

WYROK

z dnia 1 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Ewa Kisiel
Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę AMP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jedlnia - Letnisko

przy udziale wykonawcy E. O. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą E. O. w Korczynie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Jedlnia - Letnisko unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części I zamówienia, w tym wykluczenie wykonawcy E. O. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą E. O. w Korczynie na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Jedlnia - Letnisko i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Jedlnia - Letnisko na rzecz odwołującego AMP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Jedlnia - Letnisko (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi dowozu dzieci oraz dzieci niepełnosprawnych z terenu Gminy Jedlnia-Letnisko na zajęcia szkolne oraz do specjalistycznych placówek oświatowych od 01 września 2021 r. do 30 czerwca 2022 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00100048/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 9 sierpnia 2021 r. wykonawca AMP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ww. postępowaniu w części I. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez niestwierdzenie przy istnieniu obiektywnych przesłanek porozumienia między wykonawcami PKS Kielce sp. z o.o. a E. O. w celu zakłócenia konkurencji;
2. naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez niewykluczenie wykonawców E. O. i PKS Kielce sp. z o.o., co do których stwierdzone być powinno porozumienie w celu zakłócenia konkurencji;
3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp przez nieodrzuconie oferty wykonawcy wykluczonego, tj. E. O.;
4. art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez wybór w postępowaniu o udzielenie zamówienia (część I) jako najkorzystniejszej oferty E. O., która winna być odrzucona jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z powodu zakłócenia konkurencji.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o stwierdzenie naruszeń ww. przepisów ustawy Pzp i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części I, powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części I, wykonania czynności w postaci wykluczenia wykonawcy E. O. i odrzucenia oferty E. O. z uwagi na porozumienie z innym wykonawcą w celu zakłócenia konkurencji w zakresie części I.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z:

1. dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia na potwierdzenie faktu legitymacji Odwołującego do złożenia odwołania z uwagi na złożenie oferty przez spółkę AMP sp. z o.o. reprezentowaną przez A. P., a nie jednoosobowego przedsiębiorcę A. P.;
2. dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia na potwierdzenie faktu udziału PKS Kielce sp. z o.o. i E. O. w postępowaniu i działań w porozumieniu, w szczególności:
 - a) ofert PKS Kielce sp. z o.o. i E. O. – fakt złożenia oferty przez PKS Kielce sp. z o.o. najkorzystniejszej cenowo dla Zamawiającego,
 - b) zestawienia ofert – fakt powstania stanu faktycznego, w którym odrzucenie oferty PKS Kielce sp. z o.o. powodowałoby korzyść E. O., której oferta była druga w kolejności,
 - c) wyjaśnień PKS Kielce sp. z o.o. – fakt powstania przyczyn odrzucenia oferty, z czego korzystającą była E. O.,
 - d) odrzucenia oferty PKS Kielce sp. z o.o. przez Zamawiającego – fakt powstania przyczyn wykluczenia wykonawcy najkorzystniejszego cenowo dla Zamawiającego, z czego korzystającą była E. O.;
 - e) wyboru oferty E. O. – fakt skorzystania przez E. O. z odrzucenia oferty PKS Kielce sp. z o.o. i wykluczenia tego wykonawcy;
3. informacji z KRS PKS Kielce Sp. z o.o. – na urzędowe potwierdzenie faktu adresu uczestnika porozumienia i powiązania osobowego świadczącego o porozumieniu;
4. informacji z CEIDG dot. E. O. – na urzędowe potwierdzenie faktu adresu uczestnika porozumienia i powiązania osobowego świadczącego o porozumieniu;
5. treści branżowej strony internetowej z pojazdami przewoźników <https://phototrans.eu/autobusy.php?s=24&nr=13366&ticket=0> w języku HTML – na potwierdzenie faktu porozumień pomiędzy E. O. a PKS Kielce sp. z o.o. opisywanych jako „Grupa O.”;
6. zeznań świadków: E. O., M. O., Ł. O., R. O. na potwierdzenie faktu powiązań rodzinnych i porozumienia pomiędzy PKS Kielce sp. z o.o. i E. O. .

