sygn. akt:**KIO 3018/25**
KIO 3022/25

WYROK

Warszawa, 03 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata
Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 lipca 2025 r. przez:
A)wykonawcę MIXBUD KONTRAKTY sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (KIO 3018/25),
B)wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (KIO 3022/25),
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie,

orzeka:

KIO 3018/25

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części 1 zamówienia, ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MIXBUD KONTRAKTY sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę MIXBUD KONTRAKTY sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od zamawiającego Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie na rzecz wykonawcy MIXBUD KONTRAKTY sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej łącznie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę MIXBUD KONTRAKTY sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

KIO 3022/25

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części 2 zamówienia, ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od zamawiającego Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej łącznie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 3018/25, KIO 3022/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji pn.: „*Bieżące utrzymanie nawierzchni rozbieralnych na terenie miasta Chorzowa obejmujące dzielnice: Zad.1 Chorzów Centrum, Chorzów Batory, Zad.2 Chorzów Stary, Maciejkowice i Chorzów II*”.

21 lipca 2025 roku, wykonawca MIXBUD KONTRAKTY sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (KIO 3018/25) (dalej „*odwołujący I*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

21 lipca 2025 roku, wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej „*odwołujący II*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie tych samych przepisów ustawy Pzp, z tym zastrzeżeniem, że dotyczą one (zarzuty) odpowiednio okoliczności związanych z udziałem odwołujących odpowiednio w części 1 i 2 zamówienia.

Zdaniem odwołującego I zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie podania w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego mającego dotyczyć odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy okoliczności, które zdaniem zamawiającego uzasadniały odrzucenie oferty odwołującego, powinny zostać wskazane już w tej informacji. W treści informacji przesłanej 16 lipca 2025 r. zamawiający wskazał wyłącznie, że oferta odwołującego została odrzucona. W informacji tej nie podano uzasadnienia prawnego i faktycznego, w związku z czym odwołujący nie wiedział, dlaczego jego oferta została odrzucona. Lakoniczne uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego zawarto dopiero w Protokole z postępowania (przygotowanym następczo po podaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty

   i odrzuceniu ofert). Protokół ten został udostępniony odwołującemu pod koniec kolejnego dnia roboczego, co dodatkowo skróciło odwołującemu czas na przygotowanie odwołania i narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz nakaz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty;

2. art. 128 ust. 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących okoliczności złożenia oferty lub rzekomego zawarcia przez odwołującego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, podczas gdy przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wprost umożliwia wykonawcom ekskulpację, a co za tym idzie przed ewentualnym podjęciem tak daleko idącej czynności jak wykluczenie z postępowania odwołującego, na tej podstawie prawnej zamawiający powinien umożliwić odwołującemu zajęcie stanowiska w zakresie tego czy miało miejsce niedozwolone porozumienie, a w razie takiej potrzeby umożliwić wykazanie okoliczności wyłączających odpowiedzialność odwołującego;

3. art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 16 pkt 1-3 Pzp przez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, podczas gdy odwołujący nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zamawiający nie wskazał przy tym na czym takie rzekome porozumienie miałoby polegać i w jaki sposób miałoby na celu zakłócenie konkurencji. Okoliczności postępowania nie dają podstaw do przyjęcia, że pomiędzy odwołującym

   a innym wykonawcą zostało zawarte niedozwolone porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Wykluczenie odwołującego w stanie faktycznym sprawy narusza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności oraz nakaz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty;

4. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy brak jest podstaw faktycznych i prawnych do przyjęcia,

   że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten nie został uzasadniony przez zamawiającego, ale już teraz można wskazać, że nie jest czynem nieuczciwej konkurencji czynność złożenia oferty, która nie wpływa na konkurencyjność postępowania. Odrzucenie oferty odwołującego w stanie faktycznym sprawy narusza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności oraz nakaz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty;

zarzut o charakterze ewentualnym (złożony z ostrożności procesowej):

5. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 4 i art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy DROGBUD Nawierzchnie bitumiczne sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących okoliczności przygotowania oferty w postępowaniu i możliwego zawarcia przez tego wykonawcę porozumienia z innym wykonawcą, podczas gdy

   z okoliczności i dokumentów postępowania wynika, że pomiędzy wykonawcą DROGBUD Nawierzchnie bitumiczne sp. z o.o., który złożył ofertę odnośnie Części 1 (oferta oceniona jako najkorzystniejsza i jedyna podlegająca ocenie), a wykonawcą Lexbud Budownictwo i Infrastruktura sp. z o.o., który złożył ofertę odnośnie Części 2 (oferta oceniona jako najkorzystniejsza i jedyna podlegająca ocenie) zachodzą bezpośrednie powiązania osobowe, kapitałowe i organizacyjne, w tym reprezentanci

   i wspólnicy tych spółek to te same osoby lub osoby pozostające w relacjach rodzinnych (na co wskazują już odpisy z rejestru przedsiębiorców), a oferty złożone przez tych współpracujących ze sobą wykonawców zawierają tożsamą cenę oferty brutto (co stanowi zarzuty stawiane obecnie wobec oferty odwołującego). Przesłanki takie doprowadziły do bezzasadnego wykluczenia z postępowania odwołującego

   i odrzucenia jego oferty, ale nie skutkowały podjęciem jakichkolwiek czynności wobec ww. wykonawców, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz nakaz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty.

Przyjmując, że działanie takie może w jakiś sposób zakłócać konkurencję, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień

w takich okolicznościach jest powinnością zamawiającego.

Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy DROGBUD Nawierzchnie bitumiczne sp. z o.o. oraz czynności badania i oceny ofert;

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3)unieważnienia czynności wykluczenia z postepowania odwołującego;

4)dokonania ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego;

5)powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego na podstawie zestawienia kosztów i rachunku, który zostanie złożony do akt postępowania odwoławczego.

Na podstawie art. 534 ust. 1 Pzp odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, przywołanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym. Odwołujący wskazuje, że przywołane w odwołaniu dokumenty są w posiadaniu zamawiającego i wchodzą w skład protokołu z postępowania lub stanowią załączniki do tego protokołu w rozumieniu Pzp.

Zdaniem odwołującego II zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1.art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie podania w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego mającego dotyczyć odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy okoliczności, które zdaniem zamawiającego uzasadniały odrzucenie oferty odwołującego, powinny zostać wskazane już w tej informacji. W treści informacji przesłanej 16 lipca 2025 r. zamawiający wskazał wyłącznie, że oferta odwołującego została odrzucona. W informacji tej nie podano uzasadnienia prawnego i faktycznego, w związku z czym odwołujący nie wiedział, dlaczego jego oferta została odrzucona. Lakoniczne uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego zawarto dopiero w Protokole z postępowania (przygotowanym następczo po podaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty

i odrzuceniu ofert). Protokół ten został udostępniony odwołującemu pod koniec kolejnego dnia roboczego, co dodatkowo skróciło odwołującemu czas na przygotowanie odwołania i narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz nakaz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty;

2.art. 128 ust. 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących okoliczności złożenia oferty

w postępowaniu lub rzekomego zawarcia przez odwołującego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, podczas gdy przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wprost umożliwia wykonawcom ekskulpację, a co za tym idzie przed ewentualnym podjęciem tak daleko idącej czynności jak wykluczenie z postępowania odwołującego, na tej podstawie prawnej zamawiający powinien umożliwić odwołującemu zajęcie stanowiska w zakresie tego czy miało miejsce niedozwolone porozumienie, a w razie takiej potrzeby umożliwić wykazanie okoliczności wyłączających odpowiedzialność odwołującego;

3.art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 16 pkt 1-3 Pzp przez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, podczas gdy odwołujący nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zamawiający nie wskazał przy tym na czym takie rzekome porozumienie miałoby polegać i w jaki sposób miałoby na celu zakłócenie konkurencji. Okoliczności postępowania nie dają podstaw do przyjęcia, że pomiędzy odwołującym

a innym wykonawcą zostało zawarte niedozwolone porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Wykluczenie odwołującego w stanie faktycznym sprawy narusza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności oraz nakaz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty;

4.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy brak jest podstaw faktycznych i prawnych do przyjęcia,

że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten nie został uzasadniony przez zamawiającego, ale już teraz można wskazać, że nie jest czynem nieuczciwej konkurencji czynność złożenia oferty, która nie wpływa na konkurencyjność postępowania. Odrzucenie oferty odwołującego w stanie faktycznym sprawy narusza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności oraz nakaz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty;

zarzut o charakterze ewentualnym (złożony z ostrożności procesowej):

