

**WYROK**  
**z dnia 19 grudnia 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **R. C....., Z. M....., A. R..... S.C. „CEROMA”, ul. Św. Józefa 2, 58-305 Wałbrzych** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, ul. Matejki 1, 58-300 Wałbrzych,**

przy udziale zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy:

- 1) **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER sp. z o.o., ul. Długa 3, 58-309 Wałbrzych,**
- 2) **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER K..... K....., ul. Długa 3, 58-309 Wałbrzych,**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania III i IV oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie tych zadań z zastosowaniem procedury przewidzianej przepisem art. 26 ust.3 ustawy – Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, ul. Matejki 1, 58-300 Wałbrzych** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R. C....., Z. M....., A. R..... S.C. „CEROMA”, ul. Św. Józefa 2, 58-305 Wałbrzych** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, ul. Matejki 1, 58-300 Wałbrzych** na rzecz wykonawcy **R. C....., Z. M....., A. R..... S.C. „CEROMA”, ul. Św. Józefa 2, 58-305 Wałbrzych** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt: KIO 2830/13

#### Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Gminę Wałbrzych - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp]), którego przedmiotem jest „Utrzymanie czystości oraz odśnieżanie i likwidowanie śliskości na drogach zlokalizowanych na terenie Gminy Wałbrzych.” Zdaniem wykonawcy – R..... C....., Z..... M..... i A..... R....., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej - Ceroma s.c. R. C....., A. R..... i Z. M..... z Wałbrzycha [Odwołujący] w tym postępowaniu Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty na zadanie III Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER K..... K..... z Wałbrzycha, [dalej „AER Krystyna Kubowicz”], a na zadanie IV - Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o., z Wałbrzycha [dalej „AER Sp. z o.o.”]. Odwołujący podał, że Zamawiający w sposób sprzeczny z tą ustawą Pzp m.in. zaniechał odrzucenia ofert AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., pomimo, że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oraz zaniechał wykluczenia z postępowania tych wykonawców AER mimo, że ci wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a także nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca wskazał na ewentualne zaniechanie wezwania tych wykonawców - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia oferty o dokumenty wskazujące na spełnienie przez nich warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawców AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. z postępowania, mimo, iż złożyli oni w ofercie nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, w zakresie, w jakim oświadczyli, że nie należą do grupy kapitałowej;
2. art. 24 ust 2 pkt 5 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawców AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. z postępowania, mimo, że należąc do tej do tej samej grupy kapitałowej, złożyli - w sposób sprzeczny z zapisami SIWZ - odrębne oferty w tym samym postępowaniu i nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, względnie
3. art. 24b ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wskazanych wykonawców do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, istniejących między nimi, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., w sytuacji, gdy złożenie tych ofert - z racji istnienia pomiędzy tymi wykonawcami zmowy przetargowej - stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 oraz 6 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, bowiem oferta AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. jest z tych względów nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., w sytuacji, gdy jedynie formalnie podmioty te są podmiotami od siebie niezależnymi, a w rzeczywistości doszło w niniejszym postępowaniu do złożenia przez te podmioty wspólnie ofert na cztery zadania, co z kolei powoduje niezgodność treści tych ofert z treścią SIWZ (pkt 10.6 SIWZ), względnie prowadzi do nieważności tych ofert na zasadzie art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, co powinno prowadzić do ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust, 1 pkt 8 Pzp;
6. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp, z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy AER K..... K..... oraz AER Sp. z o.o. z postępowania w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie wykazali, że dysponują potencjałem wskazanym w ich ofertach - na spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sprzętu, bowiem przedstawione przez nich zobowiązanie podmiotu trzeciego nie spełnia wymogów w zakresie wykazania dysponowania potencjałem z uwagi na brak wskazania w tym zobowiązaniu czasu i zakresu niezbędnego dla realizacji niniejszego zamówienia, względnie art. 26 ust, 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawców do uzupełnienia oferty w tym zakresie.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania III i IV, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenie AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucenie ofert tych wykonawców i ponowny wybór najkorzystniejszej oferty w zadania III i IV - tj. wybór oferty Odwołującego, Alternatywnie, Odwołujący wniósł w wyniku powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wezwanie AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o zobowiązanie podmiotu trzeciego, który na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp udostępnia tym podmiotom swoje zasoby. Wykonawca podał także że działania i zaniechania

Zamawiającego naruszają jego interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, bowiem w ich wyniku Odwołujący może ponieść realną i możliwą do oszacowania szkodę, obejmującą przede wszystkim utracone zyski z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Niezgodny z przepisami ustawy wybór oferty AER ..... K..... i AER Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej powoduje bowiem, iż oferta Odwołującego mimo, że sporządzona w sposób zgodny z przepisami ustawy i wymogami SIWZ, a nadto zawierająca cenę rynkową - może być sklasyfikowana dopiero na drugim miejscu listy rankingowej odpowiednio w zadaniach III i IV. Na tej zasadzie Odwołujący musi podjąć wszelkie przewidziane prawem kroki zmierzające do zweryfikowania zgodności z prawem działania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał w szczególności, że Zamawiający wszczął jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, dokonując podziału przedmiotu zamówienia na sześć odrębnych zadań, przy czym, co istotne, w pkt 10.6 siwz Zamawiający określił, że „każdy Wykonawca może w postępowaniu złożyć tylko jedną ofertę na dane zadanie, nie więcej jednak niż na dwa zadania”. Kierując się tym postanowieniem, Odwołujący - mimo, że funkcjonuje jako spółka cywilna trzech osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą - złożył oferty wyłącznie na zadanie III i IV. Także wykonawca - AER K..... K..... - złożył ofertę na zadania II i III. Z kolei wykonawca - AER Sp. z o.o. - złożył ofertę na zadania IV i V. Jednocześnie w złożonych ofertach wykonawca: AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. oświadczyli, że nie należą do grupy kapitałowej (pkt. 16 ofert). Pismem z dnia 05.11.2013 r. Zamawiający wezwał wykonawców AER K.....K..... i AER Sp. z o.o. m.in. do zweryfikowania złożonego oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Jak bowiem wynika z treści Krajowego Rejestru Sądowego K..... K....., prowadząca działalność pod firmą - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER K..... K..... posiada 75 spośród 100 udziałów w Spółce Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. Pozostałymi udziałowcami (posiadającymi odpowiednio 13 i 12 udziałów) są R..... K..... i A..... K..... W skład Zarządu Spółki - Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. - wchodzi K..... K..... jako Prezes Zarządu i R..... K..... jako Wiceprezes, którzy mogą reprezentować Spółkę jednoosobowo. Ponadto R..... K..... (syn K..... K.....) i A..... K..... (córka K..... K.....) są prokurentami (prokura łączna) Spółki. Wreszcie, oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej, jak i same oferty w przypadku obu wykonawców złożyła ta sama osoba, tj. Pani K..... K....., działając raz w imieniu własnym, tj. jako osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą (AER K..... K.....), raz jako członek zarządu osoby prawnej (AER

Sp. z o.o.), działający łącznie z drugim członkiem zarządu, choć uprawniony do samodzielnej reprezentacji podmiotu. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca AER K..... K..... m.in. oświadczył, że „(...) uważa, że dotychczas złożone przez niego oświadczenie jest prawidłowe i wykonawca nadal uważa, że nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 24 przepisu po jego nowelizacji od 20 lutego 2013 roku ustawy Pzp, to jednak ze względu na to, że jak już to wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO - każde ze złożonych oświadczeń przez potencjalnego wykonawcę powinno być oceniane przez Zamawiającego indywidualnie, po „weryfikacji” - biorąc pod uwagę treść art. 4 pkt 14 uokik i niektóre z wymienionych tam przesłanek mogą sugerować, że dwaj przedsiębiorcy - mogą stanowić grupę kapitałową ze względu na posiadane udziały w spółce Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER.” Jednocześnie wykonawca - AER ..... K..... oświadczył, że „Niniejsze udzielenie odpowiedzi przez wykonawców - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER sp. z o.o. jest tożsame i identyczne pomimo, że każdy z wykonawców, przystępując do postępowania przetargowego działał oddzielnie, ze względu na przystąpienie do różnych zadań, określonych postępowaniem przetargowym, jednakże - to Zamawiający swoim wystąpieniem o wyjaśnienie zmusił podmioty wskazane wyżej do wspólnego zajęcia stanowiska w sprawie. W tym przypadku podał, że Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2d i ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawców do złożenia oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej i listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca - AER K..... K..... - w piśmie z dnia 27.11.2013 r. złożył oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej. W piśmie tym oświadczył, że „w nawiązaniu do złożonych oświadczeń oraz dodatkowych wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego niniejszym składamy oświadczenie prostujące, wynikające z oceny interpretacyjnej Zamawiającego w zakresie: „oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej i listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej”. Jednocześnie podkreślił, że dotychczas złożone oświadczenia w świetle dodatkowo złożonych wyjaśnień uważa za prawidłowe ze względu na rozbieżności interpretacyjne w przedmiotowym zakresie, a będące już wielokrotnie rozpoznawane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Do tego pisma wykonawca - AER K..... K..... - załączył informację o podmiotach należących do tej samej grupy kapitałowej, z której wynika, że w jej skład wchodzi następujące podmioty: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o., ul. Długa 3, 58-309 Wałbrzych, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER, ul. Długa 2, 58-309 Wałbrzych. Wykonawca - AER Sp. z o.o. - w piśmie z dnia 27.11.2013 r. złożył wyjaśnienia o

