Sygn. akt: KIO 2128/23
Sygn. akt: KIO 2134/23

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk
Członkowie: Rafał Malinowski
Jolanta Markowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2023 r. przez odwołującego:
I. **Area D. M. z/s w Somiance** (Stary Mystkówiec 54b, 07206 Somianka) - KIO 2128/23;
II.**D. M. z/s w Somiance** (Stary Mystkówiec 55, 07206 Somianka) - KIO 2134/23
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Rembertów**(al. gen. A. Chruściela 28, 04401 Warszawa),
- przy udziale wykonawcy: **PARTNER D. A. Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2128/23 i KIO 2134/23,

orzeka:

1.Oddala odwołania;
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołujących: **Area D. M. z/s w Somiance**(Stary Mystkówiec 54b 07**I** 206 Somianka) oraz **D. M. z/s w Somiance** (Stary Mystkówiec 55 07206 Somianka) i:
2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisów uiszczonych od odwołania przez każdego z odwołujących po 15.000 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……..……..……..……..……..……...
……..……..……..……..……..……...
……..……..……..……..……..……...

Sygn. akt: KIO 2128/23
Sygn. akt: KIO 2134/23

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 21 lipca 2023 r. przez odwołujących: **Area D. M. z/s w Somiance** (Stary Mystkówiec 54b, 07206 Somianka) - KIO 2128/23 oraz **D. M. z/s w Somiance** (Stary Mystkówiec 55, 07206 Somianka)- KIO 2134/23 (Odwołujący 1 i Odwołujący 2) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Rembertów** w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Usługi zimowego oczyszczania ulic, placów Dzielnicy Rembertów m.st. Warszawy w latach 20232025". Numer referencyjny: UDVIIIWZP.271.5.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE pod numerem: 2023/S 084-257393.

Sygn. akt: KIO 2128/23

Odwołujący 1 podał, że wnosi odwołanie (...) dotyczące czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. postępowaniu i zarzucił dokonanie błędnej oceny i badania ofert, tj. niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Partner D. A.. Wskazał, że „Odwołujący jako wykonawca znajdujący się na 2 miejscu w rankingu oceny ofert (na 1 miejscu po wykonawcy, którego oferta została odrzucona) posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż zaniechania Zamawiającego skutkują wyborem oferty wykonawcy D. A. pomimo, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego niezasadnie odrzucona. W konsekwencji zaniechanie wyboru oferty Odwołującego spowoduje szkodę w postaci utraconych korzyści. Gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert wówczas Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie".
Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo iż Odwołujący nie jest w grupie kapitałowej z D. M. i nie zawarł z tym wykonawcą jakiegokolwiek porozumienia a wobec tego nie podlega wykluczeniu z postępowania.
Wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym uwzględnienie oferty Odwołującego.
W uzasadnieniu podał:
Zamawiający prowadzi postępowanie w przedmiocie usługi zimowego oczyszczania ulic, placów Dzielnicy Rembertów m.st. Warszawy w latach 2023-2025. W postępowaniu oferty złożył zarówno Odwołujący jak i jego ojciec D. M. oraz inni wykonawcy.
Zamawiający w dniu 13.07.2023 r. przekazał lakoniczną informację o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując jako podstawę prawną art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp:
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. (…) Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.
Zamawiający odwołał się do faktu, iż wykonawca D. M. na wezwanie z art. 128 ustawy Pzp nie złożył w wyznaczonym terminie stosownych uzupełnień i wywiódł jak niżej:
D. M., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka, na tym etapie postępowania miał już świadomość, że drugą w kolejności jest oferta AREA D. M., Stary Mystkówiec 54B, 07206 Somianka i zdawał sobie sprawę, że nie złożenie wyjaśnień/dokumentów na wezwanie Zamawiającego spowoduje wykluczenie go z postępowania i może doprowadzić do wyboru oferty nr 3.
Zdaniem Zamawiającego działania takie zakłócają konkurencję, spełniając tym samym przesłanki wymienione w art. 108. ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, tj. składania odrębnych ofert w ramach jednej grupy kapitałowej. Domniemywanie przez ustawodawcę istnienia porozumienia przez działania w ramach jednej grupy kapitałowej jest w przypadku osób fizycznych tożsame z działaniem w ramach rodziny, a z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym

postępowaniu o udzielenie zamówienia, na co wskazują m.in. bliskie adresy wykonawcy i przedsiębiorcy o tym samym nazwisku. Analiza okoliczności faktycznych sprawy pozwala na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że wykonawcy zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający, na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę, lecz zmuszony był do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert.
Potwierdzeniem przesłanek jest działanie obu podmiotów, które polegało na działaniu jednego z nich, oferującego niższą cenę, prowadzącym do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty, skutkującego umożliwieniem wyboru oferty drugiego z nich, oferującego wyższą cenę. Powyższe potwierdza realizację hipotezy z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i uzasadnia wykluczenie obu wykonawców z tego powodu. Z powyższą oceną Odwołujący się nie zgadza i zaprzecza jakoby był w grupie kapitałowej z D. M., jak również aby zawarł z tym wykonawcą jakiekolwiek porozumienie.
Zamawiający usiłuje wykazać przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp sugerując jakoby osoby powiązane więzami rodzinnymi niejako automatycznie pozostawały w grupie kapitałowej.
Uzasadnienie Zamawiającego jest lakoniczne i pozostaje obok faktycznych przesłanek wynikających z ww. przepisu. Zamawiający bowiem nie referuje w uzasadnieniu zarzutu do rozumienia grupy kapitałowej wedle obowiązującej Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.) lecz wskazuje jedynie, że sam fakt posiadania powiązań rodzinnych przesądza o istnieniu tej grupy.
Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Tym samym grupę kapitałową tworzą przedsiębiorca dominujący i przedsiębiorcy zależni. Dla stwierdzenia istnienia grupy kapitałowej zasadniczym pozostaje fakt sprawowania kontroli nad przedsiębiorcą zależnym, co wymaga również wykazania, że mamy do czynienia z posiadaniem pozycji dominującej i zależnej przedsiębiorców. Jeśli warunki te są spełnione możliwe jest zakwalifikowanie wykonawców jako pozostających w tej samej grupie kapitałowej.
Z punktu widzenia prowadzonej analizy ważne jest również ustalenie czym jest przejęcie kontroli. Art. 4 pkt 4 ustawy uokik zawiera definicję tego pojęcia. Stosownie do tego przepisu przez przejęcie kontroli należy rozumieć uzyskanie przez przedsiębiorcę wszelkich form bezpośrednich lub pośrednich uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. W publikacji Banasiński Cezary (red.), Piontek Eugeniusz (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz wskazano na 6 przypadków, w których dochodzi do przejęcia kontroli, a mianowicie:
–dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
–uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
–członkowie zarządu lub rady nadzorczej przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
–dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
–prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
–umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.
Wyłącznie dwie ostatnie przesłanki mogą być potencjalnie adekwatne do sytuacji przedsiębiorców prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą z jaką mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu jednak żadna z tych okoliczności nie występuje w przypadku relacji wykonawców D. M. i D. M..
Zamawiający w ogóle nie wykazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, jakoby jeden przedsiębiorca miał prawo choćby do części mienia drugiego wykonawcy, w ogóle nie wskazał również który z przedsiębiorców miałby być podmiotem zależnym
Zamawiający również nie wykazał, czy choćby nie uprawdopodobnił, aby jeden z wykonawców miał z drugim zawartą jakąkolwiek umowę przewidującą zarządzanie jego przedsiębiorstwem czy aby przekazywał zysk.
Odwołujący oświadcza, że żadna z ww. okoliczności nie zaistniała w jego relacji z firmą D. M.. Wykonawcy prowadzą odrębną działalność, pod innym adresem i nie ustalają wspólnie warunków na jakich będą składać oferty i w jakich postępowaniach będą brać udział. Wykonawcy kierują się własną swobodą i wolnością decyzji w tym zakresie gdyż żaden z nich nie jest związany opinią drugiego i nie ma decydującego wpływu na prowadzoną działalność czy zarządzanie majątkiem. Paradoksalnie, wykonawcy aby mieć pewność, że nie spotkają się z zarzutem wzięcia udziału w jednym postępowaniu musieliby dokonywać porozumienia polegającego na ustaleniu, który wykonawca ma wziąć udział w którym postępowaniu co z kolei mogłoby być poczytane za niedozwolone dzielenie rynku.
Nie istnieje więc przepis, który by ograniczał swobodę działalności gospodarczej na tej podstawie, że dwaj przedsiębiorcy są powiązani więzami rodzinnymi. Umocowanie do prowadzenia działalności na zasadzie swobody wynika z Konstytucji RP i odebranie przedsiębiorcom powiązanym rodzinnie tej możliwości stałoby w sprzeczności z ustawą zasadniczą.
Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy, dla stwierdzenia istnienia grupy kapitałowej konieczne byłoby wykazanie przez Odwołujących istnienia takiego powiązania między przedsiębiorcami D. M. i D. M., które pozwalałoby stwierdzić ten rodzaj zależności, w którym można przypisać rolę przedsiębiorcy dominującego oraz zależnego. Zamawiający w swojej argumentacji w ogóle nie odniósł się zaś to tej definicji i nie wykazał jakoby podmioty te posiadały jakikolwiek stosunek zależności. Ustalenie, iż wykonawcy są w grupie kapitałowej powinno być pierwszą z czynności jakie podejmuje Zamawiający jeśli rozważa zastosowanie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nie można na tej podstawie prawnej wyeliminować ofert wykonawców, którzy w grupie kapitałowej nie funkcjonują.
W tym zakresie należy powołać stanowisko prezentowane w orzecznictwie, np. w wyroku z 16.09.2020r., sygn. akt KIO 2102/20 dotyczącym ofert składanych przez małżonków w tym samym postępowaniu, iż same relacje rodzinne nie są wystarczające do stwierdzenia, iż jeden z przedsiębiorców ma pozycję dominującą poprzez sprawowanie kontroli nad przedsiębiorcą zależnym (…) Izba podkreśliła ponadto, że istnienie powiązań z innym wykonawcą nie prowadziło do uzyskania przewagi konkurencyjnej, w tym znaczeniu iż stwarzało lepsze warunki do złożenia korzystniejszej oferty (…) Izba nie miała podstaw do przyjęcia, iż porozumienie miało charakter anty konkurencyjny. Również w wyroku z 4.06.2021 r. sygn. akt KIO 1083/21 w podobnym stanie faktycznym dotyczącym małżonków Izba wskazała, iż aby takakontrola

