Sygn. akt:KIO 599/23
KIO 619/23
KIO 622/23

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik
Małgorzata Jodłowska
Aleksandra Kot

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 16 marca 2023 r., 23 marca 2023 r. oraz 30 marca 2023 r. , w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 marca 2023 r. przez:

1)odwołującego **J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu** (sygn. akt KIO 599/23),
2)odwołującego **Remondis Gliwice spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach**(sygn. akt KIO 619/23),
3)odwołującego **NATEZJA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Trachach** (sygn. akt KIO 622/23),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach**, przy udziale:

1)wykonawcy **NATEZJA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Trachach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (sygn. akt KIO 599/23 i sygn. akt KIO 619/23),
2)wykonawcy **M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M.K. z siedzibą w Stanicy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 599/23, sygn. akt KIO 619/23 i sygn. akt KIO 622/23),
3)wykonawcy **J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (sygn. akt KIO 619/23 i sygn. akt KIO 622/23),
4)wykonawcy **P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych D.P. z siedzibą w Pilchowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 599/23, sygn. akt 619/23 i sygn. akt 622/23),
5)wykonawcy **Balcer spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (sygn. akt KIO 599/23),
6)wykonawcy **Remondis Gliwice spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (sygn. akt KIO 599/23 oraz KIO 622/23),

orzeka:

sygn. akt KIO 599/23

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz **309 zł 00 gr** (słownie: trzysta dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą 1/3 kosztu poniesionego przez Zamawiającego z tytułu dojazdu.
2.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 909 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz z tytułu dojazdu.

sygn. akt KIO 619/23

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt III.4*petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 7 i udostępnienie dokumentów *„Kalkulacja*

zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 i Zadania nr 7" oraz „Oświadczenie i zobowiązanie osoby fizycznej do przejęcia odpadu" stanowiących załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 3 lutego 2023 r. wykonawcy P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych D.P. z siedzibą w Pilchowicach.

2.W zakresie zarzutów wskazanych w pkt III.1, III.2 i III.3 *petitum* odwołania oddala odwołanie.

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w ¾ i Zamawiającego w ¼ i:

3.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz **309 zł 00 gr** (słownie: trzysta dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą 1/3 kosztu poniesionego przez Zamawiającego z tytułu dojazdu.

3.2.Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **1 718 zł 00 gr** (słownie: tysiąc siedemset osiemnaście złotych zero groszy) stanowiącą po potrąceniu ¼ sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i z tytułu zastępstwa przed Izbą.

sygn. akt KIO 622/23

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego nr 3 w *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wobec jego wycofania.

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 6 i udostępnienie dokumentów *„Kalkulacja zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 i Zadania nr 7"* oraz *„Oświadczenie i zobowiązanie osoby fizycznej do przejęcia odpadu"* stanowiących załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 3 lutego 2023 r. wykonawcy P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych D.P. z siedzibą w Pilchowicach.

3.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w 2/3 i Zamawiającego w 1/3 i:

4.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz **309 zł 00 gr** (słownie: trzysta dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą 1/3 kosztu poniesionego przez Zamawiającego z tytułu dojazdu.

4.2.Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **3 594 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt cztery złotych zero groszy) stanowiącą po potrąceniu 1/3 sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz z tytułu wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca: ……..…

……..…

……..…

Sygn. akt:KIO 599/23
KIO 619/23
KIO 622/23

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, (dalej:*„Zamawiający"*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w 2023 r."*, nr postępowania: ZDM-ZPU.26.30.2022.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 13 grudnia 2022 r. nr 2022/S 240-692794.

sygn. akt KIO 599/23

W postępowaniu tym J.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja

Terenów Zielonych z siedzibą w Bytomiu (dalej: *„Odwołujący 1”*) 6 marca 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej:

- w zadaniach nr 2, 4, 6 i 7 (wybór Wykonawcy Zakład Usług Komunalnych D.P. – ul. Dębowa 18A, 44-145 Pilchowice),
- w zadaniach nr 3 i 5 (wybór Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M. – ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica),
- w zadaniu nr 8 na zaniechaniu wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M. – ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów), tj.:

1) art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawców DROMAR oraz DROGOS z postępowania (a w konsekwencji także zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców podlegających wykluczeniu), mimo że Wykonawcy ci są Wykonawcami działającymi w ramach jednej grupy kapitałowej i złożyli oferty częściowe na odrębne części zamówienia w sposób zamienny, a także w ilości ponad maksymalną ilość określoną w SWZ, jak również mimo tego, że Wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji poprzez porozumienie co do tego, który z Wykonawców składa ofertę na którą część, jak i co do tego, że razem mogą złożyć oferty na więcej części, niż gdyby działali pojedynczo (chociaż zamówienia i tak będą następnie realizowali wspólnie),
2) art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dni 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów przez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców DROMAR oraz DROGOS mimo że:
   - oferty złożone przez tych Wykonawców są ofertami złożonymi w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (zmowa przetargowa),
   - podmioty te składają nieprawdziwe informacje i oświadczenia, posługują się nieprawdziwymi dokumentami co w sposób jednoznaczny narusza interesy innych wykonawców w tym postępowaniu,
3) art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców DROMAR oraz DROGOS, mimo że w SWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, że Wykonawca lub podmioty występujące wspólnie mogą złożyć tylko dwie oferty na zadania od 1 do 5 oraz dwie oferty na zadania od 6 do 9, a Wykonawcy DROMAR oraz DROGOS, jako Wykonawcy powiązani ze sobą złożyli oferty na łącznie 6 zadań (zad. 2, 3, 4, 5 6, 7), a nie jak wskazano w specyfikacji na maksymalnie 4, co powoduje, że Zamawiający powinien odrzucić oferty tych Wykonawców, bowiem są one niezgodne z warunkami zamówienia.
4) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit b) w stosunku do wykonawcy DROGOS, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, z zakresie zdolności zawodowej, bowiem wskazane przez niego referencyjne realizacje zawierają nieprawdziwe informacje, z uwagi na to, że faktycznie (pomimo przedstawienia referencji) zakresu wskazanego w referencjach podmiot ten nie wykonywał.

W związku z powyższym, Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 2, 3, 4, 5, 6 i 7 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych zadaniach - i w ramach tej czynności nakazanie:
   a) wykluczenie wykonawców DROMAR i DROGOS z postępowania w ww. częściach na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a w konsekwencji także odrzucenia złożonych przez nich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy Pzp,
   b) odrzucenie ofert wykonawców DROMAR i DROGOS z postępowania w ww. częściach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp,
   c) odrzucenie oferty Wykonawcy DRGOS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit b) ustawy Pzp, bowiem podmiot ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 1 wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Ponadto Odwołujący 1 podał uzasadnienie faktyczne i prawne powyższych zarzutów.

sygn. akt KIO 619/23

W postępowaniu tym Remondis Gliwice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej: *„Odwołujący 2”*) 6 marca 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach 4 i 7 oraz wobec zaniechania udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego kalkulacji zaoferowanej ceny dla Zadania nr 7 oraz oświadczenia/zobowiązania osoby fizycznej do przyjęcia odpadu, będących załącznikami do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w dniu 3 lutego 2023 r. przez Wykonawcę Zakład Usług Komunalnych D.P..