identycznej - jak wyżej - treści. Odnosząc się do tak opisanego stanu faktycznego niniejszej sprawy Odwołujący wskazał, że zarówno wykonawca AER K..... – K....., jak i AER Sp. z o.o. oświadczając w treściach złożonych ofert, że nie należą do grupy kapitałowej (pkt 18 ofert), złożyli nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, które to informacje nie mogły zostać przez nich zmienione, czy uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Dalej podał, że Prawo zamówień publicznych nie definiuje, co należy rozumieć pod pojęciem grupy kapitałowej. W tym względzie określa jednak, w art. 24 ust. 1 pkt 5 Pzp, że pojęcie to należy rozumieć w sposób określony w ustawie z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331). Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 14 uokik przez grupę kapitałową należy rozumieć „wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.” Przykładowy katalog stanów faktycznych i prawnych, które dowodzą posiadanie kontroli nad innym przedsiębiorcą wskazany został w art. 4 pkt 4 uokik (do którego odnosi się definicja grupy kapitałowej), gdzie wskazano, że pod pojęciem „przejęcia kontroli” należy rozumieć 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. Zdaniem Odwołującego, istniejąca pomiędzy wykonawcami zależność, a w szczególności fakt, że wykonawca - AER K..... K..... posiada 75 ze 100 udziałów w Spółce wykonawcy AER Sp. z o.o., jednoznacznie przesądza o tym, że pierwszy z tych wykonawców może w sposób bezpośredni sprawować kontrolę nad

drugim z wykonawców, a co za tym idzie spełnione są wymagania z art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k. Wykonawca - AER K..... K....., jako udziałowiec Spółki Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. dysponuje bowiem bezpośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników, a nadto jest uprawniony m.in. do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu w Spółce (art. 201 § 4 k.s.h.), podziału zysku wynikającego ze sprawozdania finansowego (art. 191 k.s.h.), kontroli nad działalnością Spółki, w tym przeglądania księgi i dokumentów spółki, sporządzania bilansu dla swego użytku lub żądania wyjaśnień od zarządu (art. 212 § 4 k.s.h.), żądania wyłączenia wspólnika (art. 266 § 1 k.s.h.), żądania zwrotu dopłat (art. 179 k.s.h.), żądania zwołania nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników, jak również umieszczenia określonych spraw w porządku obrad najbliższego zgromadzenia wspólników, (art. 236 § 1 k.s.h.), żądania zmiany umowy spółki (art. 255 k.s.h. w zw. art. 236 § 1 k.s.h.), podjęcia uchwały o rozwiązaniu Spółki (art. 270 k.s.h.). Zdaniem Odwołującego wykazał, że wykonawca AER K..... K..... posiada uprawnienia wobec Spółki Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o., o których mowa art. 4 pkt 4 uokik. Przy czym, dla stwierdzenia tego faktu nie jest konieczne - w świetle wyraźnej ustawowej definicji i zawartego w niej katalogu sytuacji określających, kiedy dany podmiot sprawuje nad innym kontrolę - badanie dodatkowych okoliczności, w tym okoliczności faktycznych pozwalających na stwierdzenie, że wykonawca - AER K..... K..... sprawuje kontrolę nad AER Sp. z o.o. (np. badanie zachowań rynkowych tych podmiotów, bądź podmiotów z nimi, w jakikolwiek związanych). Przesądza, o tym bowiem sam fakt posiadania udziałów przez wykonawcę AER K..... K..... w Spółce AER Sp. z o.o. Wynikające z tytułu ich posiadania uprawnienia korporacyjne, umożliwiają sprawowanie kontroli, na co jednoznacznie wskazał i o czym przesądził ustawodawca w art. 4 pkt 4 uokik. Niezrozumiałe jest, zdaniem Odwołującego, twierdzenie wykonawców – AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., zawarte w pismach z dnia 6 listopada 2013 r., gdzie na pytania Zamawiającego, „czy K..... K..... ma możliwość wywierania decydującego wpływu na Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. w szczególności w zakresie wynikającym z art. 4 pkt 4 uokik”, odpowiedzieli: „K..... K..... może posiadać wpływ na Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. wyłącznie w ramach przepisów kodeksu spółek handlowych i udzielanych pełnomocnictw, nie ma zaś możliwości wywierania decydującego wpływu na Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. w rozumieniu przepisów wynikających z art. 4 pkt. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”. Wobec powyższego, w niniejszej sprawie fakt pozostawiania obu

wykonawcach w relacjach właściwych dla grupy kapitałowej jest oczywisty i w tym przypadku nie może być mowy o jakichkolwiek wątpliwościach interpretacyjnych. W konsekwencji wykonawcy - AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., składając odmienne oświadczenie w swoich ofertach, tj. oświadczenia, że nie należą do jednej grupy kapitałowej, złożyli nieprawdziwe informacje i to w sposób świadomy. Wskazując na orzecznictwo stwierdził, że informacje są nieprawdziwe, kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości i co do zasady nieprawdziwe informacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdy ich złożenie przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu lub o możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą. Podkreślił ponadto, że „Polski ustawodawca określił te warunki uznając, że „winnym poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nie przekazania informacji” jest ten, kto „złoży nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”. Oznacza to, że winą wykonawcy jest samo złożenie nieprawdziwych informacji, przy czym nie ma znaczenia, z jakich okoliczności ten fakt wynikł, a już w szczególności, czy była to wina umyślna, czy nieumyślna, gdyż znaczenie ma obiektywny fakt, że informacje są nieprawdziwe, a nie subiektywne o tym przekonanie wykonawcy. Jego zdaniem, trudno wyobrazić sobie prowadzenie przez zamawiającego śledztwa mającego ustalić stopień świadomości lub zawinienia wykonawcy w momencie składania danego oświadczenia. Natomiast „poważne wprowadzenie w błąd” następuje wtedy, gdy informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.” Z daleko idącej ostrożności procesowej, tj. na wypadek przyjęcia, iż złożenie nieprawdziwych informacji może nastąpić tylko z winy umyślnej, Odwołujący wskazuje, że okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, o czym szerzej poniżej, wskazują na możliwość przypisania wykonawcom winy w takiej właśnie postaci. Fakt przynależności do grupy kapitałowej - wbrew sugestii wykonawców - nie budzi żadnych wątpliwości, natomiast złożenie oświadczenia o treści przeciwnej zostało skorelowane z innymi zachowaniami wykonawców, które zmierzały do obejścia zapisu punktu 10.6 siwz i uzyskania większej liczby zamówień, niż było to możliwe w przypadku innych wykonawców w sytuacji, gdy „odrębność” wykonawców ma wyłącznie wymiar formalny. Wobec powyższego, wykonawcy - AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. powinni zostać wykluczeni z postępowania bez wszczynania procedury z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Odwołujący wskazał także, że złożenie przez wykonawców nieprawdziwych informacji mogło mieć wpływ na wynik niniejszego postępowania. Dalej podał, że złożenie oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej służy ustaleniu, czy względem danego wykonawcy zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp. W przypadku złożenia oświadczenia zgodnego z

prawdą, Zamawiający zobowiązany byłby do wszczęcia względem wykonawców postępowania wyjaśniającego z art. 24b ust. 1 Pzp, z możliwością zastosowania sankcji, o których mowa w art. 24b ust. 3 Pzp lub art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp. Złożenie nieprawdziwego oświadczenia w omawianym zakresie miało więc na celu wyeliminowanie obowiązku wyjaśnienia, czy relacje istniejące pomiędzy wykonawcami nie doprowadziły do naruszenia uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu. Tymczasem wyjaśnienia takiej treści nie mogłyby zostać złożone, bowiem do naruszenia uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu w istocie doszło. Na tej zasadzie, obaj wykonawcy powinni zostać wykluczeni z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, względnie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, a złożenie w niniejszym postępowaniu ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Stwierdził, że wykonawcy składając w niniejszym postępowaniu oferty - podzielili się - zadaniami, których dotyczył przetarg, a w konsekwencji ograniczyli konkurencję między sobą w odniesieniu do tych zadań. Dokonane przez wykonawców uzgodnienie umożliwiło im złożenie ofert na większą liczbę zadań, aniżeli miałyby to miejsce, gdyby wykonawcy działali w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji. Przypomniał, że przedmiot zamówienia został podzielony na sześć odrębnych zadań. Przy czym, co istotne, w pkt 10.6 siwz Zamawiający określił, że „Każdy Wykonawca może w postępowaniu złożyć tylko jedną ofertę na dane zadanie, nie więcej jednak niż na dwa zadania”. Wykonawcy wykorzystując istniejące pomiędzy nimi stosunki zależności, uzgadniając na które zadania złożą ofertę, mogli złożyć ją na maksymalną dla nich potencjalnie dostępną liczbę zadań, unikając wzajemnego konkurowania pomiędzy sobą. Tym samym wykonawcy - ograniczając pomiędzy sobą konkurencję - mogli zwiększyć swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Powyższe nie pozostawało obojętne na sposób skalkulowania ceny. Składając ofertę na większą liczbę zadań niż inni wykonawcy mogli - korzystając z efektu skali - skalkulować ceny ofert na niższym poziomie niż inni konkurenci. Oczywistym jest bowiem, że wykonawcy, którzy kalkulują ceną na cztery zadania, zamiast dwóch, są w stanie dzięki większej skali świadczonych usług, na tym samym rynku, obniżyć koszty jej świadczenia poprzez ograniczenie kosztów administracji, czy uzyskanie bardziej sprzyjających marży. Przechodząc do uzasadnienia wskazanego zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji zaznaczył, że okoliczności niniejszej sprawy pokazują jednoznacznie, że pomiędzy wykonawcami AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., doszło do tzw. zмовы przetargowej. Z treści składanych ofert, zadań na które zostały złożone, dokumentów przedkładanych w toku postępowania, treści wyjaśnień, wysokości zaoferowanych cen oraz innych okoliczności