miała miejsce konieczne jest wskazanie formy wpływu, jaki podmiot dominujący miał mieć na drugiego przedsiębiorcę w sferze biznesowej. Przy dwóch równych podmiotach nie można ustalić wyłącznie na podstawie relacji rodzinnych, iż istnieje zależność wynikająca, np. z większościowego udziału głosu, czy też udziału w mieniu wspólnym lub innej formy pozwalającej na wywieranie wpływu na podejmowane decyzje biznesowe. Decyzja o złożeniu oferty w tym samym postępowaniu nie jest wystarczająca dla ustalenia, iż była podyktowana wspólnym celem gospodarczym.
Analogiczna sytuacja złożenia ofert przez ojca i syna była rozstrzygana przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 886/21, w której Izba wydała wyrok w dniu 14.05.2021r. Izba wzięła pod uwagę, iż zarówno ojciec jak i syn prowadzili odrębne działalności gospodarcze i orzekła, że nie było podstaw do uznania, iż podmioty te są w grupie kapitałowej, a więc nie zachodziły przesłanki do zastosowania wykluczenia wykonawców z postępowania. Również w najnowszym orzecznictwie Izba w dniu 4.04.2023 r. wydała wyrok sygn. akt KIO 599/23, KIO 619/23, KIO 622/23, w którym stwierdziła wprost i jednoznacznie, że powiązania rodzinne nie mogą przesądzić, że mamy do czynienia z kontrolą w rozumieniu art. 4 pkt 14 uokik. Okoliczność ta nie przesądza o istnieniu grupy kapitałowej. Zwrócić uwagę należy, że przepisy ustawy Pzp nie zabraniają udziału w postępowaniu wykonawcom, których łączy relacja rodzinna.
Wobec powyższej argumentacji Odwołujący oświadcza kategorycznie, że w jego ocenie nie wchodzi w skład grupy kapitałowej z firmą D. M., gdyż prowadzi osobną działalność choć w tej samej branży, do czego na mocy art. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 221) ma prawo i nie jest kontrolowany przez swojego ojca ani bezpośrednio ani pośrednio w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów czy też nie ma choćby prawa do całego albo części mienia tego wykonawcy, o czym traktuje art. 4 pkt 4 lit. e i f ww. ustawy. Istotne jest, że tego typu powiązania nie zachodzą, gdyż przedsiębiorcy są wobec siebie całkowicie niezależni. Również na etapie składania oferty Odwołujący samodzielnie podjął decyzję dotyczącą tego, ze będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego, a okoliczności przeciwne nie zostały choćby uprawdopodobnione przez Zamawiającego, który w uzasadnieniu w ogóle nie podjął argumentacji na ten temat wywodząc jedynie podstawę na istnienie porozumienia z faktu, że D. M. nie złożył w terminie uzupełnienia.
Odnosząc się zaś do samej tezy o istnieniu porozumienia, Odwołujący wskazuje, że również w tym zakresie Zamawiający nie wykazał jego istnienia. Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: "*aby można stwierdzić, że doszło do istnienia zmowy, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmowy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.*" (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1529/22). W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 29.08.2022 r., KIO 2051/22 Izba wskazała, że z samego faktu, że wykonawca nie zareagował na wezwanie Zamawiającego nie można wywodzić, iż doszło do zakłócającego konkurencję porozumienia.
Brak reakcji na wezwanie jest częstym zjawiskiem wśród wykonawców i w tej konkretnej sytuacji mógł być powodowany wieloma czynnikami, zupełnie niezależnymi od Odwołującego. Ze wskazanych wyżej powodów Odwołujący uważa, że Zamawiający wywiódł zbyt daleko idące wnioski z faktu, że Odwołujący złożył ofertę w jednym postępowaniu, co jego członek rodziny i niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego. Z tego powodu wnoszę jak na wstępie.
Na marginesie Odwołujący wskazuje za orzecznictwem, że przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp nie jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, ale umożliwiającym ekskulpację przez wykazanie sporządzenia ofert niezależnie od siebie (wyrok z dnia wyrok z dnia 1 lutego 2023 r sygn. akt 153/23). Zamawiający nie wyczerpał trybu ekskulpacji i nie wezwał Odwołującego w tym zakresie do żadnych wyjaśnień. Wykonawca nie miał więc w ogóle szansy na wykazanie, że przygotował ofertę niezależnie od wykonawcy D. M..

Do postępowania odwoławczego przystąpienie w piśmie z dnia 27/07/23 zgłosił wykonawca Partner D. A. sp. z o. o. z/s w Warszawie, który wniósł o oddalenie odwołania wskazując w szczególności:
Termin zgłoszenia przystąpienia:
Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia wynosi 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Przystępujący dowiedział się o treści wniesionego Odwołania w dniu 24.07.2023 r. zgodnie z treścią wiadomości przesłanej przez Zamawiającego. Odpisy przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego – dowody w załączeniu.
Interes Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego:
Stosownie do treści art. 525 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp wskazuję, że Przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza kwestionowaną przez Odwołującego czynnością. Oddalenie odwołania umożliwi mu zatem uzyskanie i realizację przedmiotu zamówienia. Przystępujący wskazuje ponadto, że kwestionowane odwołaniem czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zostały dokonane bez naruszenia przepisów ustawy Pzp. W ocenie Przystępującego zarzuty odwołania są całkowicie pozbawione uzasadnienia zarówno prawnego jak i faktycznego oraz pozorne. Wskazuję, że zgodnie z treścią art. 525 ust. 2 ustawy Pzp kopia przystąpienia została przesłana w dniu 27.07.2023 r. Zamawiającemu oraz Odwołującemu na dowód czego składam potwierdzenie przesłania zgłoszenia przystąpienia.
Odnosząc się syntetycznie do zarzutów i żądań podniesionych w treści odwołania:
Jak wynika z przebiegu postępowania Odwołujący złożył wraz z ofertą wymagane przez Zamawiającego oświadczenie wstępne na formularzu JEDZ. Wskazać należy, że Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że: Analiza okoliczności faktycznych sprawy pozwala na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że wykonawcy zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający, na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę, lecz zmuszony był do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert. *Przebieg postępowania wskazuje, że:*
1.Obydwaj odrzuceni wykonawcy złożyli niekompletne JEDZ
2.Niekompletne JEDZ dotyczyły tych samych lub podobnych pytań:
W przypadku Wykonawcy D. M.:
Wykonawca nie wypełnił JEDZ w części dotyczącej możliwości bezpłatnego uzyskania przez Zamawiającego z bazy danych państwa członkowskiego UE dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Wykonawca nie zaznaczył żadnej odpowiedzi w wierszach „Czy informacje te mogą zostać bezpłatnie uzyskane przez instytucje z bazy danych państwa członkowskiego UE" znajdujących się poniżej każdej przesłanki wykluczenia. Informacje niezbędne w celu uzyskania przez zamawiającego dokumentów potwierdzających bezpośrednio za pomocą bazy danych (na