Odwołujący 2 zarzucił naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia w Zadaniu nr 4 i Zadaniu nr 7 oferty złożonej przez wykonawcę P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych D.P., pomimo iż wykonawca ten zawarł z wykonawcą Marianem Kaliściak prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR" M.K. porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji polegające na tym, że należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w/w wykonawcy złożyli odrębne oferty częściowe, a złożone przez nich oferty nie zostały przygotowane niezależnie od siebie;

2)art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 13 maja 2022 r., Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm.), dalej: „uznk" w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk w zw. z art. w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DROGOS w Zadaniu nr 4 i Zadaniu nr 7, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na złożeniu przez tego wykonawcę wspólnie z DROMAR ofert na łącznie 4 zdania w zakresie zadania od nr 1 do 5 oraz łącznie 3 zadania w zakresie zadania od nr 6 do 9, co prowadzi do obejścia postanowień SWZ o maksymalnej liczbie zadań na jakie wykonawcy lub podmioty występujące Wspólnie mogą składać oferty odpowiednio w zakresie zadania od nr 1 do 5 oraz w zakresie zadania od nr 6 do 9 oraz stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także narusza interes Odwołującego i Zamawiającego, gdyż utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku;

3)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DROGOS w Zadaniu nr 4 i Zadaniu nr 7, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim wykonawca ten wspólnie z DROMAR złożył oferty na łącznie 4 zdania w zakresie zadania od nr 1 do 5 oraz łącznie 3 zadania w zakresie zadania od nr 6 do 9, co pozostaje w sprzeczności z postanowieniem pkt 3 SWZ, w którym Zamawiający określił maksymalną liczbę zadań na jakie wykonawcy lub podmioty występujące wspólnie mogą składać oferty w każdym z w/w zakresów zadań;

4)art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez DROGOS jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. dokumentów załączonych do wyjaśnień DROGOS z dnia 3 lutego 2023 r. pod nazwą „Kalkulacja zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 i Zadania nr 7" oraz „Oświadczenie/ Zobowiązanie osoby fizycznej do przyjęcia odpadu", mimo że zastrzeżone przez DROGOS informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu

5)art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DROGOS w Zadaniu nr 7, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez DROGOS za usuwanie chwastów i namułów nie jest rażąco niska;

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty DROGOS jako najkorzystniejszej w Zadaniu nr 4 i Zadaniu nr 7;

2)powtórzenie w Zadaniu nr 4 i Zadaniu nr 7 czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;

3)w zakresie Zadania nr 7 odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów objętych przez DROGOS ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 2 wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Ponadto Odwołujący 2 podał uzasadnienie faktyczne i prawne powyższych zarzutów.

sygn. akt KIO 622/23

W postępowaniu wykonawca NATEZJA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Trachach (dalej: *„Odwołujący 3"*) 6 marca 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu 6 oraz wobec zaniechania udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego kalkulacji zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 oraz oświadczenia/zobowiązania osoby fizycznej do przyjęcia odpadu, będących załącznikami do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w dniu 3 lutego 2023 r. przez Wykonawcę Zakład Usług Komunalnych D.P..

Odwołujący 3 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 18 ust. 1- 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia kalkulacji zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 oraz oświadczenia/zobowiązania osoby fizycznej do przyjęcia odpadu

będących załącznikami do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcę Zakład Usług Komunalnych D.P., pomimo tego, iż Wykonawca nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa,

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Zakład Usług Komunalnych D.P., pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a złożona oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp,

3)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakład Usług Komunalnych D.P., pomimo złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

4)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakład Usług Komunalnych D.P., pomimo tego, że Wykonawca nie wykazał, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący 3 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 6,

2)udostępnienie kalkulacji zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 oraz oświadczenia/zobowiązania osoby fizycznej do przyjęcia odpadu, będących załącznikami do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w dniu 3 lutego 2023 r. przez Wykonawcę Zakład Usług Komunalnych D.P.,

3)odrzucenie, w zakresie zadania nr 6, oferty Zakład Usług Komunalnych D.P. ze względu na fakt, że Wykonawca podlega wykluczeniu, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu oraz zawiera rażąco niską cenę,

4)dokonanie kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (oferta Odwołującego).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 3 wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Ponadto Odwołujący 3 podał uzasadnienie faktyczne i prawne powyższych zarzutów.

W złożonej pismem z 15 marca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu 1, 2, i 3 zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ są wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Odnosząc się do podniesionej przez Przystępującego D.P. kwestii braku po stronie Odwołującego 1 interesu do wniesienia odwołania w częściach, w których nie złożył on oferty, Izba nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez Przystępującego D.P.. Wskazać należy w pierwszej kolejności na okoliczności faktyczne tej sprawy odwoławczej. Zamówienie zostało podzielone na części (zadania), a Zamawiający wprowadził w treści SWZ ograniczenie co do ilości zadań, na jakie można składać oferty. Odwołujący 1 swój interes wywodzi z twierdzenia (zarzutu), zgodnie z którym obaj Przystępujący po stronie Zamawiający naruszyli wprowadzone ograniczenie, a Odwołujący 1 który do tego ograniczenia się zastosował złożył oferty na mniejszą ilość zdań niż obaj Przystępujący łącznie. W tym również Odwołujący 1 upatruje swojej szkody. Biorąc pod uwagę, iż Odwołujący 1 zarzucił m.in. przynależność do grupy kapitałowej, działanie w warunkach zmowy przetargowej oraz zawarcie niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, nie sposób formułować takie zarzuty nie odnosząc się do postępowania jako całości, nie dokonując analizy całokształtu okoliczności, a jedynie wybranych części. Zatem mając na uwadze charakter formułowanych zarzutów oraz podane uzasadnienie co do interesu i możliwości poniesienia szkody, w okolicznościach tej sprawy skład orzekający uznał, że Odwołujący 1 legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania w odniesieniu do wszystkich części zamówienia, nawet tych w których nie złożył oferty.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestników postępowania, skutecznie zgłosili wykonawcy:

1)M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych*"DROMAR"* M.K. z siedzibą w Stanicy, po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 599/23, sygn. akt KIO 619/23 i sygn. akt KIO 622/23), dalej jako: *„D.M.",*

2)J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu, po stronie Odwołującego (sygn. akt KIO 619/23 i sygn. akt KIO 622/23),

3)P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych D.P. z siedzibą w Pilchowicach, po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 599/23, sygn. akt 619/23 i sygn. akt 622/23), dalej jako: *„D.P.",*

4)Balcer spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach po stronie Odwołującego (sygn. akt KIO 599/23),

5)Remondis Gliwice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach odwoławczego po stronie Odwołującego (sygn. akt KIO 599/23 oraz KIO 622/23),

W sprawie o sygn. akt KIO 622/23 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego nr 3 w *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wobec jego wycofania przez

Odwołującego 3, co koresponduje z wycofaniem argumentacji zawartej na str. 14 pod oznaczeniem *„zarzut 3”*, str. 15-21 akapit 1 nad oznaczeniem *„zarzut 4”* (*vide* protokół posiedzenia i rozprawy z 16 marca 2023 r.).

Odwołania zostały rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołania Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dowody złożone przez Strony i Przystępujących podczas rozprawy, wyszczególnione w protokołach rozprawy z 16 marca 2023 r., 23 marca 2023 r. oraz 30 marca 2023 r., a także załączone do pism procesowych.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

13 grudnia 2022 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2022/S 240-692794.