związanych ze złożeniem ofert przez wykonawców - AER K..... K..... i AER sp. z o.o., takich jak przynależność do tej samej grupy kapitałowej, tożsamość miejsca prowadzonej działalności, tożsamość zaoferowanych cen wynika, że dokonali oni pomiędzy sobą podziału zadań, na które złożą oferty, skutkiem czego było ograniczenie pomiędzy nimi konkurencji. Przyjęty przez wykonawców mechanizm stanowi przejaw zmywy, której rodzaj uznawany jest jako najbardziej szkodliwy z punktu widzenia ochrony konkurencji. Jej mechanizm polega na zawarciu porozumienia (zmywy) pomiędzy konkurentami tzw. ustawiania ofert (ang. bid - rigging). Zdaniem Odwołującego, przyjęty przez wykonawców w niniejszym postępowaniu mechanizm jest „wariantem mechanizmu określanego jako „ograniczanie ofert”. W klasycznej formie tego mechanizmu „strony „porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów zainteresowanych przetargiem zrezygnuje z udziału w nim. Innym wariantem mechanizmu ograniczania ofert jest umówienie się w kwestii wycofania przed rozstrzygnięciem przetargu już złożonej oferty.” Dalej stwierdził, że wariat przyjęty przez wykonawców zakładał „zawarcie porozumienia, w którym Wykonawcy porozumieli się, co do rezygnacji, nie tyle z samego przetargu, ale poszczególnych jego zadań. Skutkiem czego był podział rynku pomiędzy tymi Wykonawcami i brak między nimi rzeczywistej konkurencji. Przed przystąpieniem do wskazania okoliczności faktycznych, które jednoznacznie przemawiają za zawarciem pomiędzy ww. Wykonawcami zmywy przetargowej (...). Dla zobrazowania charakteru dokonanego naruszenia i konsekwencji tego naruszenia, Odwołujący wskazał, że „Zmywy przetargowe, które zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik polegać mogą m.in. na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie istotnych parametrów rynkowych, jak cena, warunki świadczenia usług, zakres prac, należą do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji oraz najbardziej szkodliwych z punktu widzenia ochrony konkurencji nieprawidłowości występujących w przetargach.” Ich zawarcie narusza zakaz zawierania tzw. antykonkurencyjnych porozumień, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik, a tym samym stanowi czynność bezwzględnie nieważną z mocy samego prawa na gruncie regulacji art. 6 ust. 2 uokik. Wskazując ponownie na orzecznictwo stwierdził, że (...) Niezależnie od powyższego, zmywy przetargowe mogą być traktowane również jako czyny nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w sposób ewidentny stwarzają one zagrożenie dla interesów innych uczestników obrotu gospodarczego, albowiem wymierzone są w konkurencję jako obszar rywalizacji przedsiębiorców w sposób możliwie efektywny”. Stwierdził także, że (...) mając na względzie bardzo szeroką definicję porozumienia z art. 4 pkt 5 uokik, które obejmuje

nie tylko umowy w sensie cywilistycznym, ale również „uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez przedsiębiorców”, zakresem zastosowania powyższych regulacji objęte są wszelkie działania lub zaniechania przedsiębiorców, które prowadzą do koordynacji ich zachowań rynkowych i przyjęcia sposobu współpracy, którego skutkiem jest lub może być ograniczenie konkurencji (wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06). W tym zakresie dla stwierdzenia zawarcia porozumienia nie jest istotna forma, w jakiej ono się przejawia, lecz możliwość, czy ryzyko wywołania określonych, negatywnych skutków dla rynku. Za nielegalne porozumienie może być zatem uznana każda czynność prawna, ujawniająca oświadczenia woli stron porozumienia, z których wynika antykonkurencyjny cel lub skutek, jak również wszelkie inne czynności, w tym czynności faktyczne mające na celu ograniczenie konkurencji, w tym także oferta składana przez przedsiębiorców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skoro ujawnia ono oświadczenie woli przedsiębiorców wywołania określonych skutków w znaczeniu art. 77 k.c”. Zwrócił uwagę, że dla stwierdzenia porozumienia antykonkurencyjnego nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to, co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają osiągnąć. W efekcie, dokonując oceny ofert składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający ma obowiązek zadbać, aby złożona oferta nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji, a więc nie była wynikiem, m.in. zmowy pomiędzy przedsiębiorcami. Odwołujący stwierdził, że w odniesieniu do zachowań kwalifikowanych, jako zmowy przetargowe, powyższe reguły mają szczególnie istotne znaczenie, albowiem tego rodzaju zachowania nie mają sformalizowanego charakteru i podejmowane są m.in. w formie ustnej, za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, w drodze wymiany informacji na temat szczegółów ofert lub planowanego zachowania podczas przetargu. Tym samym, dla stwierdzenia wystąpienia zmowy wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa, że zachowanie rynkowe przedsiębiorców mogą świadczyć o zawarciu zmowy, na podstawie rezultatów i skutków działań z uwzględnieniem okoliczności sprawy. Oznacza to, że nie jest uzasadnione, a tym bardziej konieczne przedstawienie dowodów bezpośrednich potwierdzających fakt zawarcia zmowy przetargowej, które przeważnie są niemożliwe do uzyskania, względnie których uzyskanie jest możliwe jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa. (wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06). W tym zakresie wystarczające jest stwierdzenie wystąpienia zmowy przetargowej na podstawie rezultatów zachowań przedsiębiorców w drodze domniemań faktycznych o wystąpieniu podobieństwa zachowań rynkowych

oferentów biorących udział w postępowaniu przetargowym i ich przejawów (...). Tego rodzaju podobieństwo w danym kontekście faktycznym może wykluczać przypadkowość działań przedsiębiorców oraz możliwość przyjęcia założenia, że działania przedsiębiorców stanowią efekt ich niezależnej decyzji, co przesądza o zawarciu zmywy służącej wyeliminowaniu konkurencji w obszarze danego rynku właściwego. Odnosząc powyższe do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy należy wskazać na istotne podobieństwa w zachowaniach dwóch oferentów - wykonawców AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które uprawdopodobniają fakt zawarcia przez tych przedsiębiorców zmywy przetargowej w zakresie ustalenia warunków składanych ofert. Podobieństwo zachowań AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. dotyczy trzech zasadniczych obszarów o podstawowym znaczeniu w kontekście zapewnienia efektywnej konkurencji w Przetargu, co do których można przyjąć, że doszło do antykonkurencyjnego uzgodnienia pomiędzy wykonawcami, tj. a) uzgodnienia co do zadań objętych ofertami złożonymi w Przetargu; b) uzgodnienia co do zaoferowanych w przetargu cen; c) uzgodnienia, co do treści dokumentów, oświadczeń oraz treści wyjaśnień złożonych w przetargu. Dalej Odwołujący podał, że oferty złożone przez AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. dotyczą zadań, które mają względem siebie charakter uzupełniający (komplementarny) w tym znaczeniu, że oferty złożone przez AER K..... K..... dotyczyły zadań, w odniesieniu do których oferty nie zostały złożone przez AER Sp. z o.o., zaś oferty AER K..... K..... dotyczyły tych zadań, dla których ofert nie złożyło AER Sp. z o.o. Fakt, iż oferty te nie pokrywają się, co do obszarów, których dotyczą z pełną regularnością i dokładnością świadczy o braku przypadkowości tego rodzaju zachowań AER K..... K..... i AER Sp. z o.o.. Nie jest bowiem możliwe, aby, bez uprzedniego uzgodnienia treści ofert pomiędzy AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., przedsiębiorcy ci składający oferty mogli z taką dokładnością i regularnością złożyć je w odniesieniu do obszarów, w których się „nie pokrywają”. Takie działania AER Krystyna Kubowicz oraz AER Sp. z o.o., można zatem zakwalifikować, jako przejaw zmywy przetargowej, której efektem jest podział rynku pomiędzy wskazanymi przedsiębiorcami w zakresie odnoszącym się do obszarów, w których zostały złożone oferty (działania w analogicznym zakresie określane są przez polski organ antymonopolowy jako niedozwolone ograniczanie ofert. Fakt, że wykonawcy z tak znaczną dokładnością i regularnością złożyli oferty w odniesieniu do zadań, w których ich oferty wzajemnie się nie pokryły, skutkującej podziałem Rynku Właściwego pomiędzy Wykonawcami w zakresie odnoszącym się do zadań objętych przetargiem, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, także z tego względu, że brak jest ekonomicznego uzasadnienia, wynikającego choćby z warunków postawionych w