warunkach określonych w art. 59 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE) stanowią obligatoryjny element oświadczenia JEDZ. oraz Wykonawca wypełniając wiersze JEDZ odnoszące się do podstaw wykluczenia (część III sekcja A: Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo) nie zaznaczył żadnej odpowiedzi w wierszu dotyczącym nw. pytania:- Pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu.
W przypadku AREA D. M.:
Wykonawca nie wypełnił JEDZ w części dotyczącej możliwości bezpłatnego uzyskania przez Zamawiającego z bazy danych państwa członkowskiego UE dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Wykonawca nie zaznaczył żadnej odpowiedzi w wierszach „Czy informacje te mogą zostać bezpłatnie uzyskane przez instytucje z bazy danych państwa członkowskiego UE" znajdujących się poniżej każdej przesłanki wykluczenia. Informacje niezbędne w celu uzyskania przez zamawiającego dokumentów potwierdzających bezpośrednio za pomocą bazy danych (na warunkach określonych w art. 59 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE) stanowią obligatoryjny element oświadczenia JEDZ. (dokładnie to samo pominięcie jak w przypadku Odwołującego)
Ponadto wykonawca wypełniając wiersze JEDZ odnoszące się do podstaw wykluczenia (część III sekcja A: Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo) nie zaznaczył żadnej odpowiedzi w wierszach dotyczących nw. pytań:
- korupcja
- praca dzieci i inne formy handlu ludźmi
3.W ocenie Przystępującego sposób wypełnienia i pominięcia w JEDZ podobnych lub tych samych pytań sugerują, że działania te w fazie złożenia oferty miały po pierwsze zaplanowany i nieprzypadkowy charakter a po drugie dawały możliwości w zależności od kolejności ofert w postępowaniu wpłynięcia na jego wyniki.
4.Odwołujący od wielu lat ubiega się o zamówienia publiczne - trudno zatem wytłumaczyć przyczynę pominięcia tak oczywistych pytań w JEDZ - w dodatku w przypadku narzędzia ESPD ustawionych domyślnie z odpowiedziami NIE (podlega wykluczeniu).
5.Odwołujący uzupełnił niekompletny JEDZ na wezwanie Zamawiającego w przeciwieństwie do wykonawcy D. M. który w rankingu ofert poprzedzał Odwołującego. Dzięki nie uzupełnieniu przez Wykonawcę D. M. JEDZ Odwołujący uzyskał możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej.
6.W postępowaniu Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium co mogło stanowić dodatkowy argument za możliwością zastosowania niedozwolonego porozumienia, mającego na celu wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Przystępującego okoliczności sprawy w powiązaniu z więzami rodzinnymi oraz sąsiadującymi adresami prowadzonej działalności gospodarczej obydwu wykonawców wskazują, że zaniechanie uzupełnienia JEDZ przez Odwołującego było związane z działaniem zmierzającym do uzyskania bezpośredniego wpływu na wynik przedmiotowego postępowania a czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy z postępowania została podjęta w sposób prawidłowy.

Zamawiający w odpowiedzi na podnoszone w odwołaniu zarzuty w piśmie z dnia 31/07/23 wniósł: (1) o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu stanowiska podał: „Odwołanie Wykonawcy AREA D. M. jest całkowicie bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie z następujących względów. Pismem z dnia 11 lipca 2023r. Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Wykonawcę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Do podjęcia takiej decyzji zmusiły Zamawiającego zdarzenia, jakie miały miejsce po otwarciu ofert złożonych przez wykonawców, dotyczące ofert złożonych przez:
− AREA D. M., Stary Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka – oferta nr 3 na kwotę 1 463 522,80 PLN
− D. M., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka – oferta nr 4 na kwotę 1 220 185,70 PLN.
Okazało się bowiem, że oferty te podlegały uzupełnieniu bądź wyjaśnieniu, w związku z czym Zamawiający w dniu 28.06.2023 r. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy wezwał obydwu wykonawców do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia treści JEDZ. W wyznaczonym terminie tylko Wykonawca nr 3 złożył dokumenty, natomiast wykonawca nr 4 (z najniższą ceną) nie złożył ani wyjaśnień ani nie uzupełnił treści JEDZ. Miało to miejsce w momencie, gdy D. Mmiał już świadomość, że drugą w kolejności jest oferta AREA D. M. (z różnicą w cenie ponad 200.000 PLN) i zdawał sobie sprawę, że nie złożenie wyjaśnień/dokumentów na wezwanie Zamawiającego spowoduje wykluczenie go z postępowania i najprawdopodobniej doprowadzi do wyboru droższej oferty - złożonej przez D. M.. Tymczasem zgodnie z przepisem art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Ustawowe domniemanie istnienia porozumienia wykonawców przez działania w ramach jednej grupy kapitałowej jest w przypadku osób fizycznych tożsame z działaniem w ramach najbliższej rodziny.
W niniejszej sprawie mamy tymczasem do czynienia z sytuacją, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr UD-VIII-WZP.271.5.2023 oferty nr 3 i nr 4 zostały złożone przez ojca i syna prowadzących działalność gospodarczą w bezpośrednim sąsiedztwie i są to okoliczności bezsporne pomiędzy stronami i wynikają wprost z treści odwołania. W ocenie Zamawiającego, z analizy przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Usługi zimowego oczyszczania ulic, placów Dzielnicy Rembertów m. st. Warszawy w latach 2023-2025" wynika, że wykonawcy D. M. i D. M. zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający, na skutek działań podjętych przez nich nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę, lecz miał zostać zmuszony do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert.
Potwierdzeniem przesłanek jest działanie obu podmiotów, które polegało na działaniu jednego z nich, oferującego niższą cenę, prowadzącym do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty, skutkującego umożliwieniem wyboru oferty drugiego z nich, oferującego wyższą cenę. Powyższe potwierdza realizację hipotezy z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i uzasadnia wykluczenie obu wykonawców z tego powodu. Do wyciągnięcia takich wniosków upoważniała Zamawiającego także analiza dokumentacji innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym uczestniczyli AREA D. M. i D. M., tj. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było prowadzone przez Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Oczyszczania Miasta w postępowaniu nr ZOM/KP/8/23 (pełna dokumentacja dostępna pod adresem: (...), w którym to postępowaniu z kolei D. M., który złożył najkorzystniejszą ofertę na realizację części VII zadania, odmówił podpisania umowy w tym celu, aby umowę na kwotę wyższą mógł zawrzeć AREA D. M..Dowód: - Informacja z otwarcia ofert na „Ręczne oczyszczanie na terenie m. st. Warszawy" – nr ZOM/KP/8/23 z dnia 21.04.2023r.;- Zawiadomienie o wyniku przetargu nieograniczonego dot. zamówienia nr ZOM/KP/8/23 na „Ręczne

oczyszczanie na terenie m. st. Warszawy" z dnia 31.5.2023r.
Sygn. akt: KIO 2134/23
Odwołujący 2 podał, że (…) Wykonawca D. M. (Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka) (dalej jako „Odwołujący") posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył go z postępowania i odrzucił jego ofertę. Zamawiający bezpodstawnie stwierdził, że Odwołujący zawarł z wykonawcą AREA D. M. (Stary Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka) (dalej jako „AREA D. M."), który również złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu — porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz uznał, że wykonawcy należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty. Zamawiający' nieprawidłowo ocenił stosunek między wykonawcami — niezasadnie uznając, że zawarli oni porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz że są członkami grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zamawiający nieprawidłowo ocenił sytuację, w której Odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień / uzupełnienia treści JEDZ. Zamawiający nie podejmując działań mających na celu wyjaśnienie okoliczności w tym zakresie - założył że działanie Odwołującego było celowe i stanowiło przejaw zawarcia niedozwolonego porozumienia. Zamawiający wbrew oświadczeniom Odwołującego zawartym w treści JEDZ, uniemożliwiając złożenie wyjaśnień w tym zakresie uznał również, że Odwołujący i wykonawca AREA D. M. należą do tej samej grupy kapitałowej. Gdyby Zamawiający właściwie zbadał ofertę Odwołującego oraz prawidłowo zastosował przepisy ustawy PZP — nie uznałby, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wówczas nie wykluczyłby Odwołującego z postępowania z powodu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, w konsekwencji nie odrzuciłby oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. W tej sytuacji Odwołujący uzyskałby zamówienie bowiem nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta jest najkorzystniejsza spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W wyniku stwierdzenia, że Odwołujący zawarł porozumienie ograniczające konkurencję — Odwołujący może ponieść szkodę w związku z przyszłymi postępowaniami o. udzielenie zamówienia publicznego, w których mógłby złożyć ofertę. Wykluczenie to będzie bowiem stanowić podstawę do wykluczenia Odwołującego z przyszłych postepowań o udzielenie zamówienia publicznego, co może istotnie wpłynąć na jego sytuację ekonomiczną".
Odwołujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp — poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty - w sposób nagły i przedwczesny - tj. bez wyjaśnienia przyczyn braku złożenia wyjaśnień/uzupełnień JEDZ w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.06.2023 r., bez uprzedniego wykluczenia Odwołującego z powodu braku złożenia wyjaśnień/uzupełnień JEDZ w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.06.2023 r., oraz w związku z nieuzasadnionym stwierdzeniem, że Odwołujący zawarł z wykonawcą AREA D. M. porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, dlatego że są osobami fizycznymi działającymi w ramach jednej rodziny;
II. art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275) (dalej jako „Uokik") — poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego ofeIT w związku ze stwierdzeniem, że Odwołujący wraz z wykonawcą AREA D. M. należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, dlatego, że są osobami fizycznymi działającym w ramach jednej rodziny, oraz złożyli odrębne oferty w postępowaniu, podczas' gdy Odwołujący jest samodzielnym i niezależnym przedsiębiorcą, nie mającym wpływu na innych przedsiębiorców i nie należy do grupy kapitałowej z wykonawcą AREA D. M., przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenie wyjaśnień w tym zakresie;
III. art. 128 ust. 1 Pzp — poprzezzaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w sytuacji, gdy Odwołujący wezwany do wyjaśnień treści JEDZ w trybie art. 128 ust. 4 — nie złożył wyjaśnień w wyznaczonym terminie;
IV. art. 239 ust. 1 PZP — poprzez wybór oferty wykonawcy PARTNER D. A. (ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa) oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. (...)
Zarys wstępny sprawy: (...)
2.W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców:

	Nazwa (firma) Wykonawcy	Zaoferowana cena
1	POLSUPER sp. z o.o.	1 714 061,73 PLN
2	PARTNER D. A.	1 661 838,71 PLN
3	AREA D. M.	1 463 522,80 PLN
4	D. M.	1 220 185,70 PLN

3.W dniu 28.06.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 4 PZP do wyjaśnień treści JEDZ. W wezwaniu Zamawiający wyraził wątpliwości w stosunku do treści złożonego dokumentu JEDZ. Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień — wezwał wykonawcę alternatywnie do uzupełnienia dokumentu JEDZ na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, jednak wezwanie do uzupełnienia uzależnił od oceny wyjaśnień — do których wezwał Odwołującego w pierwszej kolejności. Poniżej treść wezwania z 28.06.2023 r.: (...)
Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie treści JEDZ.
I.Wykonawca wypełniając wiersze JEDZ odnoszące się do podstaw wykluczenia (część III sekcja B: (...) zaznaczył „TAK", co oznacza, że Wykonawca dopuścił się naruszenia swoich obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenie (....). W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści ww. oświadczenia i podania przyczyny wykazania, że podlega on wykluczeniu z postępowania na powyższej podstawie. Jeśli działanie Wykonawcy spowodowane było pomyłką polegającą na błędnym zakreśleniu słów w formularzu i Wykonawca w rzeczywistości nie podlega wykluczeniu, Zamawiający na podstawie art. 128 ust 1 wzywa do

uzupełnienia JEDZ".