5.art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 4 i art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy DROGBUD Nawierzchnie bitumiczne sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących okoliczności przygotowania oferty w postępowaniu i możliwego zawarcia przez tego wykonawcę porozumienia z innym wykonawcą, podczas gdy

z okoliczności i dokumentów postępowania wynika, że pomiędzy wykonawcą DROGBUD Nawierzchnie bitumiczne sp. z o.o., który złożył ofertę odnośnie Części 1 (oferta oceniona jako najkorzystniejsza i jedyna podlegająca ocenie), a wykonawcą Lexbud Budownictwo i Infrastruktura Sp. z o.o., który złożył ofertę odnośnie Części 2 (oferta oceniona jako najkorzystniejsza i jedyna podlegająca ocenie) zachodzą bezpośrednie powiązania osobowe, kapitałowe i organizacyjne, w tym reprezentanci

i wspólnicy tych spółek to te same osoby lub osoby pozostające w relacjach rodzinnych (na co wskazują już odpisy z rejestru przedsiębiorców), a oferty złożone przez tych współpracujących ze sobą wykonawców zawierają tożsamą cenę oferty brutto (co stanowi zarzuty stawiane obecnie wobec oferty odwołującego). Przesłanki takie doprowadziły do bezzasadnego wykluczenia z postępowania odwołującego

i odrzucenia jego oferty, ale nie skutkowały podjęciem jakichkolwiek czynności wobec ww. wykonawców, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz nakaz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Przyjmując, że działanie takie może w jakiś sposób zakłócać konkurencję, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień

w takich okolicznościach jest powinnością zamawiającego.

Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Lexbud Budownictwo i Infrastruktura sp. z o.o. oraz czynności badania i oceny ofert;

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3)unieważnienia czynności wykluczenia z postepowania odwołującego;

4)dokonania ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego;

5)powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego na podstawie zestawienia kosztów i rachunku, który zostanie złożony do akt postępowania odwoławczego.

Na podstawie art. 534 ust. 1 Pzp odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, przywołanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym. Odwołujący wskazuje, że przywołane w odwołaniu dokumenty są w posiadaniu zamawiającego i wchodzą w skład protokołu z postępowania lub stanowią załączniki do tego protokołu w rozumieniu Pzp.

Odwołujący I i II wskazali, że są uprawnieni do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, tj. odwołujący I i II ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący I i II jest podmiotem uczestniczącym w postępowaniu, który został bezzasadnie wykluczony z postępowania i którego oferta została bezzasadnie odrzucona. W wyniku uwzględnienia odwołania odwołujący I i II będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia
i zawarcie umowy z zamawiającym w zakresie Części 1 i 2 zamówienia, a w konsekwencji uzyskanie zysku. Uwzględnienie odwołań doprowadzi do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia wykluczenia z postępowania odwołującego I i II
i odrzucenia jego oferty, a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Ponowne badanie i cena ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego I i II może natomiast doprowadzić do wyboru oferty odwołującego I i II jako najkorzystniejszej. Zaznaczyć przy tym należy,
że przedmiotowe zamówienie prowadzone jest w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji (w odniesieniu do Części 1 zamówienia złożono tylko dwie oferty, w odniesieniu do Części 2 zamówienia złożono tylko trzy oferty), w tym ofertę odwołującego I i II. Oferta odwołującego I i II może okazać się najkorzystniejsza jako najwyżej oceniona lub jako jedyna, która nie zostanie odrzucona. Jednocześnie brak uwzględnienia odwołania będzie prowadził do powstania u odwołującego I i II szkody związanej z nie zawarciem umowy
z zamawiającym i kosztami związanymi z udziałem w postępowaniu, a bezpodstawne wykluczenie odwołującego I i II z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp
i odrzucenie jego oferty wyrządza odwołującemu I i II szkodę z tym związaną, w tym odwołujący I i II może zostać bezpodstawnie wykluczony z innych postępowań o udzielenie zamówienia lub zostać bezzasadnie zobligowany do ponoszenia kosztów i przeprowadzenia tzw. procedury *self-cleaningu* w każdym kolejnym postępowaniu przez okres trzech lat. Nieprawidłowe czynności zamawiającego prowadzą także do naruszenia renomy odwołującego I i II. Wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy, miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Interes prawny we wniesieniu odwołania materializuje się również w konieczności zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami prawa. Tak rozumiany interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Europejska wykładnia interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej obejmuje swym zakresem również możliwość doznania przez wykonawcę szkody wskutek nieprawidłowej czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu. Interes prawny odwołującego I i II ma uzasadnienie we wniesieniu środka prawnego w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzącym do skutku w postaci zawarcia zgodnie z prawem umowy w sprawie zamówienia publicznego, nawet jeśli zawarcie umowy ostatecznie mogłoby nastąpić z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo).

Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o oddalenie odwołań.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący I i II posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,
iż odwołania zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołujących I i II są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając stanowisko odwołujących I i II (za wyrokiem Sądu Okręgowego
w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty*
i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów") wskazuje, co następuje.

Z uwagi na tożsamość zarzutów podniesionych przez odwołujących I i II, Izba odniesie się do tych zarzutów zbiorczo w zakresie spraw odwoławczych KIO 3018/25 oraz KIO 3022/25.

Orzekając w granicach postawionych w odwołaniach zarzutów (art. 555 ustawy Pzp - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu) Izba stwierdziła, jak niżej.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisów art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, Izba uznała za zasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że odwołujący I i II na rozprawie wskazał, że faktycznie zamawiający przekazał w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych uzasadnienie takie jak w przekazanym odwołującemu I i II protokole z postępowania, jednakże zdaniem odwołującego I i II zamawiający w informacji nie uzasadnił okoliczności faktycznych podjętej przez siebie czynności, co czyni ww. zarzuty za uzasadnione.

Izba wskazuje, że zamawiający w zakresie wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego I i II podał następujące informacje, uzasadniając je w następujący sposób:

Dla części 1 zamówienia

„*Odrzucono ofertę złożoną przez Wykonawcę:*

MIXBUD Kontrakty Sp. z o.o. Adres siedziby: ul. Szyb Walenty 18, 41-700 Ruda Śląska

Podstawa prawna i powód odrzucenia:

Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy PZP w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 toku badania i oceny ofert, Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu:

1.w Części 1 postępowania została złożona oferta firmy MIXBUD Kontrakty Sp. z o.o.

W ofercie tej:

1)firma Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy MIXBUD Kontrakty Sp. z o.o. niezbędne zasoby w postaci sprzętu szczegółowo opisanego w Załączniku nr 8 do SWZ złożonego wraz z ofertą.

2)firma RDM Śródmieście Sp. z o.o. zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy MIXBUD Kontrakty Sp. z o.o niezbędne zasoby w postaci Doświadczenia Wykonawcy i w trakcie realizacji zamówienia będzie podwykonawcą w zakresie bieżącego utrzymania nawierzchni rozbieralnych na terenie miasta Chorzowa w tym: roboty rozbiórkowe, obramowanie nawierzchni, podbudowy, nawierzchnie, oraz roboty towarzyszące. Powyższe ma również odzwierciedlenie w pkt VIII Formularza oferty.

2.w Części 2 postępowania została złożona oferta firmy: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. W ofercie tej:

1)firma RDM Śródmieście Sp. z o.o. zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o.. niezbędne zasoby w postaci Doświadczenia Wykonawcy i w trakcie realizacji zamówienia będzie podwykonawcą w zakresie bieżącego utrzymania nawierzchni rozbieralnych na terenie miasta Chorzowa w tym: roboty rozbiórkowe, obramowanie nawierzchni, podbudowy, nawierzchnie, oraz roboty towarzyszące. Powyższe ma również odzwierciedlenie w pkt VIII Formularza oferty.

Ponadto:

1.Z KRS wynika, że: wspólnikami w obu spółkach są jedynie P.B. i T.B., Prezesem w spółce Mixbud Kontrakty Sp. z o. o. jest Pani T.B., a w spółce Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. prezesem jest Pan P.B.

2.W formularzach ofertowych złożonych w poszczególnych częściach podano, że osobą do kontaktu jest Pan K.S., nr telefonu +48 570 855 988, jedyna różnica danych kontaktowych to podany adres poczty elektronicznej.