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia w części I oprócz niego oferty złożyli PKS Kielce sp. z o.o., E. O. i „Usługi Transportowe” D. F. . W toku postępowania, mimo złożenia oferty z najniższą ceną przez PKS Kielce sp. z o.o. oferent ten został wykluczony a jego oferta odrzucona po udzieleniu wyjaśnień, z których wynikało, że nie spełnia wymagań specyfikacji warunków zamówienia. Pozorna neutralność dla konkurencji takiego stanu faktycznego wzbudzić powinna wątpliwości Zamawiającego, który w toku badania i oceny ofert winien zwrócić uwagę na: nienaturalnie bliski adres wykonawców PKS Kielce sp. z o.o. i E. O. (obie oferty

z adresów w miejscowości Korczyn, poczta Strawczyn 26-067, różniących się tylko numerem posesji – „138” i „29”), zbieżność nazwisk E. O. i członkami zarządu PKS Kielce sp. z o.o. – wskazujące na powiązania rodzinne. Jednocześnie działania obu oferentów wskazywały na działanie we wspólnym interesie. PKS Kielce sp. z o.o. złożył bowiem ofertę najkorzystniejszą cenowo dla Zamawiającego (cena brutto miesięcznie za bilet 88,74 zł). Drugą w kolejności była natomiast oferta E. O. (cena brutto miesięcznie za bilet 109,14 zł). Tym samym odrzucenie oferty PKS Kielce i wykluczenie tego wykonawcy powodowałoby korzyść E. O., której oferta stawałaby się najkorzystniejszą dla Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego niewątpliwie działania takie zakłócają konkurencję, zbliżając je do modelu działania wprost wymienionego w art. 108. ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, tj. składania odrębnych ofert w ramach jednej grupy kapitałowej. Domniemywanie przez ustawodawcę istnienia porozumienia przez działania w ramach jednej grupy kapitałowej jest w przypadku osób fizycznych tożsame z działaniem w ramach rodziny, a z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, na co wskazują m.in. bliskie adresy wykonawcy i spółki z członkami zarządu o tym samym nazwisku. Tym samym Zamawiający miał wiarygodne przesłanki do stwierdzenia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co spełnia hipotezę art. 108 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp. Nawet brak wiedzy branżowej, a skorzystanie z wyszukiwarki google, prowadziłoby Zamawiającego do potwierdzenia istnienia tych przesłanek, gdyż obaj wykonawcy PKS Kielce sp. z o.o. i E. O. widnieją w bazie danych phototrans.eu jako grupa podmiotów powiązanych, dysponujący wspólnym taborem pojazdów. Istnienie porozumienia potwierdza też znana Zamawiającemu okoliczność, iż w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale w ramach części II, doszło do analogicznej sytuacji, w której to E. O. została wykluczona, a najkorzystniejszą ofertę, drugą w kolejności złożył PKS Kielce sp. z o.o. Z przyczyn niezależnych od Odwołującego wadliwe rozstrzygnięcie w części II nie było jednak przedmiotem odwołania.

W ocenie Odwołującego stan faktyczny, w którym osoby o jednym nazwisku znajdują się w zarządzie jednego z oferentów i są innym oferentem oraz bliskość adresów obu podmiotów potwierdzona urzędowo (informacje z KRS i CEIDG) stanowią wiarygodne przesłanki zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Potwierdzeniem przesłanek było działanie obu podmiotów, które polegało na działaniu jednego z nich, oferującego niższą cenę, prowadzącym do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty, skutkującego umożliwieniem wyboru oferty drugiego z nich, oferującego wyższą cenę. Powyższe potwierdza realizację hipotezy z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i uzasadniało wykluczeniu obu wykonawców z tego powodu, a zwłaszcza E. O. (PKS Kielce sp. z o.o. został wykluczony z innego powodu) na podstawie tego przepisu. Odwołujący podniósł ponadto, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego się