II. Ponadto Zamawiający informuje, że Wykonawca nie wypełnił JEDZ w części dotyczącej możliwości bezpłatnego uzyskania przez Zamawiającego z bazy danych państwa członkowskiego UE dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Wykonawca nie zaznaczył żadnej odpowiedzi w wierszach „Czy informacje te mogą zostać bezpłatnie uzyskane przez instytucje z bazy danych państwa członkowskiego UE znajdujących się poniżej każdej przesłanki wkluczenia. Informacje niezbędne w celu uzyskania przez zamawiającego dokumentów potwierdzających bezpośrednio za pomocą bazy danych (na warunkach określonych w art. 59 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE) stanowią obligatoryjny element oświadczenia JEDZ.

Dodatkowo Wykonawca wypełniając wiersze JEDZ odnoszące się do podstaw wykluczenia (część III sekcja A: związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo) nie zaznaczył żadnej odpowiedzi w wierszu dotyczącym nw. pytania:
- Pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu
W związku z powyższym złożony JEDZ jest niekompletny.
Jeśli zatem wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie punktu „r, wykaże, że nie podlega wykluczeniu i jego działanie było spowodowane błędnym wypełnieniem JEDZ, Zamawiający wzywa do uzupełnienia JEDZ również w zakresie wskazanym w punkcie „II".

4.Wezwanie przesłano Odwołującemu za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 28.06.2023 r. o godz. 13:51 . Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień do dnia 3.07.2023 r. do godz. 10.00.

5. Odwołujący nie odczytał wezwania do wyznaczonego terminu złożenia odpowiedzi — o czym Zamawiający miał świadomość ze względu na brak komunikatu potwierdzenia odczytania wiadomości na platformie zakupowej. Mimo powyższego Zamawiający zaniechał dalszych czynności — w szczególności nie kontaktował się z Wykonawcą, ani nie informował go w żaden inny sposób o skierowanym wezwaniu z dnia 28.06.2023 r. Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

6. Zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania ze względu na brak złożenia wyjaśnień i uzupełnienia JEDZ, nie dokonał również żadnych wyjaśnień przyczyn braku złożenia wyjaśnień JEDZ — w sposób natychmiastowy wykluczył Odwołującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Pismem datowanym na dzień 11.07.2023 r. (a przesłanym Odwołującemu w dniu 13.07.2023r.) Zamawiający poinformował jednocześnie o wykluczeniu z postepowania Odwołującego oraz o odrzuceniu jego oferty. Jednocześnie w dniu 13.07.2023 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania (platformie zakupowej) informację o wyniku postępowania. Uzasadniając czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, Zamawiający wskazał:

„W przedmiotowym postepowaniu zostały złożone oferty przez dwie nw. firmy:
Oferta nr 3 - AREA D. M., Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka - 1 463 522,80 PLN
Oferta nr 4 - D. M., Staw Mystkówiec 55, 07-206 Somianka - 1220185,70 PLN

W związku z tym, że zarówno oferta nr 3 jak i oferta nr 4 podlegały uzupełnieniu bądź wyjaśnieniu, Zamawiający w dniu 28.06.2023 r. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy wezwał obydwu wykonawców do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia treści JEDZ. W wyznaczonym terminie tylko Wykonawca nr 3 złożył dokumenty, natomiast wykonawca nr 4 (z najniższą ceną) nie złożył ani wyjaśnień ani uzupełnienia. Zauważyć należy, że D. M. (...), na tym etapie postępowania miał już świadomość, że drugą w kolejności jest oferta AREA D. M. (...) i zdawał sobie sprawę, że nie złożenie wyjaśnień/dokumentów na wezwanie Zamawiającego spowoduje wykluczenie go z postępowania i może doprowadzić do wyboru oferty nr 3. Zdaniem Zamawiającego działania takie zakłócają konkurencję, spełniając tym samym przesłanki wymienione w art. 108. ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, 5. składania odrębnych ofert w ramach jednej grupy kapitałowej. Domniemanie przez ustawodawcę istnienia porozumienia przez działania w ramach jednej grupy w przypadku osób fizycznych tożsame z działaniem w ramach rodziny, a z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, na co wskazują m.in. bliskie adresy wykonawcy i przedsiębiorcy o tym samym nazwisku. Analiza okoliczności faktycznych sprawy pozwala na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że wykonawcy zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w mu postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający, na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów ofert, a zarazem mającej najniższą cenę, lecz zmuszony był do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert. Potwierdzeniem przesłanek jest działanie obu podmiotów, które polegało na działaniu jednego z nich, oferującego niższą cenę, prowadzącym do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty, skutkującego umożliwieniem wyboru oferty drugiego z nich, oferującego wyższą cenę. Powyższe potwierdza realizację hipotezy z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP i uzasadnia wykluczenie obu wykonawców z tego powodu.

7. W ramach prowadzonego postepowania Zamawiający nie podejmował czynności mających na celu wyjaśnienie okoliczności, które stały się podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania — tj. w szczególności Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rzekomych powiązań z innym wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Przechodząc do uzasadnienia poszczególnych zarzutów odwołania należy wskazać co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty - w sposób nagły i przedwczesny tj. bez wyjaśnienia przyczyn braku złożenia wyjaśnień/uzupełnień JEDZ w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.06.2023 r.. bez uprzedniego wykluczenia Odwołującego z powodu braku złożenia wyjaśnień/uzupełnień JEDZ w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.06.2023 r., oraz w związku z nieuzasadnionym stwierdzeniem, że Odwołujący zawarł z wykonawcą AREA D. M. porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, dlatego że są osobami fizycznymi działającymi w ramach jednej rodziny; oraz

II. zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 4 pkt 14 Uokik — poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty w związku ze stwierdzeniem, że Odwołujący wraz z wykonawca AREA D. M. należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. dlatego, że są osobami fizycznymi działającym w ramach jednej rodziny. oraz złożyli odrębne oferty w postepowaniu. podaas gdy Odwołujący jest samodzielnym i niezależnym przedsiębiorcą, nie mającym wpływu na innych przedsiębiorców i nie należy do qrupy kapitałowej z wykonawcą AREA D. M.. przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenie wyjaśnień w tym zakresie:

(Łączne uzasadnienie do powyższych zarzutów):

1.Zamawiający dokonał natychmiastowego (bez żadnych wyjaśnień przyczyn braku złożenia wyjaśnień w zakresie JEDZ) — wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp — zarzucając zmowę przetargową.