niniejszym postępowaniu, które dotyczą poszczególne oferty, czy szczególnych uwarunkowań związanych z działalnością Wykonawców na Rynku Właściwym, które uzasadniałyby taki podział. Odwołujący przypomniał, że wykonawca - AER K..... K..... - złożył ofertę na zadania II i III, a wykonawca - AER Sp. z o.o. - na zadania IV i V. W zakresie warunków wiedzy i doświadczenia Zamawiający w pkt 5.1.3 SWIZ wymagał - w zakresie tych zadań - wykazaniem się przez Wykonawców takie same wymagania. W zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej Zamawiający nie postawił żadnych wymagań. W zakresie dysponowania odpowiednim sprzętem Zamawiający określił odmienne wymagania dla zadania II i VI, oraz odmienne dla III - V. Wykonawcy - AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. na okoliczność spełnienia tego ostatniego warunku wskazali na potencjał tego samego podmiotu trzeciego. Wykonawca - AER Sp. z o.o. przedstawił zobowiązanie do udostępnienia sprzętu z dnia 03.10.2013 r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R..... Z..... w zakresie 2 szt. ładowarek TYP 2,50m<sup>3</sup>, a wykonawca - AER K..... K..... - zobowiązanie do udostępnienia sprzętu z dnia 03.10.2013 r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R..... Z..... w zakresie 3 szt. samochodów samowładowaczych o dopuszczalnej ładowności 10 ton i zobowiązanie do udostępnienia sprzętu z dnia 03.10.2013r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Usługowo - Budowlane R..... Z..... w zakresie 2 szt. ładowarek TYP 2,50m<sup>3</sup>. W świetle powyższego wykonawcy - AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., składając oferty w niniejszym postępowaniu - zgodnie z treścią tych ofert – dysponowali potencjałem pozwalającym na złożenie ofert na zadania II - V. Inaczej mówiąc, wykonawca - AER K..... K....., który złożył ofertę na zadania II i III mógł złożyć ofertę na zadania, na które złożył wykonawca - AER Sp. z o.o. IV i V. Wobec powyższego, złożenie przez wykonawców - AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. ofert na różne zadania nie było zdeterminowane warunkami postawionymi przez Zamawiającego, a więc doświadczeniem tych wykonawców, potencjałem, czy zdolnościami finansowymi. Wskazał także, że złożone przez wykonawców - AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. są identyczne, w zakresie istotnych ich elementów, w szczególności przyjętych cen jednostkowych, sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, czy oświadczeń składanych na okoliczność przynależności do grupy kapitałowej. W szczególności w tym względzie nie może zostać uznany za przypadkowy fakt określenia przez wykonawców identycznych cen jednostkowych za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskazał także, że zarówno AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. wykazywali spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu identycznie sformułowanymi dokumentami. Dotyczy to dokumentu zatytułowanego „Zobowiązanie do udostępnienia sprzętu”. Dokumenty te, ponadto zostały

sporządzone przez ten sam podmiot. Mają one w rzeczywistości identyczną formę (sposób skonstruowania oświadczenia, dobór słownictwa, graficzny wygląd dokumentu itp.) i treści. Zakres zbieżności, o których mowa, nie wynika przy tym ani z treści art. 26 ust. 2b Pzp ani z wymogów siwz. Przy czym, jest to szczególnie widoczne, jeśli zważyć, że z identycznych względów nie spełniają one wymogów określonych art. 26 ust. 2b Pzp, co stanowi przedmiot odrębnego zarzutu. Zamawiający nie ustalił bowiem w tym postępowaniu wiążącego wzoru zobowiązania podmiotu trzeciego, jak dzieje się to w niektórych postępowaniach, a co za tym idzie każdy z przedsiębiorców miał pełną dowolność co do formy, w jakiej zobowiązanie to miałyby być sformułowane. Tym samym, bez założenia uprzedniej zmywy przetargowej pomiędzy AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. nie jest możliwe, aby tego rodzaju dokument mógł być przedłożony w tej samej formie przez przedsiębiorców składających oferty. Ponadto, zarówno AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. w toku postępowania Wykonawcy posłużyli się identycznie sformułowanymi wyjaśnieniami. Mają one w rzeczywistości identyczną formę (sposób skonstruowania oświadczenia, dobór słownictwa, graficzny wygląd dokumentu itp.) i treści. Powyższe potwierdzają sami Wykonawcy, którzy w złożonych wyjaśnieniach – o identycznej treści - wskazali, że „Niniejsze udzielenie odpowiedzi przez Wykonawców: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. jest tożsame i identyczne pomimo, że każdy z wykonawców przystępując do postępowania przetargowego działał oddzielnie, ze względu na przystąpienie do różnych zadań, określonych postępowaniem przetargowym, jednakże - to Zamawiający swoim wystąpieniem o wyjaśnienie zmusił podmioty wskazane wyżej do wspólnego zajęcia stanowiska w sprawie.” Tym samym, wykonawcy AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. sami przyznają, że działali wspólnie i zawarli porozumienie, co do procedowania w toku postępowania, co jednoznacznie przesądza, że koordynowali swoje działania w przetargu, a to stanowi ewidentny dowód istnienia pomiędzy nimi zmywy przetargowej. Mając na uwadze całość okoliczności opisanych powyżej, istnieją uzasadnione podstawy, aby przyjąć, że pomiędzy AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. doszło do zawarcia zmywy przetargowej stanowiącej niedozwolone antykonkurencyjne porozumienie sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wypełniające przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Splot opisanych okoliczności prowadzi – zdaniem Odwołującego - do wniosku, iż zachowania AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. nie mogły mieć, w całym kontekście sprawy, przypadkowego charakteru i nie mogłyby zostać podjęte, bez ich wcześniejszego uzgodnienia. Co więcej, sami wykonawcy przyznają, że w ramach

postępowania koordynowali wzajemne zachowania, co nie tylko stanowi dowód na to, że istnieją pomiędzy nimi zależności, ale także, że ich skutkiem jest zmowa przetargowa, której celem miało być uzyskanie przedmiotu zamówienia, w jak największym możliwym dla wykonawców zakresie. W konsekwencji należy uznać, że w odniesieniu do ofert złożonych przez AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. spełnione zostały przesłanki do uznania ich za nieważne i stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, co z kolei powinno prowadzić do odrzucenia oferty AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. na podstawie odpowiednio przepisów art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 oraz 6 ust. 2 uokik oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) uokkik. Zaznaczył ponadto, że taki sposób skonstruowania ofert w niniejszym postępowaniu służył obejściu wymagań wynikających ze specyfikacji, albowiem Zamawiający dopuścił złożenie przez jednego wykonawcę maksymalnie ofert na dwa zadania. „Formalna” odrębność AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. pozwoliła tym wykonawcom na złożenie - wspólnie - ofert aż na cztery zadania w sytuacji, gdy jak wskazano powyżej owa odrębność ma charakter czysto formalny. W rzeczywistości bowiem istniejące pomiędzy tymi podmiotami zależności osobowe oraz kapitałowe wskazują, że mamy tu do czynienia z jednym podmiotem, czego wyrazem jest złożenie identycznych ofert na wszystkie cztery zadania (identyczność cen, oświadczeń i dokumentów zawartych w ofertach). Na tej zasadzie można przyjąć, iż oferty wskazanych wykonawców można uznać za nieważne także na podstawie art. 58 § 2 k.c., tj. jako oferty, których złożenie było sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, względnie, że oferty te są niezgodne z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Jak wykazano wykonawcy AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., składając w niniejszym postępowaniu oferty, dokonali pomiędzy sobą podziału zadań, skutkiem czego było ograniczenie pomiędzy nimi konkurencji. Przyjęty przez wykonawców mechanizm działania stanowi przejaw zmywy przetargowej, który określany jest jako „ograniczanie ofert”. W klasycznej formie tego mechanizmu „strony „porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów zainteresowanych przetargiem zrezygnuje z udziału w nim. Innym wariantem mechanizmu ograniczania ofert jest umówienie się w kwestii wycofania przed rozstrzygnięciem przetargu już złożonej oferty, „ Okoliczności niniejszego postępowania pokazują natomiast, że wariat przyjęty przez wykonawców zakładał zawarcie pomiędzy porozumienia, w którym wykonawcy porozumieli się, co do rezygnacji, nie tyle z samego przetargu, ale poszczególnych jego zadań. Skutkiem czego był podział rynku pomiędzy tymi wykonawcami. W świetle przepisu art. 24 ust. 2 ust. 5 Pzp sam fakt przynależności wykonawców AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. do tej samej grupy kapitałowej nie wykluczał złożenia ofert w niniejszym

postępowaniu. Powyższe stanowisko potwierdza ugruntowane orzecznictwo, tak Krajowej Izby Odwoławczej, jak i wspólnotowe. Dla przykładu. Odwołujący przytoczył wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 maja 2009r., w sprawie C-538/07 Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura Milano, gdzie w motywie 32 wskazano, że „samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w stosunku dominacji z uwagi na stosunek własności lub ilość głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników, nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te przedsiębiorstwa z procedury udzielenia zamówienia publicznego bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał wpływ na zachowanie każdego z tych przedsiębiorstw w ramach danego postępowania.” Niemniej jednak w uzasadnieniu tego wyroku ETS wskazał niezwykle istotną wytyczną, wskazującą, kiedy przynależność do grupy kapitałowej wykonawców składających oferty w postępowaniu powinna skutkować wykluczeniem ich z postępowania. ETS wskazał tam bowiem, że „kwestia, czy rozpatrywany tutaj stosunek dominacji miał wpływ na treść ofert przedstawionych przez zainteresowane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego, wymaga rozpatrzenia i oceny stanu faktycznego, czego dokonać powinny instytucje zamawiające. Ustalenie takiego wpływu, niezależnie, w jakiej postaci, uzasadnia wykluczenie tych przedsiębiorstw z danego postępowania.” W świetle powyższego, ustalenie jakiegokolwiek wzajemnego wpływu pomiędzy wykonawcami powinien skutkować wykluczeniem ich z postępowania. Mając na względzie okoliczności niniejszego postępowania, gdzie ewidentnie widoczne jest, że wykonawcy AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., składając oferty ustalili zakres zadań, na jakie zostaną złożone, cenę, sposób procedowania w toku postępowania, a także kształt składanych przez nich ofert. Zatem w sytuacji, w której oczywistym pozostaje, że wykonawcy mieli wpływ na formę i zakres składanych przez nich ofert, Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia tych wykonawców z postępowania. Niezależnie zatem od faktu, że oferty AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. są nieważne, jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, co z kolei powinno prowadzić do odrzucenia oferty AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. na podstawie odpowiednio przepisów art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 oraz 6 ust. 2 Uokik oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) uokkik, zaszyły podstawy do wykluczenia tych Wykonawców w oparciu o przepisy art. 24 ust. 2 ust. 5 Pzp. Zarzut 5 Brak wykazania przez Wykonawcę AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy w zakresie potencjału technicznego wykonawcy AER K..... K..... i AER Sp. z o.o., posłużyli się