odrzuca. Zamawiający nie odrzucił oferty E. O. mimo przesłanek wykluczenia, co uzasadnia zarzut w tym zakresie i żądanie odrzucenia oferty E. O. . Dalej Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Wybór wykonawcy musi jednak nastąpić zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przy przeprowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. 2. Wskutek będącego efektem porozumienia działania E. O. i PKS Kielce sp. z o.o. polegającego na doprowadzeniu Zamawiającego do odrzucenia oferty najkorzystniejszej cenowo, prowadzącego do wyboru oferty jednej ze stron porozumienia, a mniej korzystnej dla Zamawiającego, doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Uzasadnia to żądanie unieważnienia czynności wyboru ofert w części I postępowania o udzielenie zamówienia i powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert z pominięciem wykonawców odrzuconych, a więc nie tylko PKS Kielce sp. z o.o. (wykonawca wykluczony na innej podstawie niż art. 108 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp), ale i E. O., która winna być wykluczona na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 27 września 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający podniósł, iż wszczął postępowanie na dowóz dzieci do placówek oświatowych podzielone na dwie części. Dodatkowo część I postępowania podzielona została na wariant I (dowóz i odwóz 133 uczniów [wszyscy uczniowie w gminie]) i wariant II (dowóz i odwóz 73 uczniów [uczniowie w gminie wyłącznie uprawnieni]). Powód, dla którego Zamawiający dopuścił rozwiązanie dwu wariantowe był taki, że na dzień ogłaszania postępowania trudna do przewidzenia pozostawała opłacalność ww. wariantów, a dokładniej sposób w jaki mają być wożeni uczniowie, co rozstrzygnąć się mogło wyłącznie po zapoznaniu się z proponowanymi przez wykonawców cenami za 1 bilet miesięcznie. Część II postępowania zakończyła się podpisaniem umowy z wykonawcą PKS Kielce Sp. z o.o. w dniu 3 sierpnia 2021 r. W części I postępowania, której dotyczy odwołanie od zaniechania czynności Zamawiającego, wykonawca, którego oferta pierwotnie została oceniona jako najkorzystniejsza, w ocenie Zamawiającego nie wykazał wystarczających przedmiotowych środków dowodowych. Wskazane przez wykonawcę pojazdy nie spełniały postawionych wymagań w SWZ rozdz. 5.3.2, tj. wskazanie trzech pojazdów z datą produkcji nie wcześniej niż 01.01.2008, w związku z czym oferta wykonawcy PKS Kielce Sp. z o.o., została odrzucona (zawiadomienie o odrzuceniu oferty z dnia 27.07.2021 r.). Po ponownym dokonaniu oceny ofert Zamawiający wezwał wykonawcę (wezwanie z dnia 27.07.2021 r.) E. O. do uzupełnienia swojej oferty w podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe, które uznał za wystarczające (uzupełnienie z dnia 03.08.2021 r.), a następnie zawiadomił pozostałych wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W Specyfikacji Warunków

Zamówienia Zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty podmiotowych dowodów na niepodleganie przez wykonawców wykluczeniu takich jak wyciągi z KRS czy CEIDG zarówno na etapie składania oferty, ani na etapie uzupełniania oferty. Zamawiający w toku postępowania nie uzyskał informacji nt. okoliczności świadczących o porozumieniu zakłócającym konkurencję. Przytoczone przez odwołującego takie dane, jak zbieżność nazwisk oraz bliskość adresów wykonawców, są zdaniem Zamawiającego, niewystarczające do wykluczenia wykonawców zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę E. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą E. O. w Korczynie (dalej jako „Przystępujący”) i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w części I zamówienia w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, zestawienia ofert w obu częściach zamówienia, oferty wykonawców na część I i II zamówienia, wezwania kierowane przez Zamawiającego do PKS Kielce Sp. z o.o. w części I zamówienia oraz udzielone na nie przez PKS Kielce Sp. z o. o. odpowiedzi wraz z podmiotowymi środkami dowodowi, zawiadomienie o odrzuceniu oferty PKS Kielce w części I zamówienia, informacja o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części I zamówienia, wezwania kierowane do Przystępującego w części II zamówienia oraz udzielone przez niego odpowiedzi, w tym oświadczenie dotyczące ceny oferty, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Przystępującego w części II zamówienia, zawiadomienie o wyborze oferty PKS Kielce w części II zamówienia. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów załączonych do odwołania,