2.Co istotne — Zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu braku złożenia wyjaśnień/uzupełnień JEDZ — a więc nie nastąpiła czynność, która stanowi podstawę działania Zamawiającego (Zamawiający zarzuca zmowę przetargową polegającą na braku wyjaśnienia JEDZ przez Odwołującego, zarzucając mu działanie „w zmowie" a jednocześnie — nie wykluczył Odwołującego z powodu braku wyjaśnienia/uzupełnienia 'EDZ — co powoduje, że brak jest podstawy do twierdzenia, że brak wyjaśnienia miał znaczenie istotne dla wyboru oferty.
3.Zamawiający tylko raz wezwał do wyjaśnień — a ponieważ Odwołujący nie odebrał tej korespondencji — miał świadomość, że wezwanie do wyjaśnień — NIE DOTARŁO do Odwołującego.
4.Należy podkreślić, że Zamawiający miał świadomość braku otwarcia pliku z wezwaniem do wyjaśnień przez Odwołującego i w żaden sposób nie próbował tego wyjaśnić.
5.Zamawiający ma świadomość, że Wykonawca odbierając wiele wiadomości na platformach przetargowych — może przypadkowo pominąć pismo Zamawiającego (jakiekolwiek pismo) i pozostawić je nieotwarte w skrzynce odbioraej.
6.W niniejszej sytuacji — odwołujący D. M. nie otrzymał możliwości wyjaśnienia sytuacji polegającej na tym, że wiadomość nie została przez niego otworzona wskutek przypadkowego jej pominięcia.
7.Zamawiający upatruje rzekomego zawarcia porozumienia naruszającego konkurencję pomiędzy Odwołującym, a wykonawcą AREA D. M. z dwóch powodów:
1)między wykonawcami występują powiązania rodzinne (cyt. z uzasadnienia wykluczenia: „bliskie adresy wykonawcy i przedsiębiorcy o tym samym nazwisku');
2)odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień treści JEDZ — nie złożył ich w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.
żadna z powyższych okoliczności nie przesądza o zawarciu przez wykonawców porozumienia naruszającego konkurencję, ani o przynależności wykonawców do jednej grupy kapitałowej.
8. Odnosząc się do powiązań między wykonawcami należy wskazać, że pokrewieństwo między wykonawcami — nie miało żadnego wpływu na przygotowanie oferty przez Odwołującego, jak i podejmowane przez niego działania w toku postępowania o udzielenie zamówienia.
Odwołujący oraz wykonawca AREA D. M. to dwaj odrębni od siebie przedsiębiorcy.
Odwołujący się wykonawca prowadzi działalność w formie Ew. jednoosobowej działalności gospodarczej od 2004 r. W tym czasie zrealizował wiele zamówień publicznych, wśród nich między innymi zamówienia wykonane w ostatnich latach o zbliżonym przedmiocie zamówienia co w przedmiotowym postępowaniu: Ręczne oczyszczanie m.st Warszawy - Praga Południe, Wawer; - Ręczne oczyszczanie m.st Warszawy - Mokotów Dolny, Wilanów; -Ręczne oczyszczanie m.st Warszawy - Śródmieście Północne; - Mechaniczne i ręczne utrzymanie dróg rowerowych i ciągów pieszych trasy S8 odc. Pruszków-Marki.
Powyższe potwierdza, że Odwołujący posiada bogate doświadczenie w przygotowaniu ofert i realizowaniu robót z zakresu oczyszczania i utrzymania dróg.
Jednocześnie Odwołujący zatrudnia ponad 10 osób oraz posiada sprzęt potrzebny do realizowania zamówień, których przedmiotem jest utrzymanie dróg, chodników, ścieżek rowerów, parków, placów zabaw, skwerów itd. Odwołujący dysponuje samodzielnie i na wyłączność pracownikami kierowanymi do realizacji usług oraz sprzętem wykorzystywanym do realizacji usług. W szczególności wykonawca nie dzieli swoich zasobów z innymi wykonawcami - w tym nie dzieli swoich zasobów kadrowych i materialnych z wykonawcą AREA D. M.. Odwołujący posiada wysoki potencjał materialny i kadrowy do realizowania samodzielnie zamówień o rozmiarach znacznie przekraczających rozmiary przedmiotowego zamówienia, czego najlepszym potwierdzeniem jest okoliczność, że aktualnie Odwołujący realizuje przeszło 10 umów, których przedmiotem są usługi utrzymania i oczyszczania o łącznej wartości około 23 miliony zł- brutto.
9.Pomiędzy Odwołującym a wykonawcą AREA D. M. — nie istnieją powiązania kapitałowe, żaden z wykonawców nie wywiera wpływu na działania podejmowanie przez drugiego wykonawcę.
Wykonawcy mają inne adresy siedzib, odrębny majątek, zatrudniają innych pracowników, samodzielnie i odrębnie dysponują swoimi zasobami, samodzielnie realizują zlecenia. Odwołujący nie jest również pełnomocnikiem wykonawcy AREA D. M., z kolei p. D. M. nie jest pełnomocnikiem Odwołującego. Wykonawcy nigdy nie współpracowali ze sobą w ramach i nigdy wspólnie nie ubiegali się o udzielenie zamówienia publianego.
Fakt, że obydwaj wykonawcy złożyli ofertę w przedmiotowym postepowaniu wynika wyłącznie z tego, każdy z wykonawców działa na tym samym lokalnym rynku i każdy z wykonawców jest zainteresowany realizacją zamówienia w niedalekiej odległości od swojej siedziby. Nie świaday to w żaden sposób p istnieniu między wykonawcami jakiegokolwiek porozumienia.
10.Zamawiający w okoliczności istnienia stosunków rodzinnych między Odwołującym a wykonawcą AREA D. M. (ojciec i syn) upatruje przesłanki zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję. Należy zatem podkreślić, że powiązania rodzinne między przedsiębiorcami nie przesądzają o zawarciu porozumienia naruszającego ani tym bardziej nie są wystarczające do stwierdzenia, że wykonawcy działają w ramach grupy kapitałowej. Podkreślić należy, że nie istnieje zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne przez podmioty powiązane rodzinnie. W orzecznictwie dominuje pogląd o niemożliwości zakwalifikowania relacji rodzinnych między przedsiębiorcami — jako okoliczności, która przesądza o istnieniu zmowy przetargowej: (vide: Wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie: (1) z dnia 24.10.2017 r., sygn. akt VII ACa 930/17; (2) z dnia 25.10.2017 r., sygn. akt VII ACa 872/17).
11. Odwołujący i wykonawca AREA D. M. nie są członkami tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „grupy kapitałowej", tylko odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z przywołaną ustawą: art. 4 pkt 14 Uokik: Ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę; Do stwierdzenia, że dane podmioty należą do tej samej grupy kapitałowej niezbędne jest wykazanie sprawowania kontroli jednego przedsiębiorcy nad drugim, bądź podleganie przez wykonawców pod kontrolę tego samego podmiotu trzeciego. żadna tego rodzaju okoliczność nie zachodzi w niniejszej sprawie.
Jak już wykazano powyżej — żaden z wykonawców nie wywiera wpływu na drugiego wykonawcę i na działania przez niego podejmowane. Pomiędzy wykonawcami nie istnieje żaden z przejawów „przejęcia kontroli", określonych w art. 4 ust. 4 Uokik.
W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że sam fakt powiązań rodzinnych między wykonawcami nie oznacza, że wykonawcy ci należą do tej samej grupy kapitałowej. Izba wskazuje, że koniecznym do stwierdzenia przynależności do tej samej grupy kapitałowej jest wykazanie istnienia takiego powiązania, które pozwalałoby stwierdzić ten rodzaj zależności, w którym można przypisać rolę przedsiębiorcy dominującego oraz zależnego (...) : KIO 2102/20, 1083/21, KIO 599/23, KIO 619/23, KIO 622/23:

Podkreślił, że w orzeczeniach Izba wskazuje, że: powiązania rodzinne nie mogą przesądzić, że mamy do czynienia z kontrolą w rozumieniu art, 4 pkt 14 uokik. Okoliczność ta nie przesądza o istnieniu grupy kapitałowej. Zwrócić uwagę należy, że przepisy ustawy PZP nie zabraniają udziału w postępowaniu wykonawcom, których łączy relacja rodzinna. W tym zakresie należy przywołać również wyrok Izby o sygn. akt 886/21, który dotyczył sytuacji, gdzie wykonawcy pozostawali w stosunkach rodzinnych - ojciec i syn, a ponadto mieli ten sam adres siedziby, ten sam adres e-mail, a jeden z wykonawców powoływał się na zasoby drugiego. W takim stanie faktycznym Izba uznała, że nie sposób stwierdzić, że między wykonawcami doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, ani że wykonawcy przynależą do grupy kapitałowej (...).

12. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie domniemanej przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 108 ust. 5 Pzp ustanawiając przesłankę wykluczenia m.in. z powodu przynależności wykonawców, którzy złożyli odrębne oferty w postepowaniu — do grupy kapitałowej — jednocześnie ustanawia uprawnienie wykonawców do wykazania, że przygotowali oferty niezależnie od siebie. W komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych wydanego przez Urząd Zamówień Publicznych, wskazano że: (...)

Domniemanie zmowy przetargowej w ramach grupy kapitałowej (...) nie zwalnia zatem zamawiającego z konieczności indywidualnej oceny zaistnienia przesłanki wykluczenia, a wykonawców nie pozbawia uprawnienia do wykazania swojej rzetelności pomimo stwierdzenia, że doszło do złożenia przez nich odrębnych ofert lub wniosków, (...)

Skorzystanie z przedmiotowego uprawnienia możliwe jest de facto dopiero po zasygnalizowaniu przez Zamawiającego, że w jego ocenie może zachodzić w stosunku do wykonawcy przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 5 Pzp. W takiej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego jest skierowanie do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w zakresie jego domniemanej przynależności do grupy kapitałowej razem z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Wskazał na orzecznictwo KIO w sprawach osygn. akt: KIO 153/23 cytując: „*Odnosząc powyższe do realiów niniejszej sprawy, należy wskazać, że Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie złożył jeszcze oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o którym mowa w rozdz. VII pkt 4 SWZ, które składane jest na wezwanie Zamawiającego. Należy również zauważyć, że Odwołujący w treści złożonego wraz z ofertą dokumentu JEDZ w części III sekcji C — w odpowiedzi na pytanie:*

wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?'

- zaznaczył odpowiedź „nie". Taka odpowiedź oznacza, że Wykonawca oświadczył, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na mocy art. 108 ust. 5 Pzp.

W tej sytuacji, jeżeli Zamawiający domniemywał, że Odwołujący wraz z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu — przynależy do tej samej grupy kapitałowej (mimo braku podstaw takiego domniemania oraz, mimo że wykonawcy nie złożyli jeszcze oświadczenia, o którym mowa w rozdz. VII pkt 4 SWZ) — zobowiązany był co najmniej wezwać Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie w ramach procedury, o której mowa w art. 128 ust. 4 Pzp. Jeżeli ustawodawca umożliwił wykonawcom, którzy przynależą do tej samej grupy kapitałowej — możliwość wykazania, że przygotowali oferty niezależnie od siebie — to tym bardziej zasadne jest umożliwienie wykonawcy, wobec którego zamawiający jedynie domniemywa uczestnictwa grupie kapitałowej — złożenia wyjaśnień w tym zakresie przed podjęciem decyzji o jego wykluczeniu z postępowania".

