zamawiającego.

W świetle powyższych okoliczności, zdaniem Izby, potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

W konsekwencji potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Izba wskazuje, że do czasu nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z czerwca 2016 r. jedyną podstawę do eliminacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zawierali niedozwolone porozumienia naruszające konkurencję dawał art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym to przepisem zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca wprowadzając regulację art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp dał zamawiającym możliwość wykluczenia wykonawcy przez cały okres prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp za zasadny i w tym zakresie podtrzymuje swoją argumentacją wyrażoną powyżej w uzasadnieniu tego orzeczenia.

Sprawa o sygn. akt: KIO 693/18

W ocenie składu orzekającego Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący 2 nie wykazał, że zachodzą przesłanki do oczyszczenia się wykonawcy ATF Sp. z o.o. Sp. k. z podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych. Jednakże zgodnie z ust. 8 ww. przepisu, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. W sytuacji gdy Zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8, wykonawca nie podlega wykluczeniu (art. 24 ust. 9 ustawy Pzp).

Izba wskazuje, że ocena czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego 2 z postępowania w ww. zakresie winna być dokonana w kontekście

uzasadnienia podjętej czynności wyrażonego w treści pisma z dnia 6 kwietnia 2018 r. Zatem to w ww. piśmie Zamawiający prezentując motywy podjętej decyzji o wykluczeniu Odwołującego 2 z postępowania winien był przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący i rzetelny, do czego też obliguje Zamawiającego treść art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W kontekście powyższego wskazać należy okoliczności faktyczne uzasadniające, w ocenie Zamawiającego, wykluczenie wykonawcy ATF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego wykonawca ATF w procedurze self-cleaningu, posłużył się dokumentami sporządzonymi wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, co nie dawało gwarancji, iż wykonawca rzeczywiście podjął odpowiednie środki dla zapobiegnięcia w przyszłości naruszeniu prawa ochrony środowiska. W ocenie Zamawiającego dokonane przez wykonawcę ATF czynności nosiły znamiona czynności pozornych, a przedłożone przez wykonawcę dokumenty zostały wykreowane przez Odwołującego 2 na potrzeby niniejszego postępowania, albowiem zarówno w roku 2016 jak i 2017 Odwołujący 2 takich dokumentów nie posiadał. Powyższy wniosek Zamawiający wywiódł z faktu, iż spółka ATF Sp. z o.o. Sp. k. będąca członkiem konsorcjów ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez Związek Celowy Gmin MG – 6, w których złożono odwołania na czynności i zaniechania ww. Zamawiającego będące przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt: KIO 2443/17, 2445/17 oraz 2508/17) nie dysponowała dokumentami, które złożyła w niniejszym postępowaniu w procedurze self – cleaningu. Powyższe w opinii Zamawiającego oznaczało, iż dokumenty złożone Zamawiającemu w dniu 7 marca 2018 r., tj. zarządzenia i sprawozdania z audytów datowane do grudnia 2017 r. zostały przygotowane stosownie do wytycznych KIO wskazanych w uzasadnieniach wyroków wydanych pod ww. sygnaturami.

Mając na uwadze powyższe w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż badanie zdolności podmiotowej wykonawcy winno być dokonywane w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i na tle danego stanu faktycznego, a nie przez pryzmat czynności lub zaniechań wykonawcy mających miejsce w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez innych zamawiających.

Następnie Izba wskazuje, że w ocenie składu orzekającego rozpoznającego niniejszą sprawę sam fakt, iż Odwołujący 2 nie złożył w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez innego zamawiającego dowodów (dokumentów) w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, którymi posłużył się w niniejszym postępowaniu prowadzonym przez Gminę Połczyn - Zdrój nie przesądza, iż wykonawca ATF nie dysponował tymi dokumentami w datach ich „wytworzenia”. W ocenie Izby Zamawiający nawet nie uprawdopodobnił, iż wykonawca ATF nie posiadał przedmiotowych dokumentów w