potencjałem podmiotów trzecich, I tak, wykonawca przedstawił AER Sp. z o.o. przedstawił zobowiązanie do udostępnienia sprzętu z dnia 03.10.2013 r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R..... Z..... w zakresie 2 szt. ładowarek TYP 2,50

m3, a wykonawca AER K..... K..... - zobowiązanie do udostępnienia sprzętu także z dnia 03.10.2013 r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R..... Z..... w zakresie 3 szt. samochodów samowyładowczy o dopuszczalnej ładowności 10 ton, oraz zobowiązanie do udostępnienia sprzętu z dnia 03.10.2013 r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R..... Z..... w zakresie 2 szt. ładowarek TYP 2,50m3. Powyższe zobowiązania nie tylko łączy fakt, że zostały one wystawione przez ten sam podmiot - Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R..... Zi..... - mają identyczną formę (sposób skonstruowania oświadczenia, dobór słownictwa, graficzny wygląd dokumentu itp.) i treści, ale co szczególnie istotne, nie dowodzą one, że wykonawcy będą dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego nie może mieć charakteru iluzorycznego. Jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. "Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwyczajski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia." "Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem, że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia." (orzeczenie Trybunału z dnia 2

grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna wobec powyższego określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. W niniejszym postępowaniu zobowiązania dołączone do ofert wykonawców - AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. określają jedynie, kto jest podmiotem przyjmującym zasoby oraz zakres zobowiązania (sprzęt). Zupełnie jednak nie wskazują, w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym na jaki okres zobowiązanie to zostało wydane. Tym samym wykonawcy – K..... K..... i AER Sp. z o.o. nie udowodnili Zamawiającemu, że będą faktycznie posiadali zasoby podmiotu trzeciego w czasie realizacji przedmiotu zamówienia, czego konsekwencją powinno być wezwanie - w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - do uzupełnienia oferty o dokumenty wskazujące na spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku braku ich uzupełnienia wykluczenie z postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER K..... K.....z Wałbrzycha, [dalej „AER K..... K.....”], składający ofertę na zadanie III, oraz wykonawca - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o., z Wałbrzycha [dalej „AER Sp. z o.o.”], składający ofertę na zadanie III, wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska - w odrębnych pismach, ale tożsamej treści - oświadczyli, że mają interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia niniejszego odwołania na korzyść Zamawiającego, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany decyzji Zamawiającego, a tym samym do pozbawienia Przystępującego możliwości uzyskania zamówienia. Wnieśli także o oddalenie odwołania w całości, jako bezprzedmiotowego, podnosząc w szczególności, że Odwołujący przedstawił szerokie uzasadnienie, jednak przede wszystkim oparte na przywołaniu cytatów z licznych komentarzy oraz wybiórczych sformułowań używanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniach wydawanych wyroków, niekoniecznie mających zastosowanie do przedmiotu postępowania i stawianych tam zarzutów, a nie zaś opartych na rzeczywistym i faktycznym stanie. Podkreślili, że Odwołujący szczególny nacisk stawia na zarzut, iż wygrywający przetarg wykonawcy należą do tej samej grupy kapitałowej, że nastąpiła pomiędzy nimi zmowa przetargowa, a także zmowa cenowa, a dodatkowo zarzuca, że wybrani wykonawcy wykazali spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu posługując się

„identycznie sformułowanymi dokumentami” w zakresie udostępnienia potencjału jakim jest „zobowiązanie do udostępnienia sprzętu” - co jednak w świetle wskazanej tam argumentacji - według przystępującego - stanowi zarzut do treści wymagań określonych w SIWZ, a więc jest zarzutem spóźnionym, bo złożonym po terminie, pomijając już jego bezzasadność. Dalej podał, że sam fakt przynależności do grupy kapitałowej (choć pojęcie grupy kapitałowej i przynależności do niej stwarza wielkie problemy interpretacyjne) nie eliminuje wykonawcy z postępowania, a jedynie rodzi po stronie zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej powiązania między przedsiębiorcami na podstawie art. 24b Pzp. - a co jak wynika z prowadzonego postępowania wyjaśniającego podjętego przez Zamawiającego Zamawiający dokonał. Podkreślili, że sam Trybunał Sprawiedliwości UE w swoim orzecznictwie od dawna zwraca uwagę na brak automatycznego wykluczania wykonawców z powodu przynależności do grupy kapitałowej. Zwrócono także uwagę, że przesłanka wykluczenia z powodu przynależności do grupy kapitałowej została wprowadzona ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Pzp. Jej uzasadnieniem był problem naruszania zasad konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zwoy przetargowe i ich zdaniem praktyczny problem dla zamawiających pojawia się, gdy w jednym postępowaniu złożą oferty wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej i przedłożą stosowną listę podmiotów grupy. Co do zasady, grupa kapitałowa przedsiębiorców funkcjonująca jako odrębne, ale ekonomicznie zależne od siebie byty prawne powinna być traktowana przez zamawiającego jako jeden organizm gospodarczy i podlegać wykluczeniu - nie może być to jednak wykluczenie „z automatu”. Uzasadnienie można znaleźć w sprawie C-538/07 Assitur, w której TS UE badał przypadki wykluczenia z udziału w postępowaniu ze względu na przynależność do grupy kapitałowej. Sprawa dotyczyła wykluczania z udziału w tej samej procedurze przetargowej spółek, które znajdowały się względem siebie w stosunku dominacji lub znacznego wywierania wpływu przez jedną z nich na pozostałe podmioty. Przede wszystkim, Trybunał stwierdził że państwa członkowskie mogą przewidywać inne - poza określonymi w dyrektywie - podstawy wykluczenia, służące zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, pod warunkiem że takie środki nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu (zasada proporcjonalności). Jak podkreślił Trybunał państwa członkowskie nie powinny wprowadzać przepisów, które - służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości - przewidują całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane. Trzeba podkreślić, że tego rodzaju przepisy powinny

pozostawiać wykonawcom możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania. Tym samym wyrok w sprawie Assitur zawiera ważne wytyczne dla zamawiających, a mianowicie Trybunał jednoznacznie zaakcentował, że generalne pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu byłoby niezgodne z prawem europejskim, prowadziłoby bowiem do ograniczenia konkurencji na szczeblu unijnym. Z drugiej strony Trybunał wskazał, że grupy kapitałowe spółek mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, Tym samym nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej - zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. Natomiast stosunki między przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy kapitałowej mogą być określane na podstawie postanowień szczególnych (np. o charakterze umownym), które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone w ramach tego samego postępowania. Nie bez znaczenia jest stanowisko, jakie zajął rzecznik generalny w opinii w tej sprawie. W jego ocenie środek krajowy, który prowadzi do automatycznego wykluczenia niektórych oferentów z postępowania przetargowego, jest w swej istocie nieproporcjonalny, jako że nie pozwala oferentom, których łączy stosunek dominacji, dowieść, że ich oferty zostały w rzeczywistości sporządzone w sposób niemogący zaszkodzić równemu traktowaniu oferentów i przejrzystości postępowań. W konsekwencji stosowanie takiego środka krajowego może skutkować wykluczeniem z postępowania, chociażby udział w nim nie pociągał za sobą jakiegokolwiek ryzyka dla równego traktowania oferentów i przejrzystości całej procedury. Powołując się na orzecznictwo stwierdzili także, że w tym duchu należy przywołać krajowe orzeczenie KIO, która w jednym z wyroków uznała, że każdorazowo konieczne jest ustalenie, czy dany przedsiębiorca uzyskał lub ma możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. W tym celu niezbędne jest uwzględnienie wszystkich okoliczności prawnych, jak i faktycznych. Mogą bowiem występować przypadki, w których zależności między przedsiębiorcami nie będą skutkować uzyskaniem możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę i tym samym - zakwalifikowaniem takiego przypadku jako przejęcia (posiadania) kontroli. Podkreślił, że najważniejszym wnioskiem wynikającym z orzecznictwa jest to, że powinni oni w każdym przypadku ad casum analizować i ocenić czy rozpatrywany stosunek dominacji między przedsiębiorcami ma wpływ na treść ofert/wniosków przedstawionych przez powiązanych wykonawców. Tym samym zamawiający nie powinni automatycznie wykluczać wykonawców tylko z powodu powiązania z innymi podmiotami w ramach jednej grupy kapitałowej. Przywołane