3.Z formularzy ofertowych złożonych w poszczególnych częściach wynika, że podana cena ofertowa jest taka sama i wynosi 969 978,00 złotych brutto.

4.Z formularzy cenowych złożonych w poszczególnych częściach wynika, że obie firmy oferują dokładnie te same ceny jednostkowe.

Wskazane okoliczności pozwalają stwierdzić, że doszło do zawarcia pomiędzy wykonawcami niedozwolonego porozumienia – ustalono ceny, jak i części, na które każdy
z wykonawców ma złożyć ofertę. Ponadto już samo podpisanie formularzy ofertowych przez jedną osobę, a więc znajomość parametrów cenowych drugiej oferty świadczy niezbicie
o zakłócaniu konkurencji (KIO 1830/19)

Biorąc pod uwagę powyższe oraz zapisy SWZ (Rozdz. V. ust. 3) Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części i dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, przy czym ofertę można składać w odniesieniu do jednej części zamówienia, Zamawiający stwierdza,
że złożone oferty naruszają zasady uczciwej konkurencji, a tym samym zostały złożone
w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dn. 16.04.1993 r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: znk) i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy PZP.

Zgodnie z Komentarzem do ustawy PZP wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych (dalej UZP) przepis art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy PZP stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk. Definicję czynu nieuczciwej konkurencji możemy odnaleźć w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy znk. Przepis stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast art. 3 ust. 2 ustawy znk wymienia przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji(…) Zważywszy, że w art. 3 ust. 2 ustawy znk ustawodawca użył sformułowanie „w szczególności" – wyliczenie to ma charakter przykładowy, a wskazany katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Zachowania niemieszczące się w tym katalogu, a wypełniające definicję z art. 3 ust. 1 ustawy znk, mogą być również uznane za czyny nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazano, że wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter przykładowy, ponieważ nie jest możliwe ustalenie wyczerpującej i zamkniętej listy czynów nieuczciwej konkurencji. Wciąż bowiem ujawniają się w działalności gospodarczej, w toku rywalizacji przedsiębiorców, nowe postacie czynów sprzecznych z prawem lub uczciwością, a godzących w interes ogólnospołeczny, przedsiębiorców lub klientów.

Aby uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji
w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

1)działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,

2)działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,

3)doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta."

W opinii Zamawiającego powyższe przesłanki zostały łącznie spełnione i oferta podlega odrzuceniu w przedmiotowym

postępowaniu.

Jednocześnie na podstawie opisanej wyżej analizy obu ofert, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy PZP i tym samym na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit a ustawy PZP jego oferta podlega odrzuceniu".

Dla części 2 zamówienia

„Odrzucono ofertę złożoną przez Wykonawców:

Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o., ul. Na Łąkach 9, 41-700 Ruda Śląska,

Podstawa prawna i powód odrzucenia:

Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy PZP w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 toku badania i oceny ofert, Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu:

1.w Części 1 postępowania została złożona oferta firmy MIXBUD Kontrakty Sp. z o.o.

W ofercie tej:

1)firma Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy MIXBUD Kontrakty Sp. z o.o. niezbędne zasoby w postaci sprzętu szczegółowo opisanego w Załączniku nr 8 do SWZ złożonego wraz z ofertą.

2)firma RDM Śródmieście Sp. z o.o. zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy MIXBUD Kontrakty Sp. z o.o niezbędne zasoby w postaci Doświadczenia Wykonawcy i w trakcie realizacji zamówienia będzie podwykonawcą w zakresie bieżącego utrzymania nawierzchni rozbieralnych na terenie miasta Chorzowa w tym: roboty rozbiórkowe, obramowanie nawierzchni, podbudowy, nawierzchnie, oraz roboty towarzyszące. Powyższe ma również odzwierciedlenie w pkt VIII Formularza oferty.

2.w Części 2 postępowania została złożona oferta firmy: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. W ofercie tej:

1)firma RDM Śródmieście Sp. z o.o. zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. niezbędne zasoby w postaci Doświadczenia Wykonawcy i w trakcie realizacji zamówienia będzie podwykonawcą

w zakresie bieżącego utrzymania nawierzchni rozbieralnych na terenie miasta Chorzowa w tym: roboty rozbiórkowe, obramowanie nawierzchni, podbudowy, nawierzchnie, oraz roboty towarzyszące. Powyższe ma również odzwierciedlenie w pkt VIII Formularza oferty.