datach ich powstania, a decyzję o wykluczeniu wykonawcy ATF z postępowania oparł, jak sam wskazał, na „wysokim prawdopodobieństwie”, że ww. wykonawca dokumentów tych nie miał w czasie prowadzenia ww. postępowań przez Związek Celowy Gmin MG – 6, ponieważ ich w tamtych postępowaniach nie złożył.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę na stanowisko Odwołującego 2, który w toku postępowania odwoławczego wyjaśnił przyczyny niezłożenia części dowodów (dokumentów), w ramach instytucji uregulowanej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Związek Celowy Gmin MG – 6, a które wykonawca złożył w rozpoznawanej przez Izbę sprawie. Odwołujący 2 wskazał, iż w ww. postępowaniach dokonał nieprawidłowej interpretacji treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że dla samooczyszczenia się wykonawcy, wystarczające jest złożenie wyczerpujących wyjaśnień stanu faktycznego, wykazanie podjętej współpracy z organami oraz skutku, że podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy. Inaczej rzecz biorąc wykonawca złożył w ww. postępowaniach dowody potwierdzające skutki zastosowanych działań, a nie przedstawił dowodów na to, jakie środki techniczne, organizacyjne i kadrowe zostały przez ATF wdrożone, aby zapobiegać naruszeniom obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska w przyszłości.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż czynności wykonawcy ATF dokonane w ramach procedury samooczyszczenia miały charakter pozorny. Słusznie zauważył Odwołujący 2, że podjętym przez wykonawcę ATF środkom naprawczym w postaci m.in. wydania wewnętrznych zarządzeń, audytów, nałożenia kar porządkowych nie sposób przypisać pozorności, skoro skutki określone w ww. dokumentach istotnie nastąpiły. O pozorności działań wykonawcy ATF nie świadczy także w ocenie Izby podniesiona przez Zamawiającego okoliczność wydania siedmiu decyzji administracyjnych na przestrzeni lat.

Dalej Izba zauważa, że obowiązkiem Zamawiającego w świetle art. 24 ust. 9 ustawy Pzp jest ocena, złożonych przez wykonawcę korzystającego z instytucji samooczyszczenia, dowodów mających potwierdzać rzetelność danego wykonawcy. Analiza uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia Odwołującego 2 z postępowania prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie kwestionował treści złożonych przez wykonawcę w ramach ww. instytucji dowodów (dokumentów), co zresztą Zamawiający przyznał podczas rozprawy przed Izbą, a jedynie podważał ich rzetelność w aspekcie daty „wytworzenia” dokumentów. Innymi słowy Zamawiający nie wykluczył wykonawcy ATF z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp z uwagi na to, iż ocena złożonych przez wykonawcę środków dowodowych w ramach instytucji self – cleaningu doprowadziła Zamawiającego do wniosku, iż wykonawca ATF nie podjął odpowiednich środków naprawczych dla zapobiegnięcia w przyszłości naruszeniom

obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, lecz z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający odmówił wiarygodności dowodów złożonych przez Odwołującego 2.

W końcu dostrzec także należy, iż Zamawiający w niniejszej sprawie nie zastosował wobec wykonawcy ATF Sp. z o.o. Sp. k. przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 czy pkt 17 ustawy Pzp referujących do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd z uwzględnieniem stopnia winy.

Wziąwszy pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy ATF Sp. z o.o. Sp. k. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, była nieprawidłowa.

Zdaniem Izby nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MPGO Sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż radca prawny świadczący usługi prawne na rzecz Zamawiającego - Pan W. J. jest również członkiem rady nadzorczej ww. wykonawcy, zaś zgodnie z zasadą obiegu dokumentów radcowie prawni co najmniej opiniują dokumenty takie jak np. SIWZ.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Naruszenia ww. przepisu ustawy Pzp Odwołujący 2 upatrywał w wysoce prawdopodobnym udziale Pana W. J., będącego jednocześnie radcą prawnym świadczącym usługi prawne na rzecz Zamawiającego oraz członkiem rady nadzorczej MPGO Sp. z o.o., w przygotowaniu lub prowadzeniu niniejszego postępowania, a także w możliwości pozyskania przez wykonawcę informacji poufnych, które mogły dać przystępującemu po stronie Zamawiającego wykonawcy przewagę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podnoszony przez Odwołującego 2 zarzut nie znalazł potwierdzenia w okolicznościach rozpoznawanej przez Izbę sprawy. Z protokołu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zarządzenia nr 166/W/2018 Burmistrza Połczyna – Zdroju nie wynika, by Pan W. J. brał udział w przygotowaniu lub prowadzeniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym by opiniował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto Zamawiający wykazał, że w dniu 16 lutego 2018 r. zawarł z Panią adw. M. T. – S. umowę zlecenie, która jako członek komisji