tj. dokumentów rejestrowych PKS Kielce i Przystępującego oraz wydruku ze strony internetowej z pojazdami przewoźników <https://phototrans.eu/autobusy.php?s=24&nr=13366&ticket=0>, z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Zwolen na dowóz uczniów do Publicznych Szkół Podstawowych Gminy Zwolen (nr ref. ES-ZP-271.8.2.20) w postaci informacji z otwarcia ofert z dnia 3 sierpnia 2020 r., informacji z dnia 14 sierpnia 2020 r. o wykluczeniu wykonawcy E. O. i odrzuceniu jej oferty w zakresie zadania 1., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19 sierpnia 2020 r., a także z dokumentów złożonych przez Przystępującego w postaci faktur wystawianych przez Przystępującego za korzystanie z jego pojazdów przez PKS Kielce Sp. z o.o., na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane w odwołaniu i podczas rozprawy. Odwołujący podczas rozprawy cofnął wskazany w odwołaniu wniosek o przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usługi dowozu dzieci oraz dzieci niepełnosprawnych z terenu Gminy Jedlnia-Letnisko na zajęcia szkolne oraz do specjalistycznych placówek oświatowych. Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części tj. Zadanie nr 1 (w dwóch wariantach) – dotyczy dowozu uczniów w roku szkolnym 2021/2022 od 1 września do 30 czerwca 2022 r. z trzech wskazanych w SWZ obwodów oraz Zadanie nr 2 - dotyczy dowozu dzieci niepełnosprawnych (z dysfunkcjami ruchu i dysfunkcjami umysłowymi) w roku 2021/2022 od 1 września do 30 czerwca 2022r: do 6 wskazanych placówek.

Zamawiający w pkt 5.3.2 SWZ jako warunek udziału w postępowaniu w zadaniu nr 1 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazał m.in. na konieczność dysponowania przez wykonawcę co najmniej 3 autokarami z datą produkcji nie wcześniej niż 01.01.2008 rok - jakimi dysponuje wykonawca z informacjami na ich temat (kopie dowodów rejestracyjnych należało dołączyć do wykazu potencjału technicznego. Ocena spełniania tego warunku następowała na podstawie wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń (Załącznik nr 5), który składany był na wezwanie zamawiającego w trakcie oceny i badania ofert (pkt 5.6.4 SWZ).

W postępowaniu na część I (zadanie nr 1) złożono następujące oferty:

1. PKS Kielce – wariant I: cena brutto miesięcznie/bilet 88,74 zł, wariant II: cena brutto miesięcznie/bilet 152,49 zł;
2. Przystępujący - wariant I: cena brutto miesięcznie/bilet 109,14 zł, wariant II: cena brutto miesięcznie/bilet 196,86 zł;

3. Odwołujący - wariant I: cena brutto miesięcznie/bilet 125,00 zł, wariant II: cena brutto miesięcznie/bilet 225,00 zł;
4. Usługi Transportowe D.F. - wariant I: cena brutto miesięcznie/bilet 130,00 zł, wariant II: cena brutto miesięcznie/bilet 216,00 zł.

Zamawiający w dniu 9 lipca 2021 r. wezwał wykonawcę PKS Kielce, którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych (Załącznik nr 5) dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. W odpowiedzi na to wezwanie ww. wykonawca PKS Kielce złożył wykaz narzędzi i urządzeń, w którym wskazał dwa pojazdy Mercedes Benz 814, załączając ich dowody rejestracyjne, w których jako rok produkcji wskazano rok 2003. Zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2021 r. wezwał wykonawcę PKS Kielce do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, iż podane przez wykonawcę pojazdy nie spełniają postawionych wymagań w SWZ rozdz. 5.3.2, a dokładniej chodzi o wskazanie trzech pojazdów z datą produkcji nie wcześniej niż 01.01.2008. W uzupełnieniu wykonawca wskazuje dwa pojazdy, obydwa z datą produkcji 2003 r. Zamawiający poinformował też wykonawcę, iż nieuzupełnienie powyższych dokumentów skutkować będzie odrzuceniem oferty zgodnie z art. 226 ww. ustawy. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca PKS Kielce uzupełnił wykaz o trzeci pojazd Mercedes Benz 814, załączając dowód rejestracyjny wskazujący na rok produkcji 2004.