orzecznictwo Trybunału jest cenną wskazówką, biorąc pod uwagę że nowe przepisy Pzp z jednej strony nie zawierają istotnych wytycznych odnośnie danych czy dokumentów, jakie wykonawca powinien przedstawić celem wykazania, iż nie zostaną naruszone zasady konkurencji, a z drugiej nie precyzują, jakie zachowania wykonawców w postępowaniu czy brak jakich danych, dokumentów skutkować powinien wykluczeniem przez zamawiających. Zgodnie z warunkami SIWZ, Zamawiający ogłosił przetarg na różne zadania częściowe, z których każde stanowi odrębne zamówienie (postępowanie) - ze względu właśnie na przypisaną im odrębność przez samego Zamawiającego (m.in. od swobody nadanej wykonawcy - złożenia odrębnej oferty na wybrane zadanie co pozostaje bez wpływu na pozostałe zadania lub przedmiot zamówienia, do możliwości nadanej przez Zamawiającemu samemu sobie - odrębnego i różnego rozstrzygnięcia postępowania dla każdej z części odrębnie i zawarcia odrębnych umów). Z tej też przyczyny biorący udział w tym postępowaniu wykonawcy składając oferty na różne od siebie zadania częściowe (jak miało to miejsce w tym przypadku) nie mają możliwości konkurowania pomiędzy sobą. Z tego powodu, w takim (a tu zaistniałym) przypadku nie ma istotnego zastosowania przepis traktujący o grupach kapitałowych i przesłankach wykluczenia w tym zakresie, bo stanowiłoby to sytuację badania zależności pomiędzy wykonawcami startującymi w dwóch różnych przetargach. Wobec powyższego Zamawiający nie ma podstaw w oparciu art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy Pzp do wykluczenia wykonawców, którzy złożyli odrębne, niekonkurujące pomiędzy sobą oferty na różne i odrębne zadania, gdyż istniejące między wskazanymi w tym punkcie podmiotami powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z warunkami SIWZ Zamawiający wskazał, że jeden Wykonawca nie może złożyć oferty na więcej niż dwa zadania częściowe. Wykonawca, który złożył ofertę na zadanie nr II i III oraz ten który złożył ofertę na zadanie IV i V w przedmiotowym postępowaniu, to odrębne podmioty, przedsiębiorstwa - różni wykonawcy w rozumieniu przepisów nie tylko ustawy Pzp. Podjęcie przez Zamawiającego próby odrzucenia tych Wykonawców z postępowania na mocy art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - jako sprzecznej z art. 82 ust. 1 tej ustawy - pozwalającej na złożenie tylko jednej oferty przez tego samego wykonawcę, nie może mieć miejsca, gdyż poza oczywistą sprzecznością z prawem i nie przystawalnością okoliczności do wyżej przywołanej przesłanki oznaczałoby to, że: zamiarem Zamawiającego było uniemożliwienie złożenia ofert w postępowaniu na różne (niewywołujące konkurencji pomiędzy sobą) zadania częściowe przez różnych przedsiębiorców (Wykonawców), w tym również tych wchodzących w skład jednej grupy kapitałowej, a przez to: zamiarem Zamawiającego było prowadzenie postępowania w sposób mający na celu regulację

sytuacji na rynku i ograniczanie dostępności do zamówień publicznych oraz zaburzanie uczciwej konkurencji, co stoi w sprzeczności z narzuconym prawem prowadzeniem postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję w postępowaniu. Tym samym również nie można czynić zarzutu wykonawcy i podejmować próby udowodnienia, że dwa odrębne podmioty (Wykonawcy) realizujący swoje statutowe obowiązki (których zaniechanie grozi nawet sankcjami karnymi), składający dwie odrębne oferty na odrębne i różne oraz niekonkurujące ze sobą zadania częściowe (faktycznie stanowiące odrębny przedmiot zamówienia - postępowania), popełniają czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ w konsekwencji podjęta próba odrzucenia ich oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, byłoby sprzeczne z zasadami prawa i faktycznie potwierdzało tezę o próbie ograniczania przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji. W konkluzji podtrzymując argumentację stwierdzili brak podstaw, co do drugiego żądania, a mianowicie wzywania do uzupełniania oferty o zobowiązanie podmiotu trzeciego, który na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp udostępnia tym podmiotom swoje zasoby.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, jako oczywiście bezzasadnego podnosząc w szczególności, że w odwołaniu Odwołujący postawił zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, oraz art. 7 ust. 1, art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zwrócił uwagę, że Odwołujący podniósł w szczególności, że wygrywający przetarg wykonawcy, należąc do tej samej grupy kapitałowej, umyślnie złożyli nieodpowiadające stanowi faktycznemu oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, co winno skutkować ich wykluczeniem z postępowania, nadto wykonawcy ci dopuścili się zmowy przetargowej i cenowej, jak również nie wykazali spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu posługując się identycznymi dokumentami - „zobowiązaniem do udostępnienia sprzętu”, które to dokumenty nie spełniają wymogów formalnych. Zamawiający podał, że wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą „Utrzymanie czystości oraz odśnieżanie i likwidowanie śliskości na drogach zlokalizowanych na terenie gminy Wałbrzych, „dokonując podziału przedmiotu zamówienia na 6 odrębnych zadań. W treści SIWZ Zamawiający zastrzegł, że jeden wykonawca może złożyć oferty na nie więcej niż 2 części. Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER K..... K.....

i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych AER sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu złożyli odrębne oferty na zadania II i III (AER K..... K.....) i zadania IV, V (AER sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu). Analizując oferty tych wykonawców powziął wątpliwość, dotyczącą prawidłowości złożonych przez tych wykonawców oświadczeń w przedmiocie braku przynależności do grupy kapitałowej. Wątpliwości te wynikały między innymi z faktu, że prowadząca działalność gospodarczą K..... K..... jest jednocześnie wspólnikiem i prezesem zarządu AER sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu. W związku z tymi wątpliwościami Zamawiający wszczął na podstawie art. 24b ustawy Pzp postępowanie wyjaśniające, wzywając wykonawców do wykazania powiązań kapitałowych, osobowych i rodzinnych oraz weryfikacji stanowiska w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej, jak również wykazania, że ich wspólny udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie spowoduje zachwiania uczciwej konkurencji. Na wezwanie wykonawcy złożyli szczegółowe wyjaśnienia, w których zmienili swoje stanowisko w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej oraz podali przyczyny z powodu, których, w pierwszym oświadczeniu wskazali, że nie należą do grupy kapitałowej. W odniesieniu do przedstawionego stanu faktycznego, Zamawiający stwierdził, że w komentarzach do ustawy Pzp, wskazuje się, że przez grupę kapitałową należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Grupa kapitałowa jest, więc traktowana jako grupa podmiotów - przedsiębiorców pozostająca w ścisłym związku i ściśle ze sobą współpracująca. W przypadku wątpliwości, co do przynależności wykonawców do grupy kapitałowej bądź w sytuacji, gdy oświadczenie wykonawców w przedmiocie grupy kapitałowej może być uznane za wadliwe, przepisy Pzp określają sposób postępowania Zamawiającego w takich przypadkach. Jak wynika z licznych komentarzy do ustawy Pzp oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości - sprawa C 538/07 Assistur i orzecznictwa KIO - 762/13, 1293/13 Zamawiający nie może przede wszystkim automatycznie wykluczyć wykonawców, co, do których jego zdaniem zachodzi obawa przynależności do grupy kapitałowej, mimo iż wykonawcy ci złożyli oświadczenia o braku przynależności do w/w grupy. Rola Zamawiającego polega na wyjaśnianiu wątpliwości i ewentualnej weryfikacji wadliwych oświadczeń oraz każdy przypadek powinien być oceniany indywidualnie. Z orzeczeń KIO oraz dostępnych publikacji – zdaniem Zamawiającego - wynika, że w przypadku wadliwych oświadczeń wykonawców badać należy, jakie są przyczyny złożenia tych oświadczeń, czy wykonawca celowo zataił fakt przynależności do grupy kapitałowej, czy też złożył wadliwe oświadczenie z innych przyczyn, jeśli tak to, jakich i jakie one mają wpływ na prowadzone przez Zamawiającego postępowanie. W opisanym przypadku wykonawcy

zmieniając oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej podali, że wadliwej treści oświadczenie zostało złożone na skutek kontrowersji i niejasności związanych z pojmowaniem grupy kapitałowej. Zdaniem Zamawiającego przyczyny zmiany oświadczenia w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej, wskazane przez wykonawców zasługują na uwzględnienie, albowiem podkreślenia wymaga fakt, że pojęcie grupy kapitałowej w zamówieniach publicznych funkcjonuje od niedawna tj. od października 2012r., pojęcie to nadal budzi sporo kontrowersji nie tylko wśród wykonawców, ale także wśród prawników. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp wezwani do złożenia wyjaśnień wykonawcy powinni wykazać, że w przypadku zaliczenia ich do grupy kapitałowej, ich udział w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie stanowił naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Nie można bowiem zapominać, że każdy z podmiotów należących do grupy kapitałowej posiada odrębną podmiotowość prawną i związaną z nią zdolność do składania oświadczeń woli oraz nabywania praw i zaciągania zobowiązań w swoim imieniu i na swoją rzecz. Jest, więc odrębnym podmiotem stosunków prawnych, który może samodzielnie występować w obrocie prawnym. Biorąc powyższe pod uwagę – zdaniem Zamawiającego należy stwierdzić, że nie ma podstaw by uniemożliwić podmiotom należącym do jednej grupy kapitałowej, które mają status odrębnych wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy uczestnictwo w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i składanie w nim własnych ofert. Podał dalej, że w przypadku wykonawców – K..... K..... i spółki AER, po analizie dokumentacji postępowania oraz złożonych przez oba podmiotów wyjaśnień Zamawiający nie stwierdził, aby udział tych wykonawców, którzy, co wymaga podkreślenia złożyli swoje oferty na różne części w ramach jednego zadania inwestycyjnego, powodował zachwianie uczciwej konkurencji. Nie można również - jego zdaniem - czynić wykonawcom składającym oferty na niekonkurujące ze sobą części, zarzutu dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem byłoby to sprzeczne z obowiązującymi zasadami prawa i w konsekwencji prowadziło do ograniczenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji. W odniesieniu do zarzutu Odwołującego dotyczącego treści dokumentu -„ zobowiązanie do udostępnienia sprzętu" stwierdził, że oba dokumenty tj. dotyczący firmy K..... K..... i AER spółka z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu były przedmiotem wnikliwej oceny Zamawiającego. Zamawiający oceniał je w powiązaniu z innymi dokumentami załączonymi do ofert tych wykonawców. Wykonawcy zagwarantowali Zamawiającemu różne środki transportu, o różnych numerach rejestracyjnych, pochodzące z tego samego źródła. Ponieważ w dokumentach tych nie wskazano ograniczeń czasowych,