Ponadto:

1.Z KRS wynika, że: wspólnikami w obu spółkach są jedynie P.B. i T.B., Prezesem w spółce Mixbud Kontrakty Sp. z o. o. jest Pani T.B., a w spółce Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. prezesem jest Pan P.B.

2.W formularzach ofertowych złożonych w poszczególnych częściach podano, że osobą do kontaktu jest Pan K.S., nr telefonu +48 570 855 988, jedyna różnica danych kontaktowych to podany adres poczty elektronicznej.

3.Z formularzy ofertowych złożonych w poszczególnych częściach wynika, że podana cena ofertowa jest taka sama i wynosi 969 978,00 złotych brutto.

4.Z formularzy cenowych złożonych w poszczególnych częściach wynika, że obie firmy oferują dokładnie te same ceny jednostkowe

Wskazane okoliczności pozwalają stwierdzić, że doszło do zawarcia pomiędzy wykonawcami niedozwolonego porozumienia – ustalono ceny, jak i części, na które każdy

z wykonawców ma złożyć ofertę. Ponadto już samo podpisanie formularzy ofertowych przez jedną osobę, a więc znajomość parametrów cenowych drugiej oferty świadczy niezbicie

o zakłócaniu konkurencji (KIO 1830/19)

Biorąc pod uwagę powyższe oraz zapisy SWZ (Rozdz. V. ust. 3) Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części i dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, przy czym ofertę można składać w odniesieniu do jednej części zamówienia, Zamawiający stwierdza,

że złożone oferty naruszają zasady uczciwej konkurencji, a tym samym zostały złożone

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dn. 16.04.1993 r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: znk) i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 7) ustawy PZP.

Zgodnie z Komentarzem do ustawy PZP wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych (dalej UZP) Przepis art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy PZP stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk. Definicję czynu nieuczciwej konkurencji możemy odnaleźć w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy znk. Przepis stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast art. 3 ust. 2 ustawy znk wymienia przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji (…) Zważywszy, że w art. 3 ust. 2 ustawy znk ustawodawca użył sformułowanie „w szczególności" – wyliczenie to ma charakter przykładowy, a wskazany katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Zachowania niemieszczące się w tym katalogu, a wypełniające definicję z art. 3 ust. 1 ustawy znk, mogą być również uznane za czyny nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazano, że wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter przykładowy, ponieważ nie jest możliwe ustalenie wyczerpującej i zamkniętej listy czynów nieuczciwej konkurencji. Wciąż bowiem ujawniają się w działalności gospodarczej,
w toku rywalizacji przedsiębiorców, nowe postacie czynów sprzecznych z prawem lub uczciwością, a godzących w interes ogólnospołeczny, przedsiębiorców lub klientów.

Aby uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji
w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

1)działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,

2)działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,

3)doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta."

W opinii Zamawiającego powyższe przesłanki zostały łącznie spełnione i oferta podlega wykluczeniu i odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu.

Jednocześnie na podstawie opisanej wyżej analizy obu ofert, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy PZP i tym samym na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit a ustawy PZP jego oferta podlega odrzuceniu".

Zgodnie z przepisem art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej uzasadnienie przygotowane i przekazane przez zamawiającego nie wypełnia przesłanek określonych przepisem art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Co prawda zamawiający podał podstawę prawną podjętych czynności, tj. podstawy wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, przytaczając treść odpowiednich przepisów oraz przedstawił ustalenia jakie poczynił w sprawach, jednakże zamawiający całkowicie pominął najbardziej istotną część informacji, tj. uzasadnienie faktyczne, które jest częścią *de facto* najważniejszą. Uzasadnienie faktyczne czynności zamawiającego stanowi bowiem subsumpcję okoliczności ustalonych w sprawie z powołaniem się na określone przepisy prawa, z którego wynikać ma sposób naruszenia przepisów przez wykonawcę i konsekwencja takiego naruszenia. Samo powołanie się przez zamawiającego na ustalenia jakie zamawiający poczynił w sprawie bez zasadniczych wniosków wypływających z takich ustaleń nie przenosi na wykonawcę wiedzy zamawiającego, jakie to szczególne okoliczności stanowiły podstawę do podjęcia określonych czynności przez zamawiającego.