Zamawiający pismem z dnia 27 lipca 2021 r. powiadomił ww. wykonawcę o odrzuceniu jego oferty w części I. Wskazał, iż w uzupełnieniu z dnia 14 lipca 2021 r. wykonawca wskazuje dwa pojazdy, obydwa z datą produkcji 2003 r. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 20 lipca 2021 r. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca uzupełnia braki poprzez wskazanie trzeciego pojazdu z datą produkcji 2004 r. Wskazane przez wykonawcę pojazdy nie spełniają postawionych wymagań w SWZ rozdz. 5.3.2, tj. wskazanie trzech pojazdów z datą produkcji nie wcześniej niż 01.01.2008.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2021 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części I zamówienia.

W postępowaniu na część II (zadanie nr 2) złożono w terminie następujące oferty:

1. PKS Kielce – wariant I: cena brutto miesięcznie/bilet 583,00 zł;
2. Przystępujący - wariant I: cena brutto miesięcznie/bilet 242,00 zł;
3. Odwołujący - wariant I: cena brutto miesięcznie/bilet 815,00 zł.

Zamawiający pismem z dnia 9 lipca 2021 r. wezwał Przystępującego m.in. złożenia

wyjaśnień treści oferty w zakresie ceny jaką zaproponował za wykonanie przedmiotu zamówienia w związku z wątpliwościami co do oferty złożonej w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż ma wątpliwość, czy zaproponowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska, gdyż cena podana w ofercie jest niższa o ok. 70,87% od wartości zamówienia oraz 55,73% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający poinformował także wykonawcę o brzmieniu art. 224 ust. 2 i ust. 5 ustawy Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył w dniu 12 lipca 2021 r. oświadczenie o treści: „W odpowiedzi na pismo z dnia 9 lipca 2021 r. informuję, iż cena jaką zaproponowałam za wykonanie zamówienia została źle skalkulowana. Pracownik pominął koszty paliwa. W związku z powyższym czy muszę przedkładać oświadczenia i dokumenty, które są wypunktowane w wezwaniu?”

Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2021 r. poinformował Przystępującego, iż nieuzupełnienie dokumentów i oświadczeń wskazanych w wezwaniu skutkować będzie odrzuceniem oferty na część II postępowania, zaś uzupełnienie dokumentów skutkować będzie wyborem Państwa oferty (o ile zostaną poprawnie zweryfikowane w procedurze badania ofert), co jest jednoznaczne z zobowiązaniem do podpisania umowy. Jednakowoż, jeżeli Państwa oferta została źle skalkulowana z winy pracownika, wówczas Zamawiający poprosił o jednoznaczną deklarację rezygnacji z dalszego uczestnictwa w postępowaniu przetargowym na część II, w której oferta wykonawcy okazała się najkorzystniejsza. Umożliwi to szybsze dalsze procedowanie postępowania.

Pismem z dnia 20 lipca 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę Przystępującego w części II zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż zaproponowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest rażąco niska, gdyż cena podana w ofercie jest niższa o ok. 70,87% od wartości zamówienia oraz 55,73% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Na wezwanie do uzupełnienia oferty oraz złożenia wyjaśnień z dnia 09.07.2021 r. co do zaproponowanej ceny, wykonawca przyznał, że źle skonstruował ofertę omyłkowo umniejszając cenę o koszty paliwa. Tryb podstawowy na podstawie: art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, w którym prowadzone jest postępowanie, nie przewiduje możliwości negocjacji złożonej oferty po otwarciu ofert.

Zamawiający w dniu 27 lipca 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty PKS Kielce jako najkorzystniejszej i z tym wykonawcą, wedle oświadczenia złożonego w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2021 r. zawarł umowę na realizację części II zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Na wstępie Izba wskazuje, iż sprostowania wymaga przywołana przez Odwołującego w *petitum* odwołania podstawa prawna zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego – Odwołujący wskazał bowiem na art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, referujący do przypadku odrzucenia oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wywodził konieczność odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na fakt, iż powinien on podlegać wykluczeniu z postępowania z uwagi na zawarcie porozumienia w celu zakłócenia konkurencji. Mając na względzie, że Izba nie jest związana podstawami prawnymi zarzutów, gdyż co do zasady to okoliczności faktyczne przedstawione w odwołaniu określają granice jego rozpoznania, Izba ustaliła jako prawidłową podstawę prawną zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, gdyż to ten przepis odnosi się do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, iż Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i tak postawione zarzuty okazały się zasadne.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Ponadto zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Przedstawiając w pierwszej kolejności rozważania natury ogólnej należy wskazać, iż pojęcie „porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji”, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy wyklądać przez pryzmat przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 275, dalej jako „u.o.k.k.”). Zgodnie z art. 4 pkt 5 u.o.k.k. przez porozumienie rozumie się: a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między

przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Z kolei zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. zakazane są m.in. porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (pkt 7). Porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji wpisuje się w porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., przy czym w relacji do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ustawa Pzp ogranicza zakres porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji do tzw. porozumień horyzontalnych, czyli uzgodnień dokonywanych przez wykonawców, a nie przez wykonawcę i zamawiającego.

Zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji nie tylko jest sprzeczne z prawem, ale także z dobrymi obyczajami. Ponadto prowadzi ono do zniekształcenia konkurencji w danym postępowaniu, naruszając - w zależności od okoliczności stanu faktycznego - interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia lub samego zamawiającego. Jak wskazał Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18, zmowy przetargowe mogą przybierać wiele form, jednak zawsze mają na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości. Zmowy przetargowe, mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie, niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja przy wyłanianiu zwycięzcy przetargu funkcjonowała prawidłowo.

Ponadto wskazać należy, że dla wykazania zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji co do zasady nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. W ocenie zmów przetargowych - jako zakazanych z mocy u.o.k.k. - obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. Dlatego też wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zmowy przetargowej (por. m.in.

wyrok KIO z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18). Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt VII Aga 1121/18, fakt zmowy powinien być oceniany po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, albowiem w przypadku zmowy przetargowej jej udowodnienie w oparciu o istnienie umowy regulującej zachowania przedsiębiorców przystępujących do przetargu będzie praktycznie niemożliwe. Dlatego też, w sytuacji braku dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia może być udowodniony w sposób pośredni, jeśli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego zachowania.

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

UOKiK w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zmowy przetargowej takie jak m.in. ten sam adres, więzy rodzinne czy nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła korzystniejszą ofertę. UOKiK za znowę przetargową uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawienia ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań

zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną. Jako przykłady UOKiK wskazuje sytuacje, kiedy ceny wykonawców, którzy zawarli porozumienie, były kolejno niższe, a zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy, aby umożliwić wybór oferty droższej, będącej propozycją przedsiębiorcy, z którym pozostawał w zмовie. (por. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów „Zmowy przetargowe”, wydanie drugie zaktualizowane, Warszawa 2013).

W ocenie Izby tego rodzaju symptomy zмовy przetargowej miały miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenie usługi dowozu dzieci oraz dzieci niepełnosprawnych z terenu Gminy Jedlnia-Letnisko na zajęcia szkolne oraz do specjalistycznych placówek oświatowych od 01 września 2021 r. do 30 czerwca 2022 r., a wiarygodne przesłanki wskazujące na zawarcie takiego porozumienia znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowej sprawie, przyznaną przez Przystępującego, było istnienie pomiędzy panią E. O. (Przystępującym) a panem R. O. (członkiem zarządu PKS Kielce Sp. z o.o. – okoliczność potwierdzona informacją z KRS) stosunku powinowactwa: pan R. O. jest bratem męża pani E. O., jej szwagrem. Z kolei pozostałych członków zarządu PKS Kielce Sp. z o.o. wiążą z panem R. O. więzy pokrewieństwa – pan Ł. O. i pan M. O. są braćmi pana R. O., co Przystępujący również przyznał na rozprawie. Oba ww. podmioty prowadzą działalność gospodarczą w bliskiej lokalizacji – Przystępujący w Korczynie 29, 26-067 Strawczyn, PKS Kielce Sp. z o.o. w Korczynie 138, 26-067 Strawczyn. Bezsporny był też fakt, że ww. podmioty prowadzą tożsamą rodzajowo działalność gospodarczą - przewóz osób. Ponadto jak wynika z przedstawionego przez Odwołującego wydruku ze strony internetowej Przystępujący i PKS Kielce Sp. z o.o. współpracują w ramach grupy podmiotów trudniących się przewozem osób o nazwie „O.”. Fakt współpracy pomiędzy podmiotami potwierdził również Przystępujący, składając dowody w postaci faktur wystawianych przez Przystępującego za korzystanie przez PKS Kielce sp. z o.o. z pojazdów Przystępującego. Jakkolwiek nie jest zabronione działanie na jednym rynku podmiotów powiązanych osobowo czy gospodarczo, to powyższe okoliczności wskazują na istnienie prawdopodobieństwa wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych, które przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności może uzasadniać podejrzenie naruszenia konkurencji.