Zamawiający przyjął, że sprzęt w obu przypadkach został zapewniony na czas realizacji zamówienia.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z ustaleniami Izby w odwołaniu, w związku z wyborem oferty wykonawcy - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER [dalej: AER K..... K.....] w zadaniu III, a wykonawcy - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. [AER Sp. z o.o.] w zadaniu IV podniesiono zarzut naruszenia:

7. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawców - AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. z postępowania, pomimo, że złożyli oni w ofercie nieprawdziwe informacje, mogące mieć wpływ na wynik postępowania, w zakresie, w jakim oświadczyli, że nie należą do grupy kapitałowej oraz pomimo, że należąc do tej do tej samej grupy kapitałowej, złożyli - w sposób sprzeczny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - odrębne oferty w tym postępowaniu i nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, względnie
8. art. 24b ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawców AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień, dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, istniejących między nimi, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy;
9. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa znk] oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów [ustawa okik]i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców AER K..... K..... i AER sp. z o.o., w sytuacji, gdy złożenie tych ofert - z racji istnienia pomiędzy tymi wykonawcami zmowy przetargowej - stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 oraz 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, bowiem oferta AER K..... K..... i AER sp. z o.o. jest z tych względów nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
10. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców - AER K..... K..... i AER sp. z o.o., w sytuacji, gdy jedynie formalnie podmioty te są podmiotami od siebie niezależnymi, a w rzeczywistości doszło

w niniejszym postępowaniu do złożenia przez te podmioty wspólnie ofert na cztery zadania, co z kolei powoduje niezgodność treści tych ofert z pkt 10.6. specyfikacji, względnie prowadzi do nieważności tych ofert na zasadzie art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, co powinno także skutkować ich odrzuceniem na podstawie art. 89 ust, 1 pkt 8 Pzp;

11. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b tej ustawy, z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy AER K..... K..... oraz AER sp. z o.o. z postępowania w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie wykazali, że dysponują potencjałem wskazanym w ich ofertach odnoszącym się do sprzętu, bowiem przedstawione przez nich zobowiązanie podmiotu trzeciego nie spełnia wymogów w zakresie wykazania dysponowania potencjałem, z uwagi na brak wskazania, w tym zobowiązaniu czasu i zakresu niezbędnego dla realizacji niniejszego zamówienia, względnie

12. art. 26 ust, 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawców do uzupełnienia oferty w tym zakresie.

Rozpoznając odwołanie Izba, miała na uwadze dyrektywę z art. art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpatrując następnie podnoszone w nim zarzuty, Izba zobowiązana była uwzględniać dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą [kontradyktryjności](#), która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i w myśl tej zasady strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, w szczególności wobec podnoszonego zasadniczego zarzutu naruszenia braku wykluczenia wykonawcy AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. oraz braku odrzucenia ich ofert z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba za uzasadniony uznała zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b tej ustawy, z uwagi na to, że zobowiązania z dnia 3 października 10.2013 r. podmiotu trzeciego, których wystawcą było Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlanego R..... Z..... - do udostępnienia sprzętu, przedstawione

zarówno w ofercie wykonawcy - AER sp. z o.o. jak i w ofercie wykonawcy - AER K..... K..... nie zawierają podstawowej informacji, a mianowicie jakiego postępowania o zamówienie publiczne dotyczą i tym samym, w jakim celu takie zobowiązania zostały złożone. Niewątpliwie w pkt 6.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] Zamawiający, wbrew wymaganiom art. 26 ust.2b ustawy Pzp, wskazał ogólnie na pisemne zobowiązanie innego podmiotu udostępniającego narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne, jednakże te dokumenty, oznaczone, jako „zobowiązanie do udostępnienia sprzętu” nie zawierają podstawowej informacji, chociażby, którego postępowania dotyczą [którego zadania] i tym samym, chociażby z tego powodu, nie można uznać je za zobowiązanie w rozumieniu wskazanego art. 26 ust.2b ustawy Pzp. Treść tych oświadczeń, jak również treść złożonych ofert, w żaden sposób nie tylko nie dowodzi, że sprzęt w nich deklarowany będzie użyty do realizacji danego zadania, lecz nawet dla tego zamówienia. Trudno nawet, w tym przypadku domniemywać, że sprzęt wymieniany w oświadczeniach podmiotów trzecich będzie realnie wykorzystany przy realizacji zadań w całym okresie umowy. W konkluzji Izba stwierdza, że wobec nie podjęcia dotychczas przez Zamawiającego procedury uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, możliwe jest zatem naprawienie tej wady w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, jednakże mając na uwadze, że te dokumenty – zgodnie z zasadą z art. 26 ust.2a ustawy Pzp - mają potwierdzać warunek najpóźniej na dzień składania ofert.

W konkluzji Izba stwierdza, że podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp.

W pozostałym zakresie zarzuty podlegają oddaleniu.

Zgodnie z warunkami specyfikacji, przedmiot zamówienia [„Utrzymanie czystości oraz odśnieżanie i likwidowanie śliskości na drogach zlokalizowanych na terenie Gminy Wałbrzych”] w niniejszym postępowaniu podzielony został na sześć odrębnych zadań. Zgodnie z pkt 10.6 siwz Zamawiający zezwolił każdemu z wykonawców na złożenie ofert w dwóch zadaniach.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Zamawiający zasadnie przyjął, a co podnosił także Odwołujący, że wykonawca - AER K..... K..... oraz wykonawca - AER sp. z o.o. należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, biorąc pod uwagę treść art. 4 pkt 14 tej ustawy zgodnie z którym przez grupę

kapitałową rozumie się (...) wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym także przez tego przedsiębiorcę. Tak jak wynika bowiem z dokumentacji postępowania Pani K..... K..... – właściciel – prowadzi działalność gospodarczą zarejestrowaną pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER w Wałbrzychu, a w firmie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu - posiada 75 udziałów oraz jest prezesem zarządu tej spółki. Zatem wobec treści art. 4 pkt 14 tej ustawy okik, chociażby te okoliczności potwierdzają, że wskazani przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią grupę kapitałową ze względu na posiadane udziały oraz pełnioną funkcję w spółce Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER przez Panią K..... Wynikające z tytułu posiadania udziałów uprawnienia korporacyjne umożliwiają w ramach przepisów kodeksu spółek handlowych sprawowanie „kontroli” przez Panią K..... nad spółką Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER. Z kolei prowadzenie odrębnie działalności gospodarczej pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER powoduje przez tego przedsiębiorcę kontrolę pośrednią w spółce Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER sp. z o.o., na którą wskazuje ustawodawca w art. 4 pkt 4 uokik. Jednocześnie Izba ma świadomość, skrajnych rozbieżności w interpretacji, co do znaczenia, [a w konsekwencji skutków prawnych, także w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego] użytego w definicji sformułowania: "przez jednego przedsiębiorcę, w tym tego przedsiębiorcę". Problem dotyczy kwestii, czy do grupy kapitałowej tworzonej przez przedsiębiorców kontrolowanych są zaliczani przedsiębiorcy sprawujący nad nimi wspólną kontrolę. Zdaniem Izby, w sytuacji kontroli wyłącznej przedsiębiorca sprawujący taką kontrolę wraz z innymi przedsiębiorcami bezpośrednio lub pośrednio przez niego kontrolowanymi wchodzi w skład jednej grupy kapitałowej, aczkolwiek, jak podaje się w piśmiennictwie, w świetle stanowiska i praktyki, chociażby Prezesa Urzędu UOKiK, sprawujący kontrolę nie są zaliczani do grupy kapitałowej przedsiębiorców przez nich kontrolowanych. Dla tej sprawy ma to o tyle znaczenie, że kontrolujące spółkę AER przedsiębiorstwo AER nie byłoby zobowiązane do złożenia, wymaganej, art. 26 ust.2b ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust.2 pkt 5 tej ustawy, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej oraz do wykazywania, składając odrębną ofertę w tym samym postępowaniu, co podmiot kontrolowany, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w tym postępowaniu. Izba stwierdza także, że wskazane rozbieżności stanowisk mają również znaczenie dla oceny podnoszonego w niniejszym odwołaniu zarzutu złożenia w ofercie nieprawdziwych

informacji, o których stanowi art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, w szczególności w związku z oświadczeniem złożonym w ofercie w jej pkt 18 przez wykonawcę - AER K..... K.....