13.Zamawiający błędnie zinterpretował brak odpowiedzi Odwołującego na wezwanie do udzielenia wyjaśnień treści dokumentu JEDZ. Odwołujący wyjaśnia, że niezłożenie odpowiedzi na wezwanie w wyznaczonym terminie spowodowane było natłokiem obowiązków właściciela Odwołującego, który samodzielnie prowadzi wszystkie sprawy związane z uczestnictwem Odwołującego w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych — wynikających z konieczności jednoczesnej koordynacji kilkunastu realizowanych aktualnie usług. Odnosząc się do kwestii organizacyjnych Odwołującego, należy wskazać, że w okresie od momentu zamieszczenia wezwania na platformie zakupowej do momentu upływu terminu na złożenie wyjaśnień — Odwołujący realizował przeszło 10 umów, których przedmiotem są usługi utrzymania i oczyszczania o łącznej wartości około 23 miliony zł brutto. Okres był związany z natężeniem prac na większości z tych kontraktów, przez co właściciel Odwołującego na bieżąco organizował i koordynował prace związane z realizacją tych umów. Na potwierdzenie powyższego — przedkładam jako dowód do odwołania — bilingi z telefonu służbowego Odwołującego — wykorzystywanego wyłącznie dla potrzeb prowadzonej działalności gospodarczej (załącznik nr 1 do odwołania). W samym tylko okresie na złożenie wyjaśnień — telefoniczny kontakt z właścicielem Odwołującego nawiązywano ok. 270 razy (połączenia, wiadomości SMS i internetowe). Powyższe potwierdza, że niezłożenie w terminie nie było działaniem celowym, a wnikało wyłącznie z natłoku obowiązków Odwołującego.

14.Niezależnie od opisanych okoliczności, należy mieć na uwadze, że Zamawiający miał świadomość, że Odwołujący w terminie wyznaczonym na złożenie odpowiedzi na wezwanie — nie odczytał treści wezwania. Gdyby wiadomość została odczytana przez Odwołującego w tym terminie - Zamawiający uzyskałby raport potwierdzający odczytanie wiadomości. Odwołujący ma świadomość, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wysyłania ponagleń czy przypomnień do wykonawcy — jednak z uwagi na wagę decyzji jaką podjął ostatecznie Zamawiający czyli uznanie, że Odwołujący zawarł z innym wykonawcę zmowę przetargową — wręcz zadziwiające jest postępowanie Zamawiającego, który nie podejmuje żadnej dodatkowej próby kontaktu z wykonawcą, przed zastosowaniem tak doniosłej w skutkach czynności jaką jest wykluczenie z postępowania z powodu zawarcia zmowy przetargowej. Takie działanie jest tym bardziej zadziwiające ze względu na fakt, że to właśnie brak odpowiedzi na wezwanie, z którym wykonawca nawet się nie zapoznał — stanowił dla Zamawiającego główny powód stwierdzenia zmowy przetargowej.

Nie sposób traktować jako celowego działania Odwołującego w sytuacji, gdy nawet nie zapoznał się z treścią wiadomości — wezwania, które skierował do niego Zamawiający w dniu 26.06.2023 r.

15. W tych okolicznościach nie może być mowy o zawarciu zmowy przetargowej między wykonawcami. Po pierwsze wykonawcy Ci są odrębnymi i samodzielnymi przedsiębiorcami, bez wpływu na podejmowane przez siebie działania. Fakt, że obydwaj wykonawcy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu wynika z tego, że są to przedsiębiorcy działający na tym samym lokalnym rynku. Po drugie działanie Odwołującego — niezłożenie odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści JEDZ — nie miało na celu wpłynięcie na wynik postępowania w niedozwolony sposób.

W konsekwencji Zamawiający niezasadnie uznał, że Odwołujący podlega wykluaeniu z postępowania mocy art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. W konsekwencji niezasadne było również odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, bowiem złożenie oferty przez Odwołującego jak również jego działania w toku postępowania o udzielenie zamówienia — nie mogą zostać uznane za wypełniające znamiona aynu nieuczciwej konkurencji.

III. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 PZP — poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w sytuacji. gdy Odwołujący wezwany do wyjaśnień treści JEDZ w trybie

art. 128 ust. 4 — nie złożył wyjaśnień w wyznaczonym terminie:
1. W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że treść wezwania z dnia 28.06.2023 r. jednoznacznie wskazuje, że jego przedmiotem było udzielenie wyjaśnień w zakresie oświadczeń złożonych przez Odwołującego w formularzu JEDZ.
W związku z podjęciem wątpliwości co do oświadczenia Odwołującego złożonego w zakresie podstawy wykluczenia związanego z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne — Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem (pkt I wezwania), wskazując wyraźnie, że żąda od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp: *W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści ww. oświadczenia i podania przyczyny wykazania, że podlega on wykluczeniu z postępowania na powyższej podstawie.*
Zamawiający zasadnie wezwał do wyjaśnienia powyższych okoliczności, jednak w ocenie Odwołującego niezasadnie sformułował w wezwaniu alternatywne żądanie uzupełnienia dokumentu JEDZ przez Odwołującego. Wezwanie do uzupełnienia było przedwczesne z uwagi na to, że jego celowość zależała od oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień. Wskazuje na to treść wezwania:
Jeśli zatem wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie punktu wykaże, że nie podlega wykluczenia i jego działanie było spowodowane błędnym wypełnieniem JEDZ, Zamawiający wzywa do uzupełnienia JEDZ również w zakresie wskazanym w punkcie „II'
Ocena czy wykonawca „wykaże, że nie podlega wykluczeniu i jego działanie było spowodowane błędnym wypełnieniem JEDZ" — nie należy do samego wykonawcy, ale do Zamawiającego. To Zamawiający po dokonaniu oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, powinien zdecydować czy wezwać go do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Dopiero ocena odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego — mogłaby stanowić podstawę do wystosowania wezwania do uzupełnienia JEDZ. Nadmienić należy, że przepisy ustawy nie przewidują formułowania wezwań w sposób alternatywny - gdzie zamawiający w odniesieniu do tej samej okoliczności — żąda wyjaśnień albo uzupełnienia dokumentu.
Reasumując — Zamawiający w niniejszej sprawie nie był uprawniony do żądania uzupełnienia JEDZ, przed uzyskaniem wyjaśnień od wykonawcy w zakresie treści tego dokumentu. W tym stanie rzeczy — z uwagi na zasadność wystosowania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp — Odwołujący wskazuje, wezwanie z dnia 28.06.2023 r. należy odczytywać wyłącznie jako wezwanie do wyjaśnień wobec wątpliwości jakie powziął Zamawiający na tle informacji podanych przez Odwołującego w JEDZ, a nie jako wezwanie do uzupełnienia dokumentu JEDZ.
2. Niezłożenie przez Odwołującego odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień skierowane w trybie art. 128 ust. 4 Pzp — niezależnie od tego, że nie było działaniem celowym, co wykazano w uzasadnieniu do zarzutów nr I i II — nie mogłoby stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, czy do wykluczenia go z postepowania.
Ustawa Pzp zawiera zamknięty katalog podstaw odrzucenia oferty w art. 226 Pzp, a także zamknięty katalog przesłanek wykluczenia z postępowania zawar5' w art. 108 i 109 Pzp. żaden z przepisów ustawy Pzp nie ustanawia sankcji odrzucenia ofert' bądź wykluczenia z postępowania — w sytuacji niezłożenia przez wykonawcę odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu (tj. wyjaśnień, o których mowa w art. 128 ust. 4 Pzp).