Brak kluczowych informacji jakie zamawiający powinien przekazać wykonawcy, stanowi czynność zamawiającego ułomną, tzn. wykonawca nie może w sposób prawidłowy ustalić
i ocenić czynności zamawiającego. Wykonawca nie zna okoliczności faktycznych jakie przyjął zamawiający za istotne, skutkujące wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty. Samo powołanie się przez zamawiającego, że analiza ofert wywołała skutek negatywny dla wykonawcy nie jest w ocenie Izby wystarczające, cyt.: *„(…) na podstawie opisanej wyżej analizy obu ofert, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca podlega wykluczeniu*
z postępowania na podstawie art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy PZP i tym samym na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit a ustawy PZP jego oferta podlega odrzuceniu".

Jak zasadnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z 18 października 2023 roku w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 49/23, cyt.: *„Jak stanowi art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający przygotowuje*
i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty (art. 16 pkt 2 ustawy PZP). Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty ma doniosłe znaczenie, dlatego nie może być lakoniczne i niekompletne. Zamawiający, przekazując wykonawcom informacje, o których mowa w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym również o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, obowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i

prawne, także w przypadku odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty powinno w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców (niebudzący żadnych wątpliwości) wskazać powody odrzucenia. Brak jednoznacznego i zrozumiałego dla wykonawców uzasadnienia odrzucenia oferty może stanowić podstawę wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia (J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 253)". Również w wyroku tego samego Sądu z 19 kwietnia 2024 roku, w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 8/24, wyraźnie wskazano, że „*Stosowanie do treści art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W informacji tej powinny być zatem wskazane okoliczności faktyczne i podstawa prawna uzasadniające prawidłowość dokonanych czynności, dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty oraz punktacji przyznanej poszczególnym ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, a także odrzucenia poszczególnych ofert. Dopełnienie tego obowiązku ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji ogólnych zasad prowadzenia postępowania, w szczególności zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale również prawa do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych podjętych czynności warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2023 r., wydanie 5)*".

Powyższe stanowisko Izby koreluje bezpośrednio z zarzutem nr 2, który dotyczy naruszenia przepisów art. 128 ust. 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który Izba również uznała za zasadny. Wskazać bowiem należy, że niepełna informacja zamawiającego (naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) być może wynikała z braku posiadania pełnej wiedzy
o okolicznościach związanych ze złożeniem oferty przez odwołujących I i II.

Przepis art. 128 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający może żądać od wykonawców 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.

Wykładnia ww. przepisu w sposób jednoznaczny daje możliwość zamawiającemu żądania od wykonawców złożenia wyjaśnień praktycznie w każdym aspekcie i elemencie związanym z oświadczeniami i dokumentami składanymi przez wykonawców. Uprawnienie zamawiającego ma zatem niebagatelne znaczenie przy ocenie wykonawcy i jego oferty wraz z załącznikami. Rezygnacja z powyższej możliwości przez zamawiającego może bowiem prowadzić do wypaczenia prawidłowej oceny wykonawcy lub jego oferty.

Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowania mamy właśnie do czynienia z taką sytuacją. Na podstawie zgormadzonego materiału dowodowego oraz analizą stanowisk stron postępowania odwoławczego, Izba doszła do przekonania, że zamawiający powinien powziąć wątpliwości, względem ustalonego przez siebie stanu faktycznego, czego skutkiem powinno być wezwanie odwołujących I i II do złożenia stosownych wyjaśnień. Tym bardziej, że sankcja dla wykonawców, wynikająca z czynności zamawiającego, a w szczególności podstawy wykluczenia wykonawców jest bardzo dotkliwa (art. 111 pkt 4 ustawy Pzp - Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia).

Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Wykonawca ma zatem możliwość wykazania, że okoliczności, o których mowa we wskazanym przepisie nie wpływały na zachwianie (nie zakłóciły) konkurencji, w szczególności wykonawca ma możliwość wykazania, że nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (tzw. zmowa przetargowa). O powyższym świadczy wyrażenie użyte przez ustawodawcę „chyba, że wykażą".

Skoro wykonawca ma możliwość wyjaśnienia zamawiającemu zaistniałych w sprawie wątpliwości, tym bardziej, że ustawodawca na takie czynności zezwala, to dziwi Izbę zachowanie zamawiającego, który zdaje się całkowicie pomijać fakt, że być może nie jest
w posiadaniu wszystkich niezbędnych informacji, pozwalających mu na podjęcie prawidłowej decyzji względem wykonawcy.