Takimi dodatkowymi okolicznościami w przedmiotowej sprawie było zachowanie Przystępującego i PKS Kielce Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zauważyć należy, że w obu częściach zamówienia oferty ww. podmiotów zajmowały pierwsze dwa miejsca w rankingu ofert – w części I korzystniejsza była oferta PKS Kielce Sp. z o.o., a w części II oferta Przystępującego. Na skutek wyłącznie działań i zaniechań tych

podmiotów, Zamawiający w obu częściach zamówienia zmuszony został do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w rankingu, którą odpowiednio w części I była oferta Przystępującego, a w części II oferta PKS Kielce Sp. z o.o.

Analizując przebieg zdarzeń w części I zamówienia Izba stwierdziła, iż nie znajduje racjonalnego wytłumaczenia działanie wykonawcy PKS Kielce Sp. z o.o., który składał na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe w oderwaniu od treści warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.3.2 SWZ, jak i w oderwaniu od treści wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego. Zauważyć należy, że przedmiotowy warunek dotyczył konieczności dysponowania przez wykonawcę „co najmniej 3 autokarami z datą produkcji nie wcześniej niż 01.01.2008 rok.” Warunek ten był czytelny i jednoznaczny – należało wykazać się dysponowaniem trzema autokarami z datą produkcji nie starszą niż 1 stycznia 2008 r. Tymczasem wykonawca PKS Kielce Sp. z o.o. w wykazie narzędzi i urządzeń wskazał jedynie dwa a nie trzy pojazdy, do tego z datą produkcji wcześniejszą niż 2008 rok. (konkretnie były to pojazdy z 2003 r.). Wykonawca, będący wszak profesjonalistą, niewątpliwie miał świadomość, że tak złożony podmiotowy środek dowodowy nie potwierdza spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego do wykonawcy PKS Kielce Sp. z o.o. w dniu 20 lipca 2021 r. Zamawiający wprost wskazał na wymagania wynikające z treści warunku i na braki w wykazie złożonym przez wykonawcę, a pomimo tego wykonawca braków tych nie uzupełnił dodając do wykazu jedynie kolejny, trzeci pojazd z datą produkcji starszą niż rok 2008 (tj. pojazd z 2004 r.). Tak elementarne nieprawidłowości w wykazie narzędzi i urządzeń wskazują, iż działanie to miało charakter pozorny i miało doprowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, wykonawca PKS Kielce Sp. z o.o. jako podmiot profesjonalny musiał bowiem zdawać sobie sprawę z tego, jakie wymagania ustalono w warunku udziału w postępowaniu i jak należy wykazać ich spełnienie, tym bardziej, że Zamawiający w treści wezwania dokładnie mu to wytłumaczył.

W normalnych warunkach rynkowych mało prawdopodobne jest, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia składał podmiotowe środki dowodowe całkowicie nieodpowiadające wymaganiom określonym w warunku udziału w postępowaniu, tym bardziej, że opis tego warunku, jak i podmiotowych środków dowodowych, jakie należało złożyć celem wykazania jego spełnienia, był w przedmiotowym przypadku jednoznaczny i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości. Zauważyć należy, że PKS Kielce Sp. z o.o. na tym etapie postępowania miał już świadomość, że drugą w kolejności w części I zamówienia jest oferta Przystępującego, jak i zdawał sobie sprawę, że przedstawienie nieprawidłowych podmiotowych środków dowodowych na wezwanie Zamawiającego spowoduje wykluczenie

PKS Kielce Sp. z o.o. z postępowania i może doprowadzić do wyboru oferty Przystępującego.