Izba rozpoznając, w tym stanie faktycznym, zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp miała przede wszystkim na uwadze, że wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia może nastąpić tylko wówczas, gdy spełnione są łącznie dwie przesłanki, a mianowicie wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje i takie informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie, nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Zatem z przepisu ustawy Pzp, z jego literalnego brzmienia wynika, że przesłanka wykluczenia zachodzi, niezależnie od tego, czy złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę było działaniem intencjonalnym, czy też było skutkiem błędnej interpretacji wymagania, bądź niezamierzonej omyłki, czy błędu w przekazaniu takiej informacji. Izba, w tym stanie faktycznym sprawy w pierwszej kolejności wzięła pod uwagę art. 45 ust.2 lit. g) [dyrektywy](#) 2004/18/WE, który to przepis – zdaniem Izby - stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazując jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy [w brzmieniu: "Jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji"]. Tak jak wskazuje doktryna, taką wykładnię potwierdza także w ustawie – Prawo zamówień publicznych przepis [art. 26 ust. 3](#) tej ustawy, który nakazuje wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli zawierają błędy. Zatem ustawodawca, także w prawie krajowym, zezwolił na poprawienie dokumentów oraz oświadczeń wiedzy i woli składanych w ofercie, nawet gdy będą zawierały informacje niezgodne z rzeczywistością. Można więc postawić tezę, że podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu taki wykonawca, który przekazuje nieprawdziwe informacje, mając świadomość nieprawdziwości takich informacji, w celu uzyskania korzyści [uzyskanie zamówienia], wykazując spełnianie warunku lub, tak jak w przypadku przesłanki z art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp - w celu uniknięcia wykazywania i w konsekwencji uniknięcia oceny wpływu przynależności do grupy kapitałowej na uczciwą konkurencję z innymi wykonawcami, uczestniczącymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby w stanie faktycznym tej sprawy należy przyjąć, że złożone oświadczenia są skutkiem błędnej interpretacji grupy kapitałowej – co jak wskazano powyżej było

możliwe – a nie stanowią one nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba ponadto zwraca uwagę, że wykonawcy składając oferty nie podjęli żadnego działania w celu ukrycia przynależności do takiej grupy, uniemożliwiającego, chociażby Zamawiającemu, ocenę zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu w związku z uczestnictwem wykonawców. W formularzu oferty zaznaczono nazwę firmy składającej ofertę i każda z ofert została podpisana przez uprawnioną osobę - Panią Kubowicz, a w przypadku oferty spółki - także przez drugiego członka zarządu, aczkolwiek możliwe było złożenie oferty przez wyznaczonego pełnomocnika, a w przypadku spółki - zgodnie z zasadą reprezentacji - tylko przez jednego członka zarządu. Dane odnośnie każdego podmiotu wynikają z jawnych dokumentów, w tym z odpisu KRS. Ponadto wykonawca na wezwanie Zamawiającego w pismach z dnia 6 i 27 listopada 2013 r. wyjaśniał - według jego poglądów - okoliczności związane z kwestią grupy kapitałowej, brak wpływu w tym stanie faktycznym na zachwianie uczciwej konkurencji w związku ze złożonymi ofertami oraz nie odwołując swojego poglądu podporządkował się wymaganiu Zamawiającego i złożył w piśmie z dnia 27 listopada 2013 r. listę podmiotów, należących – według stanowiska Zamawiającego – do tej samej grupy kapitałowej, aczkolwiek te podmioty były już wymienione w piśmie z dnia 6 listopada 2013 r.

Izba podkreśla, że w tym stanie faktycznym, wnoszący odwołanie, w związku z art.190 ust.1 ustawy Pzp, nie wykazał, że oświadczenie złożone w pkt 18 oferty stanowi nieprawdziwą informację, mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik tego postępowania, skutkującą w konsekwencji wykluczeniem wykonawców z postępowania na podstawie w rozumieniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niepotwierdzony został także zarzut naruszenia 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Tak jak ustaliła Izba, wykonawca - AER K..... K..... złożył oferty w zadaniu II i III, a wykonawca - AER Sp. z o.o. - w zadaniu IV i V. A zatem ci wykonawcy nie konkurowali ze sobą w tym postępowaniu i złożenie ofert na odrębne zadania pozostawało, zdaniem Izby, bez wpływu na konkurencyjność w pozostałych zadaniach. Tym samym przynależność do tej samej grupy kapitałowej wykonawców - AER K..... K..... oraz AER Sp. z o.o. nie powodowała, zdaniem Izby, zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Także zdaniem Izby, w niniejszej sprawie, ubieganie się przez wykonawców z tej samej grupy kapitałowej o zamówienie w danym zadaniu, w przypadku składania przez nich ofert na odmienne zadania, nie może stanowić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak wskazano, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w tym postępowaniu wyodrębniono sześć zadań, a zgodnie z pkt 10.6. specyfikacji, Zamawiający zezwolił każdemu z wykonawców, na złożenie ofert w dwóch zadaniach. W konsekwencji złożenie ofert przez wykonawców - AER K..... K..... oraz AER Sp. z o.o. na różne zadania w tym samym postępowaniu nie mogło stanowić podstawy do odrzucenia tych ofert również na podstawie art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust.1 tej ustawy.

Zarzut zmowy przetargowej Odwołujący oparł, z kolei na twierdzeniu, że wykonawcy składając w niniejszym postępowaniu oferty w sposób nieuprawniony podzielili się zadaniami, których dotyczył przetarg i w konsekwencji ograniczyli konkurencję w odniesieniu do tych zadań. Dalej podał, że wykonawcy wykorzystując istniejące pomiędzy nimi stosunki zależności, uzgodnili na które zadania złożą ofertę, unikając wzajemnego konkurowania pomiędzy sobą. Stwierdził również, że składając ofertę na większą liczbę zadań, niż inni wykonawcy mogli - korzystając z efektu skali - skalkulować ceny ofert na niższym poziomie niż inni konkurenci. Zwrócił uwagę na treść ofert, dokumentów przedkładanych w toku postępowania, oraz treść składanych wyjaśnień, a także wysokość zaoferowanych cen, a ponadto na przynależność do tej samej grupy kapitałowej i tożsamość miejsca prowadzonej działalności, co ma dowodzić przyjętego przez wykonawców mechanizmu zmowy przetargowej, określanego jako „ograniczanie ofert”. W konkluzji stwierdził, że wariant przyjęty przez wykonawców zakładał „zawarcie porozumienia, w którym wykonawcy porozumieli się, co do rezygnacji, nie tyle z samego przetargu, ale poszczególnych jego zadań i skutkiem tego był podział rynku pomiędzy tymi wykonawcami i brak między nimi rzeczywistej konkurencji. W powyższych okolicznościach, z racji istnienia pomiędzy wykonawcami zmowy przetargowej, złożenie ofert przez wykonawcę - AER K..... K..... w zadaniu III, a w zadaniu IV przez wykonawcę - AER Sp. z o.o. - stanowiło – zdaniem Odwołującego - czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba przede wszystkim stwierdza, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik zmowa przetargowa polegać może m.in. na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert w zakresie istotnych parametrów rynkowych, jak cena, warunki świadczenia usług, zakres prac, które należą do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji oraz najbardziej szkodliwych z

punktu widzenia ochrony konkurencji nieprawidłowości występujących w przetargach.”

Okoliczności wskazywane przez Odwołującego, jak również brak przeszkód, zdaniem Izby, do złożenia ofert na odrębne zadania przez wykonawców AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. nie pozwala uznać, że wnoszący odwołanie wykazał, zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, że w związku ze składanymi ofertami na zadanie III i IV doszło do zmywy przetargowej.

Zdaniem Izby, nawet stosując szeroką definicję porozumienia z art. 4 pkt 5 uokkik, które obejmują uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez przedsiębiorców, prowadzące do koordynacji ich zachowań rynkowych i przyjęcia sposobu współpracy, którego skutkiem jest lub może być ograniczenie konkurencji, wnoszący odwołanie nie udowodnił nielegalności porozumień pomiędzy tymi wykonawcami, a które zdaniem Izby mogły być przede wszystkim efektem naturalnej gospodarczej współpracy w ramach grupy.

Tym samym zdaniem Izby nie można uznać, że oferty złożone przez wykonawców AER K..... K..... i AER Sp. z o.o. stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji, będącej wynikiem zmywy [porozumienia nielegalnego] pomiędzy przedsiębiorcami.

Izba jednocześnie podzieliła pogląd, że dla oceny zmywy przetargowej nie jest zazwyczaj możliwe uzyskanie dowodów bezpośrednich potwierdzających fakt zawarcia takiej zmywy przetargowej i, że ich uzyskanie jest możliwe, w zasadzie w wyniku działań operacyjnych przez organy śledcze państwa. Jednakże rozpoznając taki zarzut izba zobowiązana jest - zgodnie ze wskazywaną dyrektywą z art. 190 ust.1 ustawy Pzp – opierać się na dowodach przedkładanych w tym postępowaniu - zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności - przez Odwołującego. Dokonując wszechstronnej oceny materiału dowodowego i rozważając podnoszoną argumentację przez Odwołującego jak i Zamawiającego oraz uwzględniając treść ofert Przystępujących, a także ich argumentację - także w zakresie zadania II i V, które to oferty, jako dowód Izba dopuściła z urzędu – Izba nie dopatrzyła się w złożeniu ofert przez wykonawcę AER K..... K..... i wykonawcę AER sp. z o.o. nagannych działań, o których stanowi art. 6 ust. 1 pkt 7 uokkik. Na marginesie Izba zauważa, że co prawda dla odrębnych zadań III i IV zastosowano te same ceny jednostkowe, to w przypadku zadania II i V zastosowano ceny różne i chociażby ta okoliczność nie potwierdza, sygnalizowanej przez Odwołującego zmywy cenowej.

**W konkluzji Izba stwierdza, że nie podlegają uwzględnieniu zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 24b ust.1 tej ustawy i zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa znk] oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów [ustawa okik] i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt ustawy Pzp.**

**Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.**

**O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz.238) zgodnie, z którym Izba w przedmiocie m.in. wynagrodzenia pełnomocnika strony, które nie może być wyższe niż kwota 3.600 zł.**

.....