17 stycznia 2023 r., upływał termin składania i otwarcia ofert w postępowaniu. Termin związania ofertą upływa 16 kwietnia 2023 r.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia z 8 grudnia 2023 r. (dalej: *„SWZ”*) ustalono, że zamówienie zostało podzielne na 9 zadań, a w pkt 3 SWZ, Zamawiający wskazał, że:*„UWAGA: 1. W zakresie zadania od nr 1 do 5 wykonawcy lub podmioty występujące wspólnie mogą składać oferty na wybrane przez siebie maksymalnie 2 zadania. Oferta złożona na więcej niż 2 zadania w zakresie zadań od nr 1 do 5 zostanie przez zamawiającego odrzucona. 2. W zakresie zadania od nr 6 do 9 wykonawcy lub podmioty występujące wspólnie mogą składać oferty na wybrane przez siebie maksymalnie 2 zadania. Oferta złożona na więcej niż 2 zadania w zakresie Zadań od nr 6 do 9 zostanie przez zamawiającego odrzucona.”*

Powyższe zostało powtórzone w pkt 5 SWZ:

„1) Zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania: TAK

2) Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych,

1. W zakresie zadania od nr 1 do 5 wykonawcy lub podmioty występujące wspólnie mogą składać oferty na wybrane przez siebie maksymalnie 2 zadania. Oferta złożona na więcej niż 2 zadania w zakresie zadań od nr 1 do 5 zostanie przez zamawiającego odrzucona.

2. W zakresie zadania od nr 6 do 9 wykonawcy lub podmioty występujące wspólnie mogą składać oferty na wybrane przez siebie maksymalnie 2 zadania. Oferta złożona na więcej niż 2 zadania w zakresie Zadań od nr 6 do 9 zostanie przez zamawiającego odrzucona.”

Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia dla wszystkich zadań zawarty został w Załączniku nr 6 do SWZ wraz z wykazem ulic W1, który stanowi załącznik nr 14 do SWZ.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert ustalono, że D.P. złożył oferty w zadaniach nr 2, 4, 6, 7. Natomiast D.M. złożył oferty w zadaniach 3, 5, 6 oraz 8.

Pismem z 26 stycznia 2023 r., Zamawiający wezwał D.P. w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny dla zadania 6 i 7 w pozycji *„usuwanie chwastów oraz namułów”*.

Przystępujący DROGOS udzielił wyjaśnień pismem z 3 lutego 2023 r. zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki o nazwach *„Kalkulacja zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 i Zadania nr 7”* oraz *„Oświadczenie i zobowiązanie osoby fizycznej do przejęcia odpadu”*.

Oferta D.P. została uznana za najkorzystniejszą w zadaniach 2, 4, 6 i 7. Natomiast oferta D.M. została wybrana jako najkorzystniejsza w zadaniach 3, 5 i 8.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie:

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w

przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.
art. 74 ust. 2 ustawy Pzp
2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:
1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,
2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków
- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.
art. 91 ust. 3 ustawy Pzp
3. Zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia - w zaproszeniu do negocjacji.
art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp
Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:
5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;
art. 224 ust. 6 ustawy Pzp
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) oraz lit. b) ustawy Pzp
1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
2) została złożona przez wykonawcę:
a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub (…)
art. 226 ust. 1 pkt 5), pkt 7) i pkt 8) ustawy Pzp
1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (…)
7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej: *„uznk”*)
1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
art. 11 ust. 2 uznk
2. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk
1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: (…)
5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

art. 4 pkt 4 i pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275) (dalej: *„uokik”*)

4) przejęciu kontroli - rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

a) 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,

b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,

c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),

d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,

e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),

f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę;

14) grupie kapitałowej - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę;

art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik

1. Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;

2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;

3) podziale rynków zbytu lub zakupu;

4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;

5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;

6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;

7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Przechodząc do rozpoznania poszczególnych zarzutów, Izba wskazuje co następuje.

Ad zarzutów naruszenia:

- art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy Pzp - przez zaniechanie wykluczenia Wykonawców D.M. oraz D.P. z postępowania (a w konsekwencji także zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców podlegających wykluczeniu), mimo że Wykonawcy ci są Wykonawcami działającymi w ramach jednej grupy kapitałowej i złożyli oferty częściowe na odrębne części zamówienia w sposób zamienny, a także w ilości ponad maksymalną ilość określoną w SWZ, jak również mimo tego, że Wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji poprzez porozumienie co do tego, który z Wykonawców składa ofertę na którą część, jak i co do tego, że razem mogą złożyć oferty na więcej części, niż gdyby działali pojedynczo (chociaż zamówienia i tak będą następnie realizowali wspólnie), sygn. akt KIO 599/23,
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia w Zadaniu nr 4 i Zadaniu nr 7 oferty złożonej przez wykonawcę DROGOS P.K. mimo iż wykonawca ten zawarł z wykonawcą D.M. porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji polegające na tym, że należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w/w wykonawcy złożyli odrębne oferty częściowe, a złożone przez nich oferty nie zostały przygotowane niezależnie od siebie, sygn. akt KIO 619/23
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty D.P., pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a złożona oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, sygn. akt KIO 622/23 (zakresie odnoszącym się do grupy kapitałowej).

Z uwagi na tożsamość zarzutów Izba rozpoznała je wspólnie, odnosząc się zbiorczo do stanowisk wszystkich Odwołujących.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z treścią 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. Zatem aby stwierdzić naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich opisanych w nim przesłanek. Po pierwsze więc należy wykazać, że zamawiający miał wiedzę o wiarygodnych przesłankach, których analiza powinna doprowadzić zamawiającego do stwierdzenia, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Przepis stanowi też, że w szczególności może to mieć miejsce w sytuacji, gdy wykonawcy należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą że przygotowywali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Nie jest wobec tego zabronione złożenie ofert czy ofert częściowych przez członków grupy kapitałowej pod warunkiem, że wykażą oni, że oferty te przygotowali niezależenie od siebie.

Przepis ten dotyczy ponadto m.in. sytuacji, gdy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty częściowe. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku ustanowienia przez Zamawiającego limitu liczby ofert częściowych gdy łączna liczba ofert częściowych złożonych przez członków grupy kapitałowej przewyższa ten limit. Chodzi więc o zachowanie które wskazuje na zawarcie porozumienia, którego celem jest obejście ustanowionego przez Zamawiającego ograniczenia i zapewnienie sobie udziału w większej liczbie części zamówienia, niż to przewidział Zamawiający. Zaburza ono bowiem konkurencję i w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Istotą rozpoznawanych zarzutów jest próba wykazania przez wszystkich trzech Odwołujących, że wykonawcy D.M. oraz D.P. należą do tej samej grupy kapitałowej. Powyższe Odwołujący wywodzą z następujących okoliczności:

1)Odwołujący 1 w sygn. akt KIO 599/23 wskazał po pierwsze, żeD.M. i D.P. złożyli nieprawdziwe i niespójne oświadczenia o przynależności/braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Zdaniem Odwołującego 1 wykonawcy ci kwalifikują się do jednej grupy kapitałowej, a także działają jak jedna jednostka gospodarcza, o czym świadczą: sposób zarządzania, wspólne zasoby wiedzy i techniczne, powiązania kapitałowe w ramach spółki z o.o., dzielenie się w ramach grupy kapitałowej uzyskiwanymi zamówieniami. W ocenie Odwołującego 1, D.M. pełni rolę podmiotu dominującego, tj. ustala podział zamówień. D.P. jest natomiast podmiotem zależnym, ponieważ otrzymuje od D.M. część zleceń, co potwierdza złożony w postępowaniu wykaz usług oraz wystawione przez D.M. referencje na rzecz D.P.. Ponadto Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że D.M. oświadczył w każdej z ofert, że ok. 40% każdego zamówienia (Wykonawca ten złożył w sumie 4 oferty) zleci podwykonawcy, oświadczając że nie jest on jeszcze zanany. W ocenie Odwołującego 1 analiza rynku wskazuje, że od kilku lat wykonawcy ci działają razem i się wspierają. Odwołujący 1 wskazał na wspólny adres prowadzenia działalności oraz że w uwagi na współpracę w modelu wykonawca – podwykonawca istnieją między nimi powiązania ekonomiczne. Ponadto wykonawcy są powiązani rodzinnie, ponieważ łączy ich relacja ojciec – syn.

2)Według Odwołującego w sygn. akt KIO 619/23 oświadczenia o przynależności/braku przynależności do grupy kapitałowej złożone przez D.M. i D.P. są niespójne, wykonawcy należą do tej samej grupy kapitałowej i nie złożyli wyjaśnień, z których by wynikało że przygotowali oferty niezależnie od siebie. O przynależności ww. Wykonawców do tej samej grupy kapitałowej świadczyć mają: więzy rodzinne i relacja ojciec – syn, co oznacza że nie prowadzą oni działalności niezależnie od siebie; wspólnota praw i interesów ekonomicznych co Odwołujący 2 również wywodzi z relacji rodzinnych; powiazania kapitałowe, organizacyjne i prawne z uwagi na: a) zależność ekonomiczną i gospodarczą co przejawia się w tym, że zapewniają sobie nawzajem zlecenia, przepływy finansowe, korzystają z tych samych zasobów, występują często w relacji wykonawca – podwykonawca nie zawsze ujawniając ten fakt, co potwierdza że mają wspólny interes ekonomiczny, b) D.P. posługuje się referencjami wystawionymi przez D.M. co wskazuje na istnienie porozumienia, c) wykonawców tych łączy ZUDiK DROMAR sp. z o.o., gdzie do 18 marca 2022 r., P.K. był członkiem zarządu. Odwołujący 2 wyjaśnił, że P.K. zaczął prowadzić działalność gospodarczą 27 stycznia 2016 r. gdy był członkiem zarządu w ww. spółce, taki stan trwał ok 6 lat, co wskazuje na powiązania osobowe i ekonomiczne, Piotr Kaliściach jest nadal wspólnikiem tej spółki i posiada w niej 10 udziałów oznacza to że nadal jest związany z tą spółką i ma z Marianem Kaliściakiem wspólny interes ekonomiczny i gospodarczy.

3)W ocenie Odwołującego w sygn. akt KIO 622/23 D.M. i D.Pzawarli porozumienie mające na celu obejście zakazu wskazanego w pkt 5.2 SWZ. Odwołujący 3 wskazał na wieloletnią współpracę między wykonawcami i łączące ich relacje osobiste (rodzinne) i wywiódł z powyższego, że winni być traktowani jak grupa kapitałowa. Odwołujący powołał się przy tym na pisma Odwołującego 1 złożone w toku postępowania Zamawiającemu.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje że zarzuty podlegały oddaleniu jako niewykazane. W ocenie Izby

Odwołujący nie zdołali wykazać aby wykonawcy D.M. oraz D.P. należeli do tej samej grupy kapitałowej. Jak wynika z definicji 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. Zatem w celu stwierdzenia przynależności do grupy kapitałowej niezbędne jest stwierdzenie kontroli jednego przedsiębiorcy nad innym/innymi przedsiębiorcami. Przejęcie kontroli zostało zdefiniowane natomiast w art. 4 pkt 4 uokik jako wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców wskazując potencjalne sytuacji, gdy możemy mieć do czynienia z takim zjawiskiem (katalog otwarty).

Zatem, aby można było mówić o kontrolowaniu przez jednego przedsiębiorcę innego przedsiębiorcy powinno nastąpić jakieś zdarzenie, z którym można by wiązać takie przejęcie kontroli. W przedmiotowej sprawie Odwołujący wywodzą taką kontrolę ze sposobu zarządzania w ramach którego D.M. miałby ustalać podział zamówień, w ocenie Izby nie zostało wykazane że do takiego podziału i sposobu zarządzania dochodzi. Żaden złożony dowód na to nie wskazuje. Z załącznika nr 7 D.M. do pisma z 15 marca 2023 r. zawierającego zestawienie wykonanych przez tego wykonawcę usług wynika, że na 81 usług wykonanych od 2019 roku zaledwie 8 zostało częściowo podzleconych Przystępującemu D.P.. Odwołujący nie wykazali aby było inaczej. Zauważyć należy, że jest to legalna firma współpracy i nie musi oznaczać przynależności do grupy kapitałowej, czy zawarcia niedozwolonego porozumienia. Nie wykazano przy tym, że D.P. ma ograniczoną możliwość nawiązywania współpracy z innymi wykonawcami, czy też ubiegania się o zamówienia. Natomiast wystawienie referencji to naturalna konsekwencja tego rodzaju współpracy i też w ocenie Izby nie może przesądzać o kontroli jednego przedsiębiorcy przez drugiego. Wskazać należy, że referencje takie w razie ewentualnych trudności przy uzyskaniu ich od D.M. mogłyby też być wystawione przez samego zamawiającego, wobec tego Izba nie dopatrzyła się na tej płaszczyźnie elementu kontroli. Ponadto jak wynika z wykazu umów zrealizowanych w latach 2019-2023 przedstawionego przez D.P. podczas rozprawy z 23 marca 2023 r., Wykonawca ten z powodzeniem występuje w obrocie jako samodzielny wykonawca usług będąc stroną umów o zamówienie publiczne. To również pokazuje, że nie jest podmiotem zależnym.

Odnosząc się do twierdzenia, że skoro D.M. oświadczył, że ok 40% zamówienia zleci podwykonawcy nie wskazując podwykonawcy a dane historyczne pokazują, że podwykonawcą tym był właśnie DROGOS Piotr Kalisciak z czego Odwołujący wywodzą, że tym razem również i temu podmiotowi zostanie zlecony ten zakres w ramach podwykonawstwa, Izba wskazuje, że na tym etapie są to tylko spekulacje, szczególnie, że wykazano iż do takiej sytuacji doszło zaledwie 8 razy, a D.P. nie musi być tym podmiotem, bowiem w przeszłości D.M. zlecał też prace podwykonawcy DROMAR spółce z o.o., ponadto wykazano że córka p. M.K. – A.K. również prowadzi działalność gospodarczą o tożsamym profilu więc również może być postrzegana jako potencjalny podwykonawca. Możliwa jest też sytuacja, że do zlecenia podwykonawstwa w ogóle nie dojdzie. Zarzut jest więc oparty na zwykłej spekulacji co do mogących wystąpić w przyszłości zdarzeń. Ponadto dostrzec należy, że Odwołujący 1 wskazał w treści uzasadnienia zarzutu również na wzajemnie wsparcie i koordynację między D.P. i D.M., co wyklucza pozostawianie w relacji dominacji jednego podmiotu nad drugim.