Z kolei w zakresie części II zamówienia mamy do czynienia z sytuacją analogiczną, tyle, że w tym przypadku to Przystępujący, którego oferta wedle zestawienia ofert byłaby najkorzystniejsza, podjął działania, które doprowadziły do odrzucenia jego oferty z postępowania oraz wyboru przez Zamawiającego oferty droższej, drugiej w kolejności, czyli oferty PKS Kielce Sp. z o.o. W ocenie Izby za trudne do wy tłumaczenia w sposób racjonalny należy uznać także działanie Przystępującego, który mając świadomość, że jego oferta jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i pozacenowych kryteriów oceny ofert mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, podejmuje decyzję o niezłożeniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i rezygnacji z przetargu, doprowadzając tym samym do odrzucenia jego oferty. Za niewiarygodne Izba uznała wskazane przez ww. wykonawcę uzasadnienie dla podjętego działania, tj. rzekomą złą kalkulację ceny i pominięcie kosztów paliwa. Trudno uznać, aby profesjonalny wykonawca zajmujący się zawodowo przewozem osób, składając ofertę w postępowaniu, którego przedmiotem jest dowóz dzieci do szkół, nie uwzględnił podczas wyceny kosztów paliwa, czyli jednego z najbardziej istotnych składników cenotwórczych w tego rodzaju usługach. Świadoma rezygnacja z uzyskania zamówienia przez Przystępującego może być trudna do zrozumienia także z perspektywy aktualnie panujących warunków rynkowych, kiedy to w obliczu istnienia stanu epidemii sytuacja wielu przedsiębiorstw, w tym także tych zajmujących się przewozem osób, pogorszyła się.

Analiza okoliczności faktycznych sprawy pozwala zdaniem Izby na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że Przystępujący oraz wykonawca PKS Kielce Sp. z o.o. zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający w części I i II zamówienia, na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę (tj. odpowiednio w części I oferty PKS Kielce Sp. z o.o., a w części II oferty Przystępującego), lecz w każdej z tych części zmuszony był do dokonania wyboru oferty droższej, drugiej w kolejności w rankingu ofert (odpowiednio w części I zamówienia oferty Przystępującego, a w części II zamówienia oferty PKS Kielce Sp. z o.o.). Przy czym wyjaśnić należy, iż jakkolwiek w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Izba nie dokonuje oceny działań Zamawiającego pod kątem naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie części II zamówienia, to cała dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia, również ta dotycząca części II, stanowi materiał dowodowy w sprawie, który wskazuje na istnienie wiarygodnych przesłanek pozwalających na stwierdzenie, że doszło do zawarcia porozumienia w celu zakłócenia konkurencji.

Zasadność wyprowadzenia powyższego wniosku potwierdza także dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie w postaci dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Gminę Zwoleń na dowóz uczniów do Publicznych Szkół Podstawowych Gminy Zwoleń. W ww. postępowaniu doszło do podobnej jak obecnie sytuacji, w której oferta PKS Kielce Sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza w części I zamówienia, wobec braku przedstawienia wymaganych dokumentów przez Przystępującego, którego oferta była korzystniejsza i wykluczenia go z postępowania. Ponadto Izba miała na uwadze, że Przystępujący w postępowaniu odwoławczym nie przedstawił żadnego wiarygodnego wytłumaczenia, które mogłoby usprawiedliwiać działanie obu podmiotów i wskazywać, że brak przedstawienia podmiotowych środków dowodowych przez PKS Kielce Sp. z o.o. i wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Przystępującego był efektem innych okoliczności niż zawarcie porozumienia mającego na celu doprowadzenie do wyboru przez Zamawiającego tej z ofert wykonawców działających w porozumieniu, która była droższa.

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2213/17, stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Zdaniem składu orzekającego znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, by taki stan rzeczy, jaki miał miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń i by Przystępujący oraz wykonawca PKS Kielce Sp. z o.o. zachowywali się w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. Wnosząc na podstawie faktów, jakie wynikają z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie jedynym logicznym i racjonalnym wnioskiem jest stwierdzenie, iż obaj przedsiębiorcy dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz ich zachowania w toku przetargu, a tym samym zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, aby doprowadzić do dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty droższej drugiego z podmiotów, czyli oferty mniej korzystnej dla Zamawiającego ekonomicznie poprzez podjęcie w postępowaniu działań zmierzających do wyeliminowania oferty korzystniejszej cenowo w każdej z części zamówienia. W oparciu o materiał dowodowy, ale też zasady logiki i doświadczenia życiowego, zachowania obu wykonawców nie da się wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego działania.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....