przetargowej udzielała porad i opinii prawnych w niniejszym postępowaniu oraz miała dostęp do dokumentacji postępowania, jako osoba akceptująca dokumenty prawne. Nadto Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że właśnie z uwagi na okoliczność, iż Pan W. J. świadczy usługi obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego oraz jest członkiem rady nadzorczej MPGO Sp. z o.o. zdecydował się na zlecenie obsługi prawnej przedmiotowego postępowania niezależnemu prawnikowi z innej miejscowości. Jednocześnie wskazać należy, że okoliczność opiniowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej na potrzeby niniejszego postępowania została potwierdzona w złożonej przez Zamawiającego korespondencji elektronicznej prowadzonej z Panią adw. M. T. – S., która nie była podważana przez Odwołującego 2 w toku postępowania odwoławczego. Nadto Izba wskazuje, że Odwołujący 2, na którym ciąży wynikający z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek dowodowy nie wykazał, by wykonawca MPGO Sp. z o.o. przez osobę Pana W. J. uzyskał informacje poufne, które mogły dać przystępującemu po stronie Zamawiającego wykonawcy przewagę w niniejszym postępowaniu.

W świetle powyższych okoliczności zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zdaniem składu orzekającego Izby nie zasługiwał na uwzględnienie podniesiony przez Odwołującego 2 zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 uokik oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik polegający na zawarciu pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą MPGO Sp. z o.o. porozumienia, którego celem lub skutkiem było wykluczenie pozostałych wykonawców z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Za aktualną dla niniejszej sprawy uznać należy argumentację prawną zaprezentowaną powyżej przy przesłance wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 uokik oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

W ocenie Izby okoliczności faktyczne wskazane w treści odwołania nie uzasadniały zarzutu postawionego przez wykonawcę ATF.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że o zawarciu niedozwolonego prawem porozumienia pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą MPGO Sp. z o.o. nie świadczą *per se* powiązania kapitałowe między Zamawiającym a MPGO Sp. z o.o. Tym samym nie może budzić wątpliwości kwestionowany przez Odwołującego 2 w toku rozprawy przed Izbą udział Burmistrza Gminy Połczyn – Zdrój w Zgromadzeniach Wspólników spółki MPGO Sp. z o.o., skoro Gmina Połczyn – Zdrój jest jednym ze wspólników ww. Spółki. Wskazać również należy, iż brak jest przeszkód prawnych, by spółki prawa handlowego, stanowiące osobne podmioty, konkurowały w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Powyższego nielegalnego porozumienia pomiędzy organizatorem przetargu a wykonawcą MPGO Sp. z o.o., w ocenie Izby, nie dowodziła również okoliczność zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu dokonana przez Zamawiającego w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Połczyn - Zdrój ogłoszonym w BZP dniu 4 stycznia 2018 r. w zakresie wprowadzenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego 2 powyższe działanie Zamawiającego miało na celu ograniczenie konkurencji poprzez potencjalne wyeliminowanie spółki ATF z udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, iż modyfikacja postanowień treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert jest uprawnieniem Zamawiającego wynikającym z treści art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. W przypadku natomiast gdy zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza we właściwym publikatorze ogłoszenie o zmianie ogłoszenia (art. 38 ust. 4a ustawy Pzp). Skoro zatem zmiana treści SIWZ jest uprawnieniem Zamawiającego, to nie sposób uznać, że powyższa czynność Zamawiającego stanowiła jakieś nietypowe, nieoczywiste zdarzenie, które miałyby przesądzać o zawarciu „pionowej” zmowy przetargowej, której celem byłoby wyeliminowanie z postępowania wykonawców innych aniżeli, ten z którym zostało zawarte nielegalne porozumienie.