Do postępowania odwoławczego przystąpienie w piśmie z dnia 27/07/23 zgłosił wykonawca Partner D. A. sp. z o. o. z/s w Warszawie, który wniósł o oddalenie odwołania wskazując w szczególności: (...)
Interes Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego:
Stosownie do treści art. 525 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp wskazuję, że Przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza kwestionowaną przez Odwołującego czynnością. Oddalenie odwołania umożliwi mu zatem uzyskanie i realizację przedmiotu zamówienia. Przystępujący wskazuje ponadto, że kwestionowane odwołaniem czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zostały dokonane bez naruszenia przepisów ustawy Pzp. W ocenie Przystępującego zarzuty odwołania są całkowicie pozbawione uzasadnienia zarówno prawnego jak i faktycznego oraz pozorne. Wskazuję, że zgodnie z treścią art. 525 ust. 2 ustawy Pzp kopia przystąpienia została przesłana w dniu 27.07.2023 r. Zamawiającemu oraz Odwołującemu na dowód czego składam potwierdzenie przesłania zgłoszenia przystąpienia.
Odnosząc się syntetycznie do zarzutów i żądań podniesionych w treści odwołania:
Jak wynika z przebiegu postępowania Odwołujący złożył wraz z ofertą wymagane przez Zamawiającego oświadczenie wstępne na formularzu JEDZ.Wskazać należy, że Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że: Analiza okoliczności faktycznych sprawy pozwala na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że wykonawcy zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający, na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę, lecz zmuszony był do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert. *Przebieg postępowania wskazuje, że:*
1.Obydwaj odrzuceni wykonawcy złożyli niekompletne JEDZ
2.Niekompletne JEDZ dotyczyły tych samych lub podobnych pytań:
W przypadku Wykonawcy D. M.:
Wykonawca nie wypełnił JEDZ w części dotyczącej możliwości bezpłatnego uzyskania przez Zamawiającego z bazy danych państwa członkowskiego UE dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Wykonawca nie zaznaczył żadnej odpowiedzi w wierszach „Czy informacje te mogą zostać bezpłatnie uzyskane przez instytucje z bazy danych państwa członkowskiego UE" znajdujących się poniżej każdej przesłanki wykluczenia. Informacje niezbędne w celu uzyskania przez zamawiającego dokumentów potwierdzających bezpośrednio za pomocą bazy danych (na warunkach określonych w art. 59 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE) stanowią obligatoryjny element oświadczenia JEDZ. oraz
Wykonawca wypełniając wiersze JEDZ odnoszące się do podstaw wykluczenia (część III sekcja A: Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo) nie zaznaczył żadnej odpowiedzi w wierszu dotyczącym nw. pytania:- Pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu. W przypadku AREA D. M.:
Wykonawca nie wypełnił JEDZ w części dotyczącej możliwości bezpłatnego uzyskania przez Zamawiającego z bazy danych państwa członkowskiego UE dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Wykonawca nie zaznaczył żadnej odpowiedzi w wierszach „Czy informacje te mogą zostać bezpłatnie uzyskane przez instytucje z bazy danych państwa członkowskiego UE" znajdujących się poniżej każdej przesłanki wykluczenia. Informacje niezbędne w celu uzyskania przez zamawiającego dokumentów potwierdzających bezpośrednio za pomocą bazy danych (na warunkach określonych w art. 59 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE) stanowią obligatoryjny element oświadczenia JEDZ.

(dokładnie to samo pominięcie jak w przypadku Odwołującego)
Ponadto wykonawca wypełniając wiersze JEDZ odnoszące się do podstaw wykluczenia (część III sekcja A: Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo) nie zaznaczył żadnej odpowiedzi w wierszach dotyczących nw. pytań: - korupcja; - praca dzieci i inne formy handlu ludźmi
3.W ocenie Przystępującego sposób wypełnienia i pominięcia w JEDZ podobnych lub tych samych pytań sugerują, że działania te w fazie złożenia oferty miały po pierwsze zaplanowany i nieprzypadkowy charakter a po drugie dawały możliwości w zależności od kolejności ofert w postępowaniu wpłynięcia na jego wyniki.
4.Odwołujący od wielu lat ubiega się o zamówienia publiczne - trudno zatem wytłumaczyć przyczynę pominięcia tak oczywistych pytań w JEDZ - w dodatku w przypadku narzędzia ESPD ustawionych domyślnie z odpowiedziami NIE (podlega wykluczeniu).
5.Odwołujący uzupełnił niekompletny JEDZ na wezwanie Zamawiającego w przeciwieństwie do wykonawcy D. M. który w rankingu ofert poprzedzał Odwołującego. Dzięki nie uzupełnieniu przez Wykonawcę D. M. JEDZ Odwołujący uzyskał możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej.
6.W postępowaniu Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium co mogło stanowić dodatkowy argument za możliwością zastosowania niedozwolonego porozumienia, mającego na celu wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Przystępującego okoliczności sprawy w powiązaniu z więzami rodzinnymi oraz sąsiadującymi adresami prowadzonej działalności gospodarczej obydwu wykonawców wskazują, że zaniechanie uzupełnienia JEDZ przez Odwołującego było związane z działaniem zmierzającym do uzyskania bezpośredniego wpływu na wynik przedmiotowego postępowania a czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy z postępowania została podjęta w sposób prawidłowy.

W odpowiedzi na podnoszone w odwołaniu zarzuty Zamawiającyw piśmie z dnia 31/07/23 wniósł: (1) o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu stanowiska podał: „Odwołanie Wykonawcy D. M. jest całkowicie bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie z następujących względów.
Pismem z dnia 11 lipca 2023 r. Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Wykonawcę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Do podjęcia takiej decyzji zmusiły Zamawiającego zdarzenia, jakie miały miejsce po otwarciu ofert złożonych przez oferentów, dotyczące ofert złożonych przez:
− AREA D. M., Stary Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka – oferta nr 3 na kwotę 1 463 522,80 PLN
− D. M., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka – oferta nr 4 na kwotę 1 220 185,70 PLN.
Okazało się bowiem, że oferty te podlegały uzupełnieniu bądź wyjaśnieniu, w związku z czym Zamawiający w dniu 28.06.2023 r. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy wezwał obydwu wykonawców do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia treści JEDZ.
W wyznaczonym terminie tylko Wykonawca nr 3 złożył dokumenty, natomiast wykonawca nr 4 (z najniższą ceną) nie złożył ani wyjaśnień ani nie uzupełnił treści JEDZ.
Miało to miejsce w momencie, gdy D. M. miał już świadomość, że drugą w kolejności jest oferta AREA D. M. (z różnicą w cenie ponad 200.000 PLN) i zdawał sobie sprawę, że nie złożenie wyjaśnień/dokumentów na wezwanie Zamawiającego spowoduje wykluczenie go z postępowania i najprawdopodobniej doprowadzi do wyboru droższej oferty - złożonej przez D. M..
Tymczasem zgodnie z przepisem art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Ustawowe domniemanie istnienia porozumienia wykonawców przez działania w ramach jednej grupy kapitałowej jest w przypadku osób fizycznych tożsame z działaniem w ramach najbliższej rodziny.

W niniejszej sprawie mamy tymczasem do czynienia z sytuacją, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr UD-VIII-WZP.271.5.2023 oferty nr 3 i nr 4 zostały złożone przez ojca i syna prowadzących działalność gospodarczą w bezpośrednim sąsiedztwie i są to okoliczności bezsporne pomiędzy stronami i wynikają wprost z treści odwołania AREA D. M., które jest rozpoznawane łącznie z odwołaniem D. M.. W ocenie Zamawiającego, z analizy przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Usługi zimowego oczyszczania ulic, placów Dzielnicy Rembertów m. st. Warszawy w latach 2023-2025”wynika, że wykonawcy D. M. i D. M. zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający, na skutek działań podjętych przez nich nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę, lecz miał zostać zmuszony do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert. Potwierdzeniem przesłanek jest działanie obu podmiotów, które polegało na działaniu jednego z nich, oferującego niższą cenę, prowadzącym do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty, skutkującego umożliwieniem wyboru oferty drugiego z nich, oferującego wyższą cenę. Powyższe potwierdza realizację hipotezy z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i uzasadnia wykluczenie obu wykonawców z tego powodu. Do wyciągnięcia takich wniosków upoważniała Zamawiającego także analiza dokumentacji innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym uczestniczyli AREA D. M. i D. M., tj. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było prowadzone przez Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Oczyszczania Miasta w postępowaniu nr ZOM/KP/8/23 (pełna dokumentacja dostępna pod adresem: (...), w którym to postępowaniu z kolei D. M., który złożył najkorzystniejszą ofertę na realizację części VII zadania odmówił podpisania umowy w tym celu, aby umowę na kwotę wyższą mógł zawrzeć AREA D. M.. Dowód: - Informacja z otwarcia ofert na „Ręczne oczyszczanie na terenie m. st. Warszawy” – nr ZOM/KP/8/23 z dnia 21.04.2023 r.;- Zawiadomienie o wyniku przetargu nieograniczonego dot. zamówienia nr ZOM/KP/8/23 na„Ręczne oczyszczanie na terenie m. st. Warszawy” z dnia 31.5.2023 r. Jednocześnie wskazać należy, że zarzuty Wykonawcy dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych jest całkowicie niezrozumiały i nielogiczny, gdyż w dalszych wywodach sam Wykonawca potwierdza, że w dniu 28 czerwca 2023r. takie wezwanie zostało do niego wysłane zgodnie z obowiązującymi zasadami komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Również zarzuty Wykonawcy dotyczące treści wezwania Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2023r. są całkowicie chybione, gdyż z treści złożonego przez niego dokumentu JEDZ wynikało, że podlega on wykluczeniu z postępowania i gdyby okazało się, że oświadczenie to jest wynikiem oczywistej omyłki, Zamawiający wezwał go do uzupełnienia JEDZ, w tym do uzupełnienia tego dokumentu w części dotyczącej możliwości uzyskania przez Zamawiającego z bazy danych państwa członkowskiego UE dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Nie może być także żadnym

argumentem natłok zajęć Wykonawcy i ilość realizowanych przez niego umów, które spowodowały brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, gdyż są to kwestie leżące wyłącznie po stronie Wykonawcy, które w żadnym stopniu nie mogą usprawiedliwiać jego zaniechań w niniejszym postępowaniu. Na marginesie wskazać ponadto należy, że załączony do odwołania billing nie może być żadnym dowodem w niniejszej sprawie usprawiedliwiającym bezczynność Wykonawcy, gdyż w polskim prawie nie ma żadnych ograniczeń dotyczących częstotliwości korzystania z telefonu, a wręcz przeciwnie dokument ten wskazuje, że Wykonawca mógł i powinien odczytać również treść wezwania wystosowanego do niego w dniu 28 czerwca 2023 r.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie podlegają uwzględnieniu.