Zdaniem Izby, samo stwierdzenie faktów, które w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu ofert i wykluczeniu wykonawców podaje zamawiający nie mogą, bez wcześniejszych wyjaśnień złożonych przez wykonawców, niejako *a priori* stanowić podstawy do czynności podjętych przez zamawiającego – wykluczenia i odrzucenia ofert

odwołujących I i II.

Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie wobec dowodów złożonych przez odwołujących na rozprawie, tj. oświadczeń wykonawców z 01 września 2025 roku, Mixbud Kontrakty sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Robót Drogowych MPRD sp. z o.o., którymi to oświadczeniami zamawiający nie dysponował badając oferty wykonawców.

Jak zasadnie wskazywał odwołujący, literalna treść przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp umożliwia wykonawcom podejrzewanym o zawarcie niedozwolonego porozumienia zakłócającego konkurencję dokonania ekskulpacji, a co za tym idzie przed ewentualnym podjęciem tak daleko idącej czynności jak wykluczenie z postępowania odwołującego na tej podstawie prawnej zamawiający powinien umożliwić odwołującemu zajęcie stanowiska odnośnie istnienia niedozwolonego porozumienia, a w razie takiej potrzeby umożliwić wykazanie okoliczności wskazujących na brak zastosowania wskazanej sankcji w danych okolicznościach (tak m.in. wyrok KIO z dnia 30 października 2023 r., KIO 3044/23, LEX nr 3643938, a także: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2025, art. 108, Nb 19.). Co więcej, w celu rzetelnego zweryfikowania podstawy wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający powinien zażądać oświadczenia wykonawcy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę (albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z niezbędnymi dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej).

Przed wykluczeniem odwołujących I i II z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i odrzuceniem jego oferty zamawiający nie wezwał odwołujących do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, ani nie umożliwił im zajęcia stanowiska. Odwołujący I i II zostali pozbawieni możliwości wykazania, że brak jest porozumienia zakłócającego konkurencję lub wykazania przesłanek zwalniających ich z odpowiedzialności, gdyby takie porozumienie zostało zawarte.

Kolejne zarzuty odwołujących I i II dotyczą naruszenia przez zamawiającego przepisów:

- art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 16 pkt 1-3 Pzp,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp,

oraz zarzut ewentualny

- art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 4 i art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż orzekanie przez Izbę w zakresie wyżej wskazanych zarzutów pozostaje irrelewantne z punku widzenia ostatecznego rozstrzygnięcia odwołań, gdyż odnoszą się do czynności zamawiającego, które są wynikiem wadliwych pierwotnych czynności zamawiającego, tj. niepełnego uzasadnienia podstaw odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawców (art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) oraz zaniechania zastosowania przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, co ma istotny wpływ na wynik postępowania. Dopiero w wyniku powtórzonych czynności zamawiającego, odwołujący będą mieli pełne informacje co do prawidłowości działań i oceny zamawiającego.

Jednocześnie Izba stoi na stanowisku, że zamawiający naruszył przepisy art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, tzn. zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób, który gwarantował zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty. Powyższe stanowisko Izby wynika z analizy akt postępowania, w szczególności
w zakresie badania i oceny ofert pozostałych dwóch wykonawców, względem których odwołujący postawili zarzuty ewentualne.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że dowody powołane przez odwołujących, tj. sprawozdania finansowe spółki Mixbud Kontrakty sp. z o.o. za lata 2022, 2023 i 2024, sprawozdania finansowe spółki Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o. za lata 2022, 2023 i 2024, Referencje i poświadczenia należytego wykonania prac (7 szt.), Lista płac za miesiąc maj 2025 oraz Zestawienie środków trwałych (wyciąg według stanu na maj 2025 r.) dla spółki Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o. oraz dla spółki Mixbud Kontrakty sp. z o.o. – pozostają irrelewantne z punktu widzenia rozstrzygnięcia odwołań. Przedmiotem rozstrzygnięcia nie są bowiem elementy związane z potencjałem czy też doświadczeniem odwołujących.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp, § 7 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 5 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).

Przewodniczący:……