Co do wzajemnego korzystania z wiedzy, zasobów czy doświadczenia, Izba wskazuje że nie jest to zachowanie sprzeczne z przepisami ustawy. W zakresie sprzętu zarzut oparty jest na spekulacjach i zbudowany został w oparciu o historię udostępnienia jednego pojazdu na potrzeby jednego postępowania (na czas awarii). W ocenie Izby nie sposób na tej podstawie budować tezę o wspólnym potencjale. Ponadto DROGOS Piotr Kaliścak za pomocą złożonych dowodów oznaczonych jako plik DOWÓD 6 przy piśmie z 15 marca 2023 r. oraz podczas rozprawy z 23 marca 2023 r. wykazał, że ma w swojej dyspozycji sprzęt albo w ramach umowy leasingu albo na własność. Natomiast kwestia wzajemnego udostępniania sobie sprzętu jest normalną rzeczą w ramach współpracy między wykonawcami i jest powszechnie spotykana na gruncie ustawy Pzp i przez nią regulowana.

W zakresie twierdzenia Odwołujących co do wspólnego adresu prowadzenia działalności przez obu Przystępujących po stronie Zamawiającego, nie było ono dla Izby przekonujące. W tym zakresie Izba postanowiła oprzeć swoje rozstrzygnięcie przede wszystkim na danych wynikających w odpisów z CEiDG oraz złożonych przez D.P. wyjaśnieniach, które w tym zakresie uznała na wiarygodne, w szczególności co do tego, że specyfika prowadzonej przez wykonawcę działalności jest taka, że nie wymaga przyjmowania interesantów, więc biuro nie musi mieć oznaczeń. Podobnie jak specyfika prowadzonej działalności nie wymaga aby baza była w stałym, czy w jednym miejscu. Nie budzi wątpliwości, że w zależności od miejsca świadczonej usługi, lokalizacja bazy również może się zmieniać. Odwołujący nie podważyli wiarygodności złożonego dowodu w postaci oświadczenia z 21 kwietnia 2023 r. (złożone na rozprawie 30 marca 2023 r.) wobec czego Izba nie znalazła powodów dla odmówienia mocy dowodowej. Aktywność dowodowa Odwołujących w tym zakresie sprowadzała się do wykazania, że pod wskazanymi w CEiDG adresami działalność nie może być prowadzona z różnych względów. Izba nie przeczy, że może tak być jednak nie daje to podstaw do

wnioskowania, że wobec tego Przystępujący mają wspólne miejsce prowadzenia działalności. Ponadto wskazać należy, że jak wynika z orzecznictwa wspólne miejsce prowadzenia działalności to niewystarczająca poszlaka dla stwierdzenia, że mamy o czynienia z grupą kapitałową.

Co do argumentacji o łączącej Przystępujących po stronie Zamawiającego relacji rodzinnej 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, postanowienie zawarte w pkt 5.2 SWZ też tego nie zabrania. Natomiast Izba nie przeczy, że taka relacja może być źródłem współpracy między wykonawcami i wzajemnej pomocy na innych warunkach niż między przedsiębiorcami, których taka relacja nie łączy. Jednak nie zostało wykazane aby w okolicznościach tej sprawy była to praktyka sprzeczna z przepisami prawa.

Co do spółki to zwrócić uwagę należy, że argumentacja zawarta w treści odwołań w tym zakresie jest dość lakoniczna, a Odwołujący wykazali się inicjatywą dowodową i rozwinęli te stanowiska dopiero na etapie rozprawy. Niemniej jednak Izba uznała, że nie zostało wykazane aby fakt posiadania przez P.K. zaledwie 5% udziałów w DROMAR sp. z o.o. na dzień składania ofert był źródłem uprawnień dla M.K. do wywierania wpływu na prowadzenie działalności gospodarczej przez P.K..

Odnosząc się do stanowisk Odwołujących dotyczących oświadczeń w zakresie przynależności / braku przynależności do grupy kapitałowej, po ich analizie przy uwzględnieniu okoliczności sprawy Izba uznała, że nie są one sprzeczne. Złożony w sprawie materiał dowodowy w zakresie DROMAR sp. z o.o. w szczególności dowód nr 1 złożony przez Odwołującego 1 podczas rozprawy 16 marca 2023 r., czy dowody nr 11 i 12 do pisma D.M. z 15 marca 2023 r., oraz pozostałe dowody dotyczące DROMAR spółki z o.o. wskazują, że jeśli możemy mówić o grupie kapitałowej to tylko w przypadku DROMAR sp. z o.o. oraz D.M., których łączy osoba w postaci pana M.K. – posiadającego 95% udziałów w DROMAR sp. z o.o., będącego prezesem zarządu tej spółki oraz będącym jednocześnie prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą. W ocenie Izby te okoliczności mogły być powodem oświadczenia, że DROMAR Marian Kaliciak należy do grupy kapitałowej. Jednocześnie jak uzasadniono powyżej, nie wykazano wystarczających przesłanek aby uznać, że D.P. również należy do grupy kapitałowej z D.M. i DROMAR sp. z o.o. Wobec tego ustalenia Izba uznała, że oświadczenie złożone przez D.P. jest prawidłowe.

Ad zarzutów naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców DROMAR oraz DROGOS, mimo że w SWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, że Wykonawca lub podmioty występujące wspólnie mogą złożyć tylko dwie oferty na zadania od 1 do 5 oraz dwie oferty na zadania od 6 do 9, a Wykonawcy DROMAR oraz DROGOS, jako Wykonawcy powiązani ze sobą złożyli oferty na łącznie 6 zadań (zad. 2, 3, 4, 5 6, 7), a nie jak wskazano w specyfikacji na maksymalnie 4, co powoduje, że Zamawiający powinien odrzucić oferty tych Wykonawców, bowiem są one niezgodne z warunkami zamówienia, sygn. akt KIO 599/23,
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DROGOS w Zadaniu nr 4 i Zadaniu nr 7, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim wykonawca ten wspólnie z DROMAR złożył oferty na łącznie 4 zdania w zakresie zadania od nr 1 do 5 oraz łącznie 3 zadania w zakresie zadania od nr 6 do 9, co pozostaje w sprzeczności z postanowieniem pkt 3 SWZ, w którym Zamawiający określił maksymalną liczbę zadań na jakie wykonawcy lub podmioty występujące wspólnie mogą składać oferty w każdym z w/w zakresów zadań, sygn. akt KIO 619/23.

Wobec ustalenia, że nie zostało wykazane aby D.M. i D.P. należeli do tej samej grupy kapitałowej, Izba doszła do przekonania, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. że Przystępujący po stronie Zamawiającego złożyli oferty niezgodne z treścią SWZ, tj. naruszające ograniczenie wynikające z pkt 5.2 SWZ.

W związku z powyższym zarzuty podlegały oddaleniu.