.. Wnoszący odwołanie wykonawcy w pismach z dnia 11/07/23 zostali powiadomieni o odrzuceniu ich ofert, w których Zamawiający wskazał na następujące okoliczności prawne i faktyczne: (...)

„*Na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych*(...) *informuję, że Państwa oferta złożona w niniejszym postępowaniu została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5*". W uzasadnieniu tych decyzji podał: „*Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a — zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie*.

.. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone oferty przez dwie nw. firmy: Oferta nr 3 - AREA D. M., stary Mystkówiec 54B, 07-206 Somianka - 1 463 522,80 PLNOferta nr 4 - D. M., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka - 1 220 185,70 PLN

W związku z tym, że zarówno oferta nr 3 jak i oferta nr 4 podlegały uzupełnieniu bądź wyjaśnieniu, Zamawiający w dniu 28.06.2023 r. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy wezwał obydwu wykonawców do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia treści JEDZ. W wyznaczonym terminie tylko Wykonawca nr 3 złożył dokumenty, natomiast wykonawca nr 4 (z najniższą cenę) nie złożył ani wyjaśnień ani uzupełnienia. Zauważyć należy, że D. M., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka, na tym etapie postępowania miał już świadomość, że drugą w kolejności jest oferta AREA D. M., Stary Mystkówiec 548, 07206 Somianka i zdawał sobie sprawę, że nie złożenie wyjaśnień/dokumentów na wezwanie Zamawiającego spowoduje wykluczenie go z postępowania i może doprowadzić do wyboru oferty nr 3. Zdaniem Zamawiającego działania takie zakłócają konkurencję, spełniając tym samym przesłanki wymienione w art. 108. ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, tj. składania odrębnych ofert w ramach jednej grupy kapitałowej. Domniemywanie przez ustawodawcę istnienia porozumienia przez działania w ramach jednej grupy kapitałowej jest w przypadku osób fizycznych tożsame z działaniem w ramach rodziny, a z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, na co wskazują m.in. bliskie adresy wykonawcy i przedsiębiorcy o tym samym nazwisku.

.. Analiza okoliczności faktycznych sprawy pozwala na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że wykonawcy zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający, na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę, lecz zmuszony był do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert. Potwierdzeniem przesłanek jest działanie obu podmiotów, które polegało na działaniu jednego z nich, oferującego niższą cenę, prowadzącym do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty, skutkującego umożliwieniem wyboru oferty drugiego z nich, oferującego wyższą cenę. Powyższe potwierdza realizację hipotezy z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i uzasadnia wykluczenie obu wykonawców z tego powodu. W związku z powyższym Zamawiający postanawia jak na wstępie".

.. Cytowane powiadomienia, wbrew twierdzeniom wykonawców, nie są lakoniczne. Zawierają bowiem wskazanie prawnych podstaw i faktycznych okoliczności, które zdecydowały o decyzji zastosowania jako podstawy wykluczenia wykonawców z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego art. 108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

.. Izba rozpoznając zarzut naruszenia art. 108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp wskazuje, że powołanyw decyzjach przepis przede wszystkim odwołuje się do porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a dopiero w dalszej jego części wskazuje jako szczególny przykład na przynależność danych wykonawców do grupy kapitałowej. Przepis ten bowiem stanowi:

„1. *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę; (...) 5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności (podkr. KIO) jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie".*

W rozpoznawanych odwołaniach kluczowe zarzuty, w których wykonawcy kwestionują zastosowanie jako podstawy wykluczenia tego przepisu, oparto na argumentacji, że wykonawcy nie należą do grupy kapitałowej podczas gdy w decyzjach w pierwszej kolejności wskazano na zakłócenie konkurencji z uwagi na niezłożenie prawidłowego JEDZ przez wykonawcę z najkorzystniejszą cenowo ofertą pomimo wezwania. W każdej z decyzji skierowanej indywidualnie do danego Odwołującego zwrócono uwagę, że wezwani wykonawcy nr 3 i nr 4 do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia treści JEDZ powiązani rodzinnie swoimi działaniami spowodowali, że Zamawiający na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę, lecz zmuszony był do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert. I to było potwierdzeniem przesłanek z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, co uzasadniało wykluczenie obu wykonawców z tego powodu z przedmiotowego postępowania. Okoliczności bowiem pozwalały na wniosek, że wykonawcy zawarli porozumienie, jak stanowi powołany przepis, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której w wyznaczonym terminie tylko wykonawca nr 3 składa dokumenty, natomiast wykonawca nr 4 (z najniższą ceną) nie składa ani wyjaśnień ani uzupełnienia, co prowadzi do jego wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty, skutkującego umożliwieniem wyboru oferty drugiego z nich, oferującego wyższą cenę bez sankcji, którą jest zagrożona podstawa wykluczenia oparta na przesłankach z art. 108 ust.1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 111pkt 4 Pzp, o ile wykonawca nie udowodni, że skutecznie przeszedł procedurę „self-cleaningu", o której z kolei stanowi art. 110 ust.2 Pzp. Przedłożone na rozprawie dowody przez Zamawiającego związane z przetargiem oraz wskazywane przez Przystępującego okoliczności oparte o stronę techniczną ofert wzmacniały tę argumentację. Jak

wskazywali: działanie obu podmiotów, polegało na działaniu jednego z nich, oferującego niższą cenę, prowadzące do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty, skutkującego umożliwieniem wyboru oferty drugiego z nich, oferującego wyższą cenę, czego potwierdzeniem mógł być podobna sytuacja jak w przetargu na „Ręczne oczyszczanie na terenie m. st. Warszawy" – nr ZOM/KP/8/23 z dnia 21.04.2023 r.

Izba w związku z twierdzeniami Odwołujących o braku współpracy bieżącej tych wykonawców zwraca uwagę, że przedłożone przez Przystępującego umowy wskazują na taką współpracę, co niekoniecznie oczywiście musi świadczyć o działaniach zabronionych z uwagi na rodzinne powiązania przedsiębiorców. Także ustanowiony w obu firmach ten sam pełnomocnik także nie przeczy takiej współpracy, co również nie musi świadczyć o działaniach zabronionych. Niemniej jednak wykonawcy – uwzględniając odpowiednio reguły art. 534 Pzp - nie obalili domniemania działania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu w porozumieniu celem umożliwienia wykonawcy [Odwołujący 2 - D. M. (oferta 4)] uzyskania zamówienia (nieuczciwie) w sposób zakłócający konkurencję. Problematyka ciężaru dowodu w tym stanie faktycznym jest szczególnie istotna z punktu widzenia stron, bowiem wywołuje bezpośredni wpływ na wynik sporu. Co istotne, nie mamy tu do czynienia z odwróconym ciężarem dowodu, który by dotyczył Zamawiającego. Ze wskazanego przepisu wynika, że taki ciężar dotyczy przede wszystkim wykonawców skarżących czy też w równym stopniu obu stron. Takie przekonywujące dowody, przeciwne do okoliczności wskazywanych przez Zamawiającego i Przystępującego, nie zostały w toku rozprawy przedłożone. W niniejszej sprawie zastosowanie znajduje art. 534 ust. 1 Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia Izbie wiarygodnych i przekonujących środków dowodowych, które poprą jego stanowisko procesowe, a z drugiej strony wskazuje, że odwołujący poniesie negatywne konsekwencje w przypadku braku wywiązania się z nałożonego na niego ciężaru dowodowego - w postaci nieuwzględnienia niewykazanych zarzutów odwołania. Legitymowanie się sprzętem i narzędziami oraz pracownikami czy dotychczas realizowanymi zamówieniami może co najwyżej dowodzić kondycji przedsiębiorstwa w szerokim tego słowa znaczeniu. Z kolei złożone oświadczenia dowodzić mogą co najwyżej braku przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy uokik, a nie działań o których stanowi w pierwszej kolejności przepis ustawy Pzp do której to sytuacji odnosi się art. 6 ust.1 ustawy uokik. Porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji należy zatem oceniać uwzględniając art. 6 ust.1 tej ustawy. W myśl tego przepisu za takie nielegalne porozumienie ustawodawca uznaje te, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Natomiast określana w doktrynie i orzecznictwie „zmowa przetargowa w ramach grupy kapitałowej" to jedno z możliwych porozumień, które w przypadku współpracy w ramach rodzinnych powiązań nie zawsze musi prowadzić – jak Izba wskazywała – do takiej kwalifikacji.

Mając powyższe na uwadze, nie podlegają także uwzględnieniu podnoszone w odwołaniach zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp związane z odrzuceniem w konsekwencji ofert wykonawców i tym samym zarzuty naruszenia art. 239 ust.1 Pzp związane z wyborem oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Także w sprawie o sygn. akt: KIO 2134/23 nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 128 ust.1 ustawy Pzp. W tym przypadku jak wskazuje sam wykonawca został wezwany do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) i nie złożył wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Zamawiający na gruncie ustawy Pzp nie był zobowiązany z uwagi na nieodebranie przez wykonawcę tego wezwania w terminie (nawet gdyby to miało być spowodowane – jak twierdził – natłokiem obowiązków) do kierowania wezwania powtórnego (ponaglającego) do zastosowania się do treści wezwania z dnia 28/06/23. Tym samym trudno byłoby się zgodzić z zarzutem, że wykluczenie tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania na gruncie ustawy Pzp było nagłe i przedwczesne.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 2rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437). W myśl wskazanego § 5 pkt 2) rozporządzenia uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego zasądza się w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

……
……
……