Zdaniem Izby nie budził również wątpliwości, w okolicznościach niniejszej sprawy, fakt przyznany przez MPGO Sp. z o.o., która wskazała, że poinformowała m.in. Zamawiającego – Gminę Połczyn – Zdrój o wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokach w sprawach zamówień prowadzonych przez Związek Celowy Gmin MG – 6. Skoro bowiem jednym ze współników spółki MPGO Sp. z o.o. jest Gmina Połczyn – Zdrój, to nie sposób uznać takiego działania za nietypowe.

Izba wskazuje, że również podniesienie przez Zamawiającego stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości na terenie gminy Połczyn – Zdrój znajduje racjonalne uzasadnienie w okolicznościach niniejszej sprawy. Za przekonujące Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego, który powyższą sytuację uzasadnił brakiem środków na sfinansowanie zamówienia, czego skutkiem było unieważnienie pierwszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był odbiór i transport odpadów z terenu Gminy Połczyn – Zdrój. Nadto Zamawiający wskazał, iż spoczywał na nim obowiązek zapewnienia finansowania zamówienia przed zaciągnięciem zobowiązania wynikającego z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z uwagi na powyższe nie sposób podzielić twierdzeń Odwołującego 2, iż zwiększenie przez Zamawiającego stawek z ww. tytułu wynikało z tego, iż Zamawiającemu znana była cena, którą wykonawca MPGO Sp. z o.o. zamierzał zaoferować w niniejszym postępowaniu.

Izba wskazuje, że także autonomiczna decyzja gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia - Zamawiającego, co do braku przewidzenia możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia, w przypadku nierozstrzygnięcia postępowania w zakładanych pierwotnie ramach czasowych, nie dowodzi zawarcia pionowej z umowy z jednym z uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Reasumując powyższe, zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący 2 nie dowiódł, iż wykonawca MPGO Sp. z o.o. wspólnie z Zamawiającym zawarł niedozwolone prawem porozumienie mające na celu wyeliminowanie konkurencji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, po to aby udzielić zamówienia wykonawcy MPGO Sp. z o.o. Twierdzenia Odwołującego 2 opierały się w zasadniczej mierze na niepopartych domniemaniach, którym Odwołujący 2 usiłował nadać nietypowy układ zdarzeń, którego źródłem miała być zмова przetargowa między Zamawiającym a MPGO Sp. z o.o.

W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła, by podejmowane przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania działania oraz zaniechania względem obu Odwołujących oraz MPGO Sp. z o.o., podniesione w kontekście zarzutu z umowy przetargowej między Zamawiającym a MPGO Sp. z o.o., uchybiały fundamentalnym zasadom udzielania zamówień publicznych wyrażonym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenia ww. zasad nie można w ocenie Izby wywodzić z przekazania Odwołującemu 2 zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy ATF z postępowania w piątek o godz. 14:17 na kilkadziesiąt minut przed zakończeniem dnia pracy. Izba wskazuje, iż przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiających obowiązku przekazywania wykonawcom informacji o dokonywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynnościach w określonym dniu, czy do określonej godziny. Przepisy ustawy Pzp nie regulują również czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, nie sposób w ocenie Izby zarzucać Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na niezakończoną procedurę badania i oceny ofert wykonawców.

Izba wskazuje, że również brak wątpliwości Zamawiającego co do treści oferty złożonej przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., w przeciwieństwie do kilkukrotnych wezwań Odwołującego 2, nie stanowi sam w sobie o naruszeniu fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238 ze zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości wpisy uiszczone przez obu Odwołujących. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego – wykonawcy LOTO SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy (sygn. akt: KIO 692/18) koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 11 100 zł, a także na rzecz Odwołującego – wykonawcy ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy (sygn. akt: KIO 693/18) koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę stanowiące łącznie kwotę 11 401,94 zł

Przewodniczący:

Członkowie:

.....