Ad zarzutów naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dni 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów – poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców DROMAR oraz DROGOS mimo że: a) oferty złożone przez tych Wykonawców są ofertami złożonymi w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (zmowa przetargowa); b) podmioty te składają nieprawdziwe informacje i oświadczenia, posługują się nieprawdziwymi dokumentami co w sposób jednoznaczny narusza interesy innych wykonawców w tym postępowaniu, sygn. akt KIO 599/23,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 uznk w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk w zw. z art. w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DROGOS w Zadaniu nr 4 i Zadaniu nr 7, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na złożeniu przez tego wykonawcę wspólnie z DROMAR ofert na łącznie 4 zdania w zakresie zadania od nr 1 do 5 oraz łącznie 3 zadania w zakresie zadania od

nr 6 do 9, co prowadzi do obejścia postanowień SWZ o maksymalnej liczbie zadań na jakie wykonawcy lub podmioty występujące Wspólnie mogą składać oferty odpowiednio w zakresie zadania od nr 1 do 5 oraz w zakresie zadania od nr 6 do 9 oraz stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także narusza interes Odwołującego i Zamawiającego, gdyż utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, sygn. akt KIO 619/23,

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty D.P., pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a złożona oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, sygn. akt KIO 622/23 (w zakresie odnoszącym się do zarzucenia naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wynikającym z uzasadnienia odwołania).

W zakresie rozważań natury ogólnej, Izba podziela i przyjmuje za własne te wywiedzione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3745/21, gdzie wskazano, że konieczna jest ocena zachowania przedsiębiorców na danym rynku polegająca na ustaleniu czy określone zachowania tych podmiotów mogą zostać uznane za *„porozumienie”* oraz czy mają antykonkurencyjny *„cel lub skutek”*.

Definiując *„porozumienie”* doktryna wskazuje, że jest to możliwość przypisania przedsiębiorcom będącymi stronami tego porozumienia minimum wzajemnych kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej. Doktryna uznaje szerokie rozumienie *„porozumień”*, które obejmuje zakresem także uzgodnienia przedsiębiorców, a więc również takie których antykonkurencyjny *„cel”* lub *„skutek”* nie wynika z umów, uchwał czy też innych pisemnych uzgodnień. Co do drugiego z elementów tj. *„antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia”*, to wskazać należy, że wymienione przesłanki mają charakter alternatywny. W piśmiennictwie podkreśla się, że cel danego zachowania należy określić poprzez obiektywnie ustalony cel samego porozumienia, przy czym ustalenie to powinno nastąpić z uwzględnieniem gospodarczego kontekstu, w jakim zawarte zostało (jest wykonywane) dane porozumienie. Cel porozumienia należy więc badać w oparciu o kryteria obiektywne i w okolicznościach konkretnej sprawy. Podkreślić należy także, że dla objęcia danego porozumienia zakazem z art. 6 uokik nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części). Stosowanie tego przepisu nie jest bowiem zależne od faktu, czy porozumienie zostało tylko zawarte przez przedsiębiorców (ich związki), czy też strony rzeczywiście zrealizowały (lub realizują) je w praktyce. (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 marca 2003 r. XVII Ama 40/02). Dalej wskazać należy, że z art. 6 ust. 1 uokik wynika, że zakazem objęte są także porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Bez znaczenia jest brak występowania po stronie przedsiębiorców (subiektywnego) zamiaru ograniczenia konkurencji (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2006 r. XVII Ama 9/05). Oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia. Okoliczność, iż naruszenie przepisów ustawy nastąpiło w sposób niezamierzony przez przedsiębiorców, którzy nie mieli intencji wywoływania skutków antykonkurencyjnych, nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania.

Odnosząc się do porozumienia przetargowego, o którym stanowi art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik to niezbędne jest kumulatywne wystąpienie następujących okoliczności: zawarcia niedozwolonego porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (lub przedsiębiorców i organizatora przetargu), którego przedmiot stanowi uzgodnienie w zakresie warunków składanych ofert; antykonkurencyjnego charakteru porozumienia; braku podstaw do wyłączenia spod zakazu w oparciu o art. 8 ust. 1 uokik.

Dla wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego możliwe jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiejkolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. W sądownictwie powszechnym za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zmowy przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Istnienie więc zmowy przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek – o zmowie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Następnie zaznaczyć należy, że art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy uznk. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi

obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 uznk czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie *„sprzeczności z prawem"* należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Ponadto ustalenie iż pomiędzy przedsiębiorcami doszło do niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w rozumieniu art. 6 uokik może również stanowić podstawę do uznania danego czynu wykonawców jako czynu nieuczciwej konkurencji. Jak podkreśla się w piśmiennictwie ustawy te są bowiem względem siebie komplementarne, zaś stan faktyczny danej sprawy może podlegać ocenie na gruncie obu ustaw.

Dodatkowo, jak wynika z orzecznictwa Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy.

Przejawem takiego niedozwolonego porozumienia mogą być przykładowo: 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.); 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór (por. W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych; K.K. w: K.K. i M.S. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 286; D.M. Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Kraków 2004; E.M.W., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16).

Sąd ten zwrócił też uwagę, że UOKIK w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zmowy przetargowej takie jak m.in. ten sam charakter pisma w ofertach, jednakowe błędy obliczeniowe, ten sam adres, więzy rodzinne czy wreszcie nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła korzystniejszą ofertę. UOKIK za zmowę przetargowa uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawienia ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną. Jako przykłady UOKIK wskazuje sytuacje, kiedy ceny wykonawców, którzy zawarli porozumienie, były kolejno niższe, a zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy, aby umożliwić wybór oferty droższej, będącej propozycją przedsiębiorcy, z którym pozostawał w zmowie. Analogicznie, jeśli oferty członków porozumienia zajmują trzy pierwsze miejsca, wycofywane są dwie najkorzystniejsze oferty (por. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów*„Zmowy przetargowe"*, wydanie drugie zaktualizowane, Warszawa 2013). (*vide* wyrok z dnia 25 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 56/21 oraz wyrok z dnia 27 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 57/22).

Odwołujący z tych samych okoliczności, które zostały powołane w celu wykazania, że mamy do czynienia z grupą kapitałową, wywodzą że D.M. i D.P. zawarli niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję. W ocenie Izby powyższe zarzuty również nie zostały wykazane, co było powodem ich oddalenia. Źródłem zarzutu jest zaistnienie w tym postępowaniu skutku w postaci złożenia przez Przystępujących po stronie Zamawiającego ofert, zdaniem Odwołujących, na więcej części niż wynika to z ograniczenia ustanowionego w pkt 5.2 SWZ. Jednak w ocenie Izby przywołane okoliczności faktyczne, które zdaniem Odwołujących przemawiają za stwierdzeniem zawarcia takiego porozumienia nie ukazują w całości związku przyczynowo skutkowego pozwalającego na stwierdzenie porozumienia (zmowy przetargowej). Innymi słowy nie wykazano takiego ciągu zdarzeń, który prowadził by tylko do jednego wniosku, tj. że

wykonawcy dopuścili się niedozwolonego porozumienia, w tym zmowy przetargowej.
Niewątpliwie D.P. jest podmiotem, który zaistniał na runku usług będących przedmiotem zamówienia, w tym na rynku zamówień publicznych na te usługi dzięki doświadczeniu zdobytym podczas wykonywania prac dla D.M.. Nie można się oprzeć wrażeniu, że ojciec wprowadził syna na rynek ułatwiając mu start w branży. Wykazano, że podmioty ze sobą współpracują. Jednak podkreślić należy, że nie wykazano aby ta współpraca miała charakter stały, tak samo jak nie wykazano aby współpraca ta przybierała formy naruszające przepisy prawa. To co zostało wykazane podczas rozprawy wskazuje na legalne formy współpracy, przy wykorzystaniu narzędzi, które m.in. daje ustawa Pzp. Nie wykazano aby została zaburzona konkurencja w postępowaniu, w tym zakresie Zamawiający słusznie podniósł, że Odwołujący poza argumentem o naruszeniu ograniczenia wskazanego w pkt 5.2 SWZ opartego na teorii przynależności ww. wykonawców do jednej grupy kapitałowej, który to zarzut się nie potwierdził, nie wykazali aby uniemożliwiono im złożenie ofert bądź w inny sposób ograniczono dostęp do zamówienia. Na uwagę natomiast zasługuje, że w zadaniu nr 6 gdzie oferty złożyli obaj Przystępujący, oferta D.P. ma cenę 734 216,57 zł, oferta Odwołującego 2 ma cenę 783 525,59 zł, a oferta D.M. została złożona z ceną 816 736,19 zł.
Wobec powyższego zarzuty podlegały oddaleniu.
Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit b) w stosunku do wykonawcy DROGOS, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, z zakresie zdolności zawodowej, bowiem wskazane przez niego referencyjne realizacje zawierają nieprawdziwe informacje, z uwagi na to, że faktycznie (pomimo przedstawienia referencji) zakresu wskazanego w referencjach podmiot ten nie wykonywał (sygn. akt KIO 599/23).

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp Odwołujący 1 wywodzi z tego, że w postępowaniu realizowanym na rzecz Gminy Bytom, którego dotyczą referencje z 24 kwietnia 2022 r., Zamawiający wskazał w piśmie z 14 lutego 2023 r., iż Drogos od 1 grudnia 2021 r. do 31 marca 2022 r., *„nie realizował zadań podwykonawczych”*, a sam Zamawiający wskazał *„Nie potwierdzam prac wykazanych w referencjach wystawionych przez ZUDiK D.M. dla firmy ZUK D.P..”* W ocenie Odwołującego 1 wobec powyższego D.P. podlega wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, gdyż *„nie można uznać za wiarygodne oświadczenia podmiotu, które nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym”*. Zarzut jest bardzo lakoniczny i oparty jedynie na okoliczności, że dwa razy DORGOS P.K. nie został zgłoszony przez D.M. w charakterze podwykonawcy. Na potwierdzenie swoich twierdzeń Odwołujacy 1 złożył dowody w postaci korespondencji z Miejskim Zarządem Dróg i Mostów w Bytomiu z 4 sierpnia 2020 r. i 11 sierpnia 2020 r., oraz z Urzędem Miasta Siemianowice Śląskie z 9 września 2020 r. i 16 września 2020 r. – dowód 6 do pisma Odwołującego 1 z 16 marca 2023 r. Z ich treści wynika, że w postępowaniach, których korespondencja dotyczyła Dromar nie zgłosił Drogos jako podwykonawcy, a w przypadku zamówienia zrealizowanego na rzecz Gminy Bytom, wykonawca Dromar został obciążony w związku z tym karą umowną (*vide* dowód nr 7 do pisma Odwołującego 1 z 16 marca 2023 r.).
Ponadto Dromar wystawił na rzecz Drogos referencje.
Oddalając zarzut Izba miała na uwadze dowody złożone przez obu Przystępujących, w postaci umowy nr 2621.80.2019 wraz z aneksami, korespondencją (pisma z 25 października 2019 i 8 lipca 2020) umową o podwykonawstwo z 12 listopada 2019 r., wraz z aneksami i referencje z 18 listopada 2021 r. (dotyczy zadania 3 dla miasta Bytom) oraz umowy nr 2621.81.2019 wraz z aneksami, korespondencją (pisma z 25 października 2019 i 8 lipca 2020, umową o podwykonawstwo z 12 listopada 2019 r. wraz z aneksami oraz referencjami z 18 listopada 2019 r. (dotyczy zadania 4 dla miasta Bytom), a także umowę z podwykonawstwa z 18 maja 2021 r., korespondencję z 17 maja 2021 i 19 marca 2021 r., oraz referencje z 17 października 2022 r. (usługa dla miasta Opole), potwierdzające że DROMAR P.K. był podwykonawcą zgłoszonym zamawiającym w toku realizacji zamówień i realizował zlecone prace za wiedzą i zgodą zamawiających. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.
Ad zarzutów naruszenia:

- art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez DROGOS jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. dokumentów załączonych do wyjaśnień DROGOS z dnia 3 lutego 2023 r. pod nazwą *„Kalkulacja zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 i Zadania nr 7”* oraz *„Oświadczenie/ Zobowiązanie osoby fizycznej do przyjęcia odpadu”*, mimo że zastrzeżone przez DROGOS informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (sygn. akt KIO 619/23);
- art. 18 ust. 1- 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia kalkulacji zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 oraz oświadczenia/zobowiązania osoby fizycznej do przyjęcia odpadu będących załącznikami do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcę Zakład Usług Komunalnych D.P., pomimo tego, iż Wykonawca nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa (sygn. akt KIO 622/23),

Zarzuty potwierdziły się, co skutkowało ich uwzględnieniem i nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach 6 i 7 i udostępnienia wykonawcom dokumentów *„Kalkulacja zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 i Zadania nr 7”* oraz *„Oświadczenie i zobowiązanie osoby fizycznej do przejęcia*

odpadu" stanowiących załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 3 lutego 2023 r. D.P..

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ustawodawca w art. 18 ust. 2 ustawy Pzp wskazał, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Ponadto w ust. 3 wskazano, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jej ograniczenie możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca ma możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawa Pzpw zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do art. 11 ust. 2 uznk. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, wykonawcy nie powinni nadużywać tego narzędzia i ograniczać jego wykorzystanie do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością. Zamawiający przychylając się natomiast do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie przez bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień danego wykonawcy, ale powinna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy.

Przechodząc do okoliczności tej sprawy i oceniając uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez D.P., Izba doszła do przekonania, że Przystępujący nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania przesłanek objęcia spornych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, w wyniku czego Zamawiający niezasadnie przyznał tym informacjom taki status dokonując pozytywnej oceny przedstawionego uzasadnienia.

Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki D.P. skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia jego interesów i zmniejszenia przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Przystępujący DROGOS musiałby wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego konkretnego postępowania i pod jego wymagania określone przez Zamawiającego miałoby spowodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałoby wynikać. Izba nie przeczy, że potencjalnie w zależności od okoliczności danej sprawy kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii. Podkreślić też należy, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący DROGOS nie jest konsekwentny, bowiem raz twierdzi, że kalkulacja jest dokonana na potrzeby tego konkretnego postępowania a w innym miejscu twierdzi, że jest to ogólnie przez niego stosowana metoda wyceny. Bez względu na to, które z powyższych twierdzeń jest prawdziwe, wskazać przede wszystkim należy, że nie zostało wykazane, aby ta metoda wyceny była szczególna, właściwa tylko dla Przystępującego DROGOS i aby dawała mu przewagę na rynku. Nie zostało na tę okoliczność przedstawione żadne twierdzenie czy dowód. Podobnie rzecz się ma z oświadczeniem dotyczącym przyjęcia odpadu. Nie została wykazana wartość gospodarcza tej informacji, szczególnie nie jest dla Izby jasne jak ujawnienie danych podmiotu, który złożył oświadczenie miałoby zagrozić pozycji Przystępującego w tym postępowaniu. Izba przyjmuje argument o tym, że w tym postępowaniu kontakt ten pozwolił na wygenerowanie pewnej oszczędności (Przystępujący nie podał w jakiej wysokości),

jednak oferta jest już złożona wobec czego nie ma zagrożenia dla przewagi Przystępującego DROGOS w tym postępowaniu. Jednocześnie Izba wskazuje, że Przystępujący nie argumentował aby kontakt ten miał charakter stałej współpracy. Nie zostało również wykazane jak powyższe informacje są chronione. W tym zakresie uzasadnienie również jest niejasne. Raz bowiem Przystępujący DROGOS twierdzi, że tylko właściciel ma dostęp do informacji, w innym miejscu natomiast wskazuje, że pracownicy również. Nie jest jasne co Przystępujący rozumie pod pojęciem „stosownych zabezpieczeń informacji". Izba rozumie, że przy skali działalności Przystępującego środki stosowane do ochrony informacji nie będą tak rozbudowane jak w przypadku podmiotów o bardziej złożonej strukturze, jednak nie zwalnia to Przystępującego z przedstawienia rzetelnego, logicznego i spójnego uzasadnienia i wykazania jak chroni konkretne informacje.

Z tych względów zarzuty omawiane zarzuty Odwołującego 2 i 3 zostały uwzględnione.

Ad zarzutów naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DROGOS w Zadaniu nr 7, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez DROGOS za usuwanie chwastów i namułów nie jest rażąco niska – zarzut ewentualny (sygn. akt KIO 619/23),
- art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakład Usług Komunalnych D.P., pomimo tego, że Wykonawca nie wykazał, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (sygn. akt KIO 622/23).

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że z uwagi na konstrukcję odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 619/23, gdzie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp był sformułowany jako zarzut ewentualny, na wypadek oddalenia zarzutu wcześniejszego dotyczącego zaniechania udostępnienia dokumentów załączonych do wyjaśnień DROGOS z dnia 3 lutego 2023 r. pod nazwą*„Kalkulacja zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 i Zadania nr 7"* oraz *„Oświadczenie/ Zobowiązanie osoby fizycznej do przyjęcia odpadu"*, zarzut ten został zostawiony bez rozpoznania. Jak bowiem wynika z treści rozstrzygnięcia sprawy sygn. akt KIO 619/23, zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia ww. informacji zastrzeżonych tajemnica przedsiębiorstwa został uwzględniony.

Przechodząc natomiast do rozpoznania zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp sformułowanego przez Odwołującego 3 (sygn. akt KIO 622/23) w ocenie Izby zarzut ten podlegał oddaleniu z następujących powodów.

Po pierwsze, jak zauważył sam Odwołujący 3 zarzut ten nie był oparty o wszystkie okoliczności faktyczne z uwagi na to, że Odwołujący 3 nie miał dostępu do pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami. Natomiast *„Kalkulacja zaoferowanej ceny dla Zadania nr 6 i Zadania nr 7"*zawiera uszczegółowienie wątków podanych w jawnej części wyjaśnień i bez polemiki z tym zakresem wyjaśnień zarzut nie może być w ocenie Izby uznany za skuteczny. Po drugie, Izba wskazuje że przy wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny niewątpliwie znaczenie ma również treść skierowanego do wykonawcy przez zamawiającego pisma stanowiącego wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. W ocenie Izby analiza skierowanego zapytania oraz odpowiedzi udzielonej przez Przystępującego D.P. pozwala stwierdzić, że Przystępujący ten udzielił odpowiedzi adekwatnej na wezwanie. Miało ono treść dość ogólną, nie narzucało żadnej metodologii złożenia wyjaśnień ani żadnej metodologii wyliczeń (sporządzenia kalkulacji), natomiast wykonawca udzielił obszernej odpowiedzi, w treści której zmierzał do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Ewentualne więc nieścisłości, czy też wątpliwości jakie mogłyby się pojawić podczas analizy złożonych wyjaśnień mogłyby zostać wyjaśnione na kolejne wezwanie.

Odnosząc się natomiast do złożonego przez Odwołującego 3 dowodu w postaci kalkulacji, Izba wskazuje że nie mógł ten dowód przesądzić o uwzględnieniu zarzutu. Po pierwsze jak wskazał sam Odwołujący 3 nie bez znaczenia jest użyty sprzęt, w tym rozstaw szczotek w zamiatarce. Następnie wskazać należy, że przedmiotem wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego D.P. była kalkulacja więc wydaje się naturalnym i oczywistym, że zarzut powinien się koncentrować na próbie jej podważenia, w tym wskazania błędów czy niedociągnięć, czy nawet kwoty niedoszacowania wyjaśnianego zakresu prac, a nie na wykazaniu, że Odwołujący 3 kalkuluje koszty w inny sposób. Wskazać bowiem należy, że przedstawiony dowód jest kalkulacją własną Odwołującego 3 i nie uwzględnia sytuacji Przystępującego, w tym warunków prowadzonej przez niego działalności.

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 599/23 orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Wydając postanowienie o kosztach w sprawie o sygn. akt KIO 619/23 Izba działała na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1)

ww. rozporządzenia. Izba miała na uwadze, że Odwołujący 2 poniósł koszty z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł 00gr oraz z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3 600 zł 00 gr. Natomiast na koszty Zamawiającego składają się zastępstwo przed Izbą w wysokości 3 600 zł 00 gr oraz 1/3 kosztów z tytułu dojazdy, tj. 309 zł 00 gr (po zaokrągleniu w górę). Z uwagi na uwzględnienie zarzutu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym zgłoszeniu 4 zarzutów (nie uwzględniając zarzutu ewentualnego) Izba stwierdziła, że Odwołujący 2 przegrał w ¾ a Zamawiający w ¼ co oznacza, że koszt należy Odwołującemu 2 to 4 650 zł 00 gr natomiast koszt należny Zamawiającemu to 2 931 zł 75 gr. Po potrąceniu powyższych kwot Izba zasądziła zwrot kwoty 1 718 zł 00 gr (po zaokrągleniu w dół) przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego 2.

Orzekając o kosztach w sprawie o sygn. akt KIO 622/23 Izba działała na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia. Izba miała na uwadze, że Odwołujący 3 poniósł koszty z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł 00gr oraz z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3 600 zł 00 gr. Natomiast na koszty Zamawiającego składają się zastępstwo przed Izbą w wysokości 3 600 zł 00 gr oraz 1/3 kosztów z tytułu dojazdy, tj. 309 zł 00 gr (po zaokrągleniu w górę). Z uwagi na uwzględnienie zarzutu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym zgłoszeniu 3 zarzutów (nie uwzględniając zarzutu wycofanego w zakresie którego umorzono postępowanie) Izba stwierdziła, że Odwołujący 3 przegrał w 2/3 a Zamawiający w 1/3 co oznacza, że koszt należy Odwołującemu 3 to 6 200 zł 00 gr natomiast koszt należny Zamawiającemu to 2 606 zł 00 gr. Po potrąceniu powyższych kwot Izba zasądziła zwrot kwoty 3 594 zł 00 gr przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego 3.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..…

……..